ВІСНИК
КИЇВСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА

ISSN 1728-2195

ЮРИДИЧНІ НАУКИ **2(101)/2015**

Засновано 1958 року

Пропонуються результати наукових досліджень із питань господарського, екологічного, цивільного, кримінального, фінансового, адміністративного права. Окремі статті присвячуються питанням теорії держави та права, конституційного та процесуального права.

Для науковців, правників, студентів.

Предлагаются результаты научных исследований по вопросам хозяйственного, экологического, гражданского, уголовного, финансового, административного права. Отдельные статьи посвящены вопросам теории государства и права, конституционного и процессуального права.

Для ученых, правоведов,студентов.

The results of scientific research of economic, ecological, civil, criminal, financial, economic, administrative law questions are proposed to the reader's attention. Some articles are devoted to some questions of state theory and law, constitutional and proceeding law.

The issue is intended for scientists, practicing lawyers andstudents.

ВІДПОВІДАЛЬНИЙ РЕДАКТОР	**І.С. Гриценко, д-р юрид. наук**
РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ	**Р.А. Майданик, д-р юрид. наук, проф. (заст. відп. ред.); О.В. Клепікова, канд. юрид. наук, доц. (відп. секр.); В.С. Щербина, д-р юрид. наук, проф.; Н.В. Пришва, д-р юрид. наук, проф.; О.В. Дзера, д-р юрид. наук, проф.; М.І. Іншин, д-р юрид. наук, проф.; С.Я. Фурса, д-р юрид. наук, проф.; М.В. Краснова, д-р юрид. наук, проф.; П.С. Берзін, д-р юрид. наук, проф.; А.М. Мірошниченко, д-р юрид. наук, проф.; О.Л. Копиленко, д-р юрид. наук, проф.; М.А. Погорецький, д-р юрид. наук, проф.; О.В. Зайчук, д-р юрид. наук, проф.; Ю.С. Шемшученко, д-р юрид. наук, проф.; А.Т. Комзюк, д-р юрид. наук, проф.; Г.П. Середа, д-р юрид. наук, проф.; О.В. Петришин, д-р юрид. наук, проф.; В.М. Бевзенко, д-р юрид. наук, проф.; А.М. Бойко, д-р юрид. наук; П.Б. Стецюк, канд. юрид. наук, проф.; П.П. Андрушко, канд. юрид. наук, проф.; М.Й. Вільгушинський, д-р юрид. наук; М.І. Цуркан, канд. юрид. наук; Я.М. Романюк; Г.А. Кравчук, канд. юрид. наук**
Адреса редколегії	**02017, Київ-17, вул. Володимирська, 60, юридичний факультет ☎ (38044) 239 31 67**
Затверджено	**Вченою радою юридичного факультету 21.09.15 (протокол № 2)**
Включено	**до Переліку наукових фахових видань України. Міністерство освіти і науки України. Наказ № 747 від 13.07.15**
Зареєстровано	**Міністерством юстиції України. Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації КВ № 16528-5000Р від 19.04.10**
Засновник та видавець	**Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет". Свідоцтво внесено до Державного реєстру ДК № 1103 від 31.10.02**
Адреса видавця	**01601, Київ-601, б-р Т.Шевченка, 14, кімн. 43 ☎ (38044) 239 31 72, 239 32 22; факс 239 31 28**

© Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет", 2015

ЗМІСТ

Діковська І.
Укладення міжнародних комерційних контрактів відповідно до деяких міжнародних уніфікованих документів 5

Маховенко Е., Гришкевич Л.
Утворення чотирьохланкової системи судів загальної юрисдикції в Литві в 1990 – 1994 роках 9

Задорожня Г.
Розмежування понять "правове регулювання" і "нормативна регламентація" в процесі дослідження статусу глави держави 15

Пацурія Н.
Формально-юридичні джерела страхового права 18

Коваленко Т.
Принцип законності у сфері правового регулювання земельних відносин в Україні: загальна характеристика 22

Сервецький І., Дулкай І.
Політична сфера – головний об'єкт діяльності іноземних розвідувальних спецслужб 26

Позняк Е.
Соціально-психологічні особливості екологічного мислення студентів-правників в Україні 33

Дячук Л.
Інститут розлучення в ранньовізантійському праві доби Юстиніана 36

Кікілішвілі М.
Соціологічні теорії девіантної поведінки 46

Харченко Г.
Речовий інтерес як самостійний об'єкт захисту в цивільному праві України 49

Цехан Д.
Інфраструктура злочинності: теоретичний аналіз 53

Апанасенко К.
Правова природа прав за документами дозвільного характеру: постановка питання 56

Заярний О.
До питання щодо визначення завдань адміністративної деліктології в інформаційній сфері
на сучасному етапі проведення адміністративно-правової реформи 64

Воєводін Б.
Місце інституту реклами в правовій системі України 69

Мацелюх І.
Умови для укладення шлюбу в Українській гетьманській державі та Російській імперії XVIII ст.:
порівняльно-правова характеристика 73

Самбор М.
Роль конституційного суду України у регулюванні правовідносин,
що виникають у наслідок вчинення адміністративних правопорушень 77

Стрєльцова О.
До питання про співвідношення категорій "конституціоналізація", "конституційно-правове регулювання"
та "реалізація конституції" 82

Гриник Л.
Зміст кредитного договору 86

Глущенко О.
Поняття, сутність та місце медіації в системі механізмів відновного правосуддя 90

Джуринський О.
Поняття та види джерел господарського права України 93

Головачова А.
Господарсько-правове регулювання правового становища страхових агентів 95

Войцеховська І.
Перестраховий інтерес: поняття та загальна характеристика 100

Рябенко О.
Право осіб мати дитину шляхом застосування сурогатного материнства 104

Нестор В.
Проблеми та шляхи вдосконалення організації діяльності Конституційного Суду України 108

Сергієнко О.
Особливості правового регулювання використання земельних ділянок для здійснення
забудови територій в Україні 110

Ткач О.
Порушення недоторканності приватного життя особи в кримінальному процесі України
та допустимі межі втручання 114

Шабалін А.
Касаційне оскарження судових рішень у справах наказного провадження 117

Худенко О.
Вертикальні узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності 119

Москаленко М.
Співвідношення приватних і публічних елементів правового регулювання відносин
у сфері національного кіновиробництва 123

Старенький О.
Щодо визначення поняття та видів суб'єктів доказування в кримінальному провадженні 126

Кучмієнко О.
Значення категорії інтересу для кваліфікації дій особи як зловживання правом у цивільних корпоративних правовідносинах 130

СОДЕРЖАНИЕ

Диковская И.
Заключение международных коммерческих контрактов
согласно некоторых международных унифицированных документов 5

Маховенко Е., Гришкевич Л.
Создание четырехзвенной системы судов общей компетенции в Литве в 1990-1994 годах 9

Задорожняя Г.
Разграничение понятий "правовое регулирование" и "нормативная регламентация"
в процессе исследования статуса главы государства 15

Пацурия Н.
Формально-юридические источники страхового права 18

Коваленко Т.
Принцип законности в сфере правового регулированияземельных отношений в Украине: общая характеристика 22

Сервецкий И., Дулкай И.
Политическая сфера – главный объект деятельности иностранных разведывательных спецслужб 26

Позняк Э.
Социально-психологические особенности экологического мышления студентов-юристов в Украине 33

Дячук Л.
Институт развод в ранневизантийском праве эпохи Юстиниана 36

Кикалишвили М.
Социологические теории девиантного поведения 46

Харченко Г.
Вещный интерес как самостоятельный объект защиты в гражданском праве Украины 49

Цехан Д.
Инфраструктура преступности: теоретический аналіз 53

Апанасенко К.
Правовая природа прав согласно документов разрешительного характера: постановка вопроса 56

Заярный О.
К вопросу об определении задач административной деликтологии в информационной сфере
на современном этапе проведения административно-правовой реформы 64

Воеводин Б.
Место института рекламы в правовой системе Украины 69

Мацелюх И.
Условия для заключения брака в Украинском гетманском государстве и Российской империи XVIII ст.:
сравнительно-правовая характеристика 73

Самбор Н.
Роль конституционного суда Украины в регулировании правоотношений, возникающих
вследствие совершения административных правонарушений 77

Стрельцова О.
К вопросу о соотношении категорий "конституционализация", "конституционно-правовое регулирование"
и "реализация конституции" 82

Грынык Л.
Содержание кредитного договора 86

Глущенко О.
Понятие, сущность и место медиации в системе механизмов восстановительного правосудия 90

ДжуринскийА.
Понятие и виды источников хозяйственного права Украины 93

Головачева А.
Хозяйственно-правовое регулирование правового положения страховых агентов 95

Войцеховская И.
Перестраховочный интерес: понятие и общая характеристика 100

Рябенко О.
Право лиц иметь ребенка путем использования суррогатного материнства 104

Нестор В.
Проблемы и пути усовершенствования организации деятельности Конституционного Суда Украины 108

Сергиенко А.
Особенности правового регулирования использования земельных участков
для осуществления застройки территорий в Украине 110

Ткач О.
Нарушение неприкосновенности частной жизни личности в уголовном процессе Украины
и допустимые границы вмешательства 114

Шабалин А.
Кассационное обжалования судебных решений по делам приказного производства 117

Худенко А.
Вертикальныесогласованныедействияотносительноправинтеллектуальнойсобственности 119

Москаленко М.
Соотношение частных и публичныхэлементов правового регулирования отношений
в сфере национального кинопроизводства 123

Старенький А.
К определению понятия и видов субъектов доказывания в уголовном производстве 126

Кучмиенко О.
Значение категории интереса для квалификации действий лица как злоупотребления правом
в гражданских корпоративных правоотношениях 130

CONTENTS

Dikovska I.
The conclusion of international commercial contracts under some international uniform instruments 5

Machovenko E., Grishkevich L.
Creation of the four-branch judicial system of general competence in Lithuania in 1990-1994 9

Zadorozhnya H.
Differentiating of concepts "legal adjusting" and "normative regulation"
in the process of research of status of chapter of the state 15

Patsuriia N.
Formal-legal sources of insurance law 18

KovalenkoT.
Principle of legality in the field of land relationslegal regulationin Ukraine: general overview 22

Servetskyy I., Dulkay I.
Political relations – the main object of foreign intelligence security services 26

Pozniak E.
Socially-psychological features of ecological thinking of law students in Ukraine 33

Dyachuk L.
The institute of divorce in early-byzantine law of the justinian epoch 36

Kikalishvili M.
Sociological theories of deviant behavior 46

Kharchenko G.
Proprietary interest as a separate object of defense in the civil law of Ukraine 49

Cehan D.
Infrastructure of crime: theoretical analysis 53

Apanasenko K.
The legal nature of rights providing by permit documents: problem definition 56

Zaiarnyi O.
On the definition of the tasks of administrative delictology
in the information sphere at the present stage of the administrative and legal reform 64

Voevodin B.
Institute of advertising and its position in Ukrainian legal system 69

Matselioukh I.
Conditions for marriage in the Ukrainian Hetman State and the Russian Empire XVIII century:
comparative legal description 73

Sambor M.
The role of the constitutional court of Ukraine in the regulation of relations arising in consequence
of committing misdemeanors 77

Streltsova O.
To question about correlation of categories of "constitutionalization", "constitutional regulation"
and "realization of constitution" 82

Grynyk L.
Contents credit agreement 86

Glushchenko O.
The concept, essence and place of mediation in system of mechanisms of restorative justice 90

Dzhurinsky O.
Concept and types of sources of economic law of Ukraine 93

Golovachova A.
Legal economic regulation of the legal status of insurance agents 95

Voitsekhovska I.
Reinsurable interest: concept and general characteristics 100

Riabenko O.
Right of people to have a baby using surrogate maternity 104

Nestor V.
Improvement of the Constitutional Court of Ukraine 108

Serhiyenko O.
Peculiarities of legal regulation of the use of land for implementation of development areas in Ukraine 110

Tkach O.
Violation of privacy person in criminal process and Ukraine limits intervention 114

Shabalin A.
Cassation proceedings of cases treatment of the court order proceedings 117

Khudenko A.
Vertical concerted practices with intellectual propertyrights 119

Moskalenko M.
Ratio of private and public elements of legal regulation of the national film industry 123

Starenkyi A.
Regarding of concept and kinds of subjects of proof in criminal proceedings 126

Kuchmiienko O.
The role of interest in the qualification of person's actions as an abuse of rights in civil corporate relations 130

УДК 341.9

І. Діковська, д-р юрид. наук, доц., проф.
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ

УКЛАДЕННЯ МІЖНАРОДНИХ КОМЕРЦІЙНИХ КОНТРАКТІВ ВІДПОВІДНО ДО ДЕЯКИХ МІЖНАРОДНИХ УНІФІКОВАНИХ ДОКУМЕНТІВ

Статтю присвячено аналізу способів укладення міжнародних комерційних контрактів відповідно до Принципів міжнародних комерційних договорів УНІДРУА, DCFR, Віденської конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів, Принципів Європейського договірного права (PECL). Розглядаються вимоги до оферти, умови набрання нею чинності, скасування, відкликання, відхилення оферти, вимоги до акцепту. Аналізуються підходи міжнародних уніфікованих документів до безвідкличної оферти.

Ключові слова: способи укладення контрактів, оферта, акцепт, Принципи УНІДРУА, DCFR, PECL, Віденська конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів.

Постановка проблеми. Питання укладення міжнародних комерційних контрактів є одними із найважливіших на практиці. Враховуючи окремі проблеми, які виникають у зв'язку із правовим регулюванням міжнародних комерційних контрактів, їх укладення є предметом доктринальних досліджень вчених різних правових систем. Це пояснюється тим, що укладення міжнародного комерційного контракту породжує виникнення певних прав та обов'язків його сторін. Відтак, визначення моменту укладення контракту, способів за допомогою яких воно відбувається набуває особливого значення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженням проблем укладення контрактів займалися вітчизняні вчені Беляневич О.А., Боднар Т.В., Кузнєцова Н.С., Смітюх А.В., а також велика плеяда зарубіжних вчених Ферраррі Ф. (Franco Ferrari), Фонтейн М. (Fontein Marcel), Ландо О. (Lando Ole), Цимерман Р. (Zimmerman Reinhard) та інші.

Невирішені раніше проблеми. Розвиток міжнародного співробітництва викликає, з одного боку, потребу у спрощенні, прискоренні укладення контрактів, а з іншого – створення таких механізмів правового регулювання укладення міжнародних комерційних контрактів, які б мінімізували недобросовісну поведінку сторін у зв'язку із цим. Крім того, розвиток технічних засобів, за допомогою яких передається інформація, неминуче призводить до того, що на практиці використовуються нові способи укладення контрактів, що можуть породжувати певні правові проблеми, які необхідно вирішувати. Крім того, у Європі останні декілька десятків років ведеться пошук уніфікованої моделі регулювання приватних, зокрема, договірних відносин. В результаті масштабних науково-практичних досліджень були створені декілька документів, призначені регулювати міжнародні комерційні контракти, які, безумовно, потребують вивчення.

Відтак, **метою цієї статті** є аналіз способів укладення контрактів, вимог до оферти та акцепту згідно із Принципами міжнародних комерційних договорів УНІДРУА (далі – Принципи УНІДРУА), Принципами Європейського договірного права (далі – PECL), Віденською конвенцією ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. (далі – КМКП), Проектом Спільних підходів (Draft Common Frame of Refference (далі – DCFR).

Виклад основного матеріалу.

Способи укладення контрактів згідно з деякими міжнародними уніфікованими документами.

Стаття 2.1.1. Принципів УНІДРУА визначає наступні способи укладення контрактів: 1) шляхом акцепту оферти; 2) шляхом такої поведінки сторін, яка є достатньою, аби свідчити про досягнення згоди.

Пояснюючи другий із перелічених способів укладення контракту, Коментар до Принципів УНІДРУА, зазначає про те, що у комерційній практиці контракти часто укладаються після тривалих переговорів без чіткої послідовності надіслання оферти та акцепту. У таких випадках важко встановити, чи був укладений контракт, і якщо так, то коли саме мало місце укладення. Відповідно до ст. 2.1.1. Принципів УНІДРУА контракт може вважатися укладеним, навіть тоді, коли момент укладення не може бути визначений, за умови що поведінка сторін є достатньою для того аби свідчити про укладення контракту. Для того, щоб визначити, чи існує достатнє свідчення наміру сторін бути пов'язаними контрактом, їх поведінка повинна тлумачитися відповідно до критеріїв, встановлених ст. 4.1. Принципів.

У якості ілюстрації наводиться ситуація, коли А і В вступили у переговори з метою заснування спільного підприємства для виготовлення нового продукту. Після тривалих переговорів без будь-яких формальних оферти та акцепту і з тим, що деякі незначні питання ще не були домовлені, сторони почали виконання. Коли потім сторони не змогли досягти згоди щодо цих незначних моментів, суд чи арбітраж може все-таки вирішити, що контракт був укладений, оскільки сторони розпочали виконання, таким чином, показуючи свій намір бути пов'язаними контрактом.

Стаття 2.1.1. Принципів УНІДРУА охоплює також випадки т.зв. автоматичного укладення контрактів, наприклад, коли сторони погодилися використовувати систему, яка здатна привести в дію "само-виконуємі" механізми, які призводять до укладення контракту без взаємодії із фізичною особою.

З цього приводу коментар наводить наступну ілюстрацію: "Виробник автомобілів А та постачальник складових до них В встановили систему електронного обміну даними, яка як тільки запаси складових до автомобілів у А впадуть до межі, автоматично робить замовлення складових і їх виконує. Факт того, що А і В домовилися про функціонування цієї системи, робить замовлення і їх виконання такими, що пов'язують А і В, не зважаючи на те, що вони відбуваються без особистої участі А і В [1, с. 35-36].

У DCFR вимогам до укладення контрактів, присвячена ст. II. – 4: 101 відповідно до якої контракт укладено, без додаткових вимог, якщо сторони: (a) мають намір вступити у відносини, які їх юридично зобов'язують або викликати інший юридичний ефект; і (b) досягають достатньої згоди.

Фраза "без додаткових вимог" у цій статті означає, що не існує якихось специфічних вимог про укладення контракту у певній формі, крім виняткових, прямо передбачених випадків. Також не обов'язково, щоб одна сторона зобов'язувалася надати щось іншій стороні в обмін на її виконання. Крім того, не вимагається для укладення реальних контрактів передавати майно іншій стороні контракту [2, с. 290].

Питанням визначення наміру присвячена ст. II. – 4: 102 DCFR, яка, зокрема, встановлює, що намір сторони вступити у юридично зобов'язуючі відносини або викли-

© Діковська І., 2015

кати якийсь інший правовий ефект повинен визначатися із заяв або поведінки сторони, так як вони розумно розумілися іншою стороною.

Коментар до цієї статті зазначає, що сторони часто роблять попередні заяви, які передують укладанню контракту, але вони не виказують наміру бути пов'язаними на цьому етапі. Сторони можуть також робити заяви, які спрямовані на те, щоб пояснити, що вони будуть пов'язані морально,але не юридично. Такі заяви потребують тлумачення: наприклад, буває важко відрізнитине зобов'язуючий лист про наміри або т.зв. "лист комфорту" (comfort letter) від листів, спрямованих на те, щоб юридично зобов'язатися, і які, якщо вонибудуть прийняті, призведутьдо укладення контракту.

Для ілюстрації цієї думки коментар наводить наступний приклад. "Коли дочірнє підприємство попросило банк надати йому кредиту розмірі 8 млн.євро, банк звернувся до материнської компанії з проханням гарантувати кредит. Материнська компанія відмовилася, але надала лист комфорту, в якому було написано: "Нашаполітика – гарантувати, що бізнес дочірньої компанії завжди є таким, що вона в змозі виконати свої зобов'язання перед вами за кредитом". У листі також зазначено, що материнська компанія не знизить свою фінансову участь у дочірній компанії до погашення кредиту. Коли під час переговорів банк дізнався,що материнська компанія надасть лист комфорту, а негарантію, він відповів, що ймовірно, доведеться встановити вищу процентну ставку. Коли пізніше дочірня компанія була ліквідована, не погасивши кредит, банк подав позов проти материнської компанії про відшкодування суми заборгованості. Позов не був задоволений, оскільки заява материнської компанії ясно вказує на те, що вона не мала наміру бути юридично пов'язаною [2, с. 298].

Коментар також зазначає, що заяваі ноді є запрошенням до однієї або декількох інших осіб зробити пропозицію. Таке запрошення не має на увазі зобов'язати людину, яка робить його. Однак, воно може мати наслідки пізніше, якщо запрошення викликало оферту і акцепт, які посилаються на умови, зазначені у запрошенні.

Достатності згоди, присвячена ст. II. – 4: 103 DCFR, відповідно до якої: "(1) Згода є достатньою, якщо : (a) умови контракту були достатньо визначені сторонами для набуття ним чинності; або (b) умови контракту, або права і обов'язки сторін за ним, можуть бути достатньо визначені інакше для набуття контрактом чинності. (2) Якщо одна зі сторін відмовляється укласти контракт, поки сторони не домовляться про якесь конкретне питання, контракту не існує, поки згода з цього питання не буде досягнута".

Пояснюючи ці норми, коментар зазначає, що сторони можуть розробити дуже повні і точні умови в письмовому документі, але не буде жодного контракту, поки вони не погодиться на їх обов'язковість.

Якщо контракт повинен підписуватися сторонами, поки сторони його не підпишуть це буде лише проект контракту. При цьому зміст згоди повинен бути "достатнім". Розпливчаста, загальна згода типу "Цим ми укладаємо контракт", без чогось більшого, не є контрактом, тому що вона не має достатньо точного змісту. Мається на увазі не те, щоб сторони домовилися про "об'єкт" чи ціну контракту. DCFR пропонує використовувати ширший підхід: потрібно, щоб з домовленості можна було визначити, що повинна робити кожна сторона.

Стаття II. – 4: 103 (1) (a) DCFR застосовується, якщо сторони укладають якийсь контракт, який не може бути віднесений до певного виду контрактів, передбаченого законом, або застосовуваними звичаями чи практикою. Так, якщо потенційні контрагенти вступають у переговори про їх "майбутнє співробітництво на ринку", між ними не може бути контракту до тих пір, поки вони не домовляться про істотні умови свого співробітництва, тобто, про права та обов'язки обох сторін [2, с. 302].

Стаття II. – 4: 103 (1) (b) DCFR передбачає, що "умови контракту, або права і обов'язки сторін за ним, можуть бути достатньо визначені інакше для набуття контрактом чинності". Мається на увазі ситуація, коли сторони укладають контракт певного виду (поставки, страхування тощо). У такому випадку достатньо домовитися лише про окремі умови (вид товару, його кількість). Якщо сторони при цьому не домовилися про інші умови, вони можуть бути виведені на підставі загальних правил Глави 9 Книги 2 DCFR. Ці питання можуть бути визначені також з використанням звичаїв та практики, що склалася між сторонами.

Стаття II. – 4: 103 (2) DCFR стосується випадків, коли сторона вважає якусь умову настількиважливою, що укладення контрактубуде залежативід досягненнядомовленості з цього питання. Наприклад, якщо сторони ведуть переговори про ціну товарів,вони показують, що ціна є істотною умовою.Навіть питання, які зазвичай не розглядаються як істотні можуть вважатися такими однією із сторін.

Однак, якщо сторона, яказробилаоднуабобільше умов істотними, приймає виконання передбачуваного контрактуіншою стороною (до досягнення сторонами згоди з умов, що були визначені стороною як істотні), контракт вважається укладеним на підставі поведінкисторін. При цьому неузгоджені умови будуть визначатися на підставі загальних правил Глави 9 Книги 2 DCFR.

У якості прикладу наводиться наступна ілюстрація. А і В проводили переговори про укладення контракту, за яким А мав обслуговувати комп'ютери В щомісяця протягомодного року "за щомісячну плату, яка повинна бутиузгоджена".Хоча сторони недомовилися проплату, вони вирішили, що А розпочне роботу, і А обслуговує комп'ютери. Розумна платабудевиплачуватисяна підставі ст.II.-9:104 DCFR (Визначення ціни).

Тим неменш,поведінка сторінможе свідчити про те, що вони не уклалидоговору. Якби А приступив до роботи, коли між сторонами тривали переговори щодо ціни, іпіслямісяця таких переговорів, коли було зрозуміло,що сторони не досягнуть згоди,В попросив А зупинити виконання робіт, В ніс би відповідальність перед Авідповідно до правил про безпідставне збагачення (Книга VII) DCFR [2, с. 303].

Вимоги до оферти. Набрання чинності офертою.

Відповідно до ст. 2.1.2. Принципів УНІДРУА: "Пропозиція про укладення контракту є офертою, якщо вона достатньо визначена і виражає намір оферента бути пов'язаним у разі акцепту". Таким чином, ознаками оферти є: 1) її достатня визначеність; 2) наявність у ній наміру оферента бути пов'язаним у разі акцепту.

При цьому коментар зазначає, що не можна в загальних рисах встановити, в яких випадках пропозиція є достатньо визначеною. Навіть істотні умови, такі як точний опис товарів чи послуг, що будуть поставлені або надані, ціна за них, час і місце виконання, і т.д., можуть не визначатися у пропозиції. І це не обов'язково означатиме, що вона є недостатньо визначеною. Все залежить від того, чи мають намір оферент і адресат оферти, який приймає її, "вступити у зобов'язуючу угоду", і, чи можуть бути відсутні умови визначені шляхом тлумачення мови контракту згідно зі статтями 4.1 і наступн. Принципів УНІДРУА, або доповнені відповідно до статей 4.8 або 5.1.2. Крім того, невизначеність можна подолати посилаючись на практику, встановлену між сторонами або звичаї (див ст. 1.9 Принципів УНІДРУА), а

також використовуючи положення Принципів УНІДРУА (наприклад, ст. 5.1.6 (Визначення якості виконання), ст. 5.1.7 (Визначення ціни), ст. 6.1.1 (Час виконання), 6.1.6 (Місце виконання) і 6.1.10 (не виражена валюта).

Другим критерієм для визначення того, чи має сторона, що робить пропозицію, укласти договір (або вона просто розпочинає переговори) є її намір бути пов'язаною у разі акцепту. Однак, оскільки намір рідко оголошується прямо, часто він повинен виводитися з обставин справи у кожному окремому випадку. Спосіб, в який сторона робить пропозицію (наприклад, шляхом визначення її чіткого визначення як "оферти" або просто як "декларації про наміри") обумовлює першу, хоча і не вирішальну, ознаку можливого наміру. Більше значення мають зміст і адресати пропозиції. Загалом, чим детальніша і конкретніша пропозиція, тим вірогідніше, що вона буде розглядатися як оферта. Пропозиція, адресована одній або декільком конкретним особам, має більше шансів розглядатися як оферта, ніж пропозиція, зроблена громадськості в цілому.

Пропозиція може містити всі істотні умови договору, але, тим не менше, не пов'язувати того, хто її запропонував у разі її прийняття, якщо він поставив контракт в залежність від досягнення згоди з деяких незначних питань, залишилися відкритими у пропозиції.

Так, відповідно до ст. 2.1.13 Принципів УНІДРУА якщо в ході переговорів одна зі сторін наполягає на тому, що контракт є неукладеним до погодження конкретних питань чи до дотримання визначеної форми, то такий контракт вважається неукладеним, доки не буде досягнуто згоди з таких питань або дотримана така форма [1, с. 36-38].

Відповідно до ст. II. – 4:201 DCFR: "(1) пропозиція є офертою, якщо:

(a) вона призначена дляпривестидо укладення контракту, якщо інша сторонаприйме її; (b) вонамістить достатньо визначені умови для укладенняконтракту. (2) Оферта можебути зроблена одній чикільком конкретнимособам абогромадськості. (3) Пропозиція поставки товарів зі складу або послуг по заявленій ціні, зроблена підприємцем у публічній рекламі або каталозі, або за допомогою демонстрації товарів, розглядається, якщо обставини не вказують на інше, як оферта постачати за цією ціною поки запас товарів, або підприємця постачати послуги, не вичерпається.

Як зазначає коментар до DCFR, пропозиції зроблені громадськості можуть мати безліч форм – рекламні оголошення, плакати, проспекти, покази у вітринах, запрошення до тендеріві т.д. Ці пропозиції, як правило, слід розглядати в якості оферт, якщо вони показують намір осіб, які їх зробили, бути юридично пов'язаними, якщо пропозиції будуть прийняті. Тим не менше, пропозиції зробленів обставинах, де важливими є особисті якості іншої сторони, як правило, розглядаються як запрошення до оферти. Це стосується, наприклад, реклами про здачу в оренду будинку на певною ціною.

Інші фактори також можуть привести до припущення, що, якщо не вказано інше, пропозиція є лише запрошенням робити оферту. Виставлення предмету на аукціоні, як правило, є лише запрошенням взяти участь у торгах. Аукціоніст не зобов'язаний приймати запропоновану ставку і може зняти товар з аукціону, якщо найвища із запропонованих ставок є занадто низькою. Ставка є офертою, яка приймається під час падіння молота. Однак, чітка вказівка на те, що товар продається "без резервованої ціни" або подібна, означатиме, що виставлення товару на аукціоні є офертою [2, с. 316-317].

Набуття офертою чинності. Скасування, відкликання оферти. Безвідклична оферта.

Відповідно до ст. 2.1.3. (1) Принципів УНІДРУА оферта набирає чинності з моменту її одержання адресатом оферти. Аналогічне правило передбачене ст. 15 (1) КМКП.

В свою чергу момент одержання оферти визначається за правилами ст. 1.10 (3) Принципів УНІДРУА, відповідно до якої "повідомлення вважається "одержаним" особою, якщо воно повідомляється їй усно чи доставляється у місце здійснення її підприємницької діяльності чи на її поштову адресу".

DCFR та PECL не містять спеціального регулювання щодо набуття офертою чинності.

Слід звернути увагу на те, що не всі міжнародні уніфіковані документи розрізняють скасування та відкликання оферти. Так, наприклад, DCFR та PECL не містять статей, які регулюють скасування оферти (withdrawal), а лише її відкликання (revocation).

Натомість Принципи УНІДРУА та КМКП містять окремі норми щодо скасування оферти та щодо її відкликання. Це пов'язано із тим, що дані документи спеціально регулюють питання набуття офертою чинності. Адже згідно із коментарем до ст. 2.1.3. Принципів УНІДРУА скасування оферти відрізняється від її відкликання тим, що скасування може відбуватися до того, як оферта набуває чинності, в той час як відкликання оферти (ст. 2.1.4.) має місце лише після цього. (Цікаво, що Коментар до DCFR зазначає про цю різницю між скасуванням і відкликанням оферти і пояснює її так само як Принципи УНІДРУА та КМКП) [2, с. 325].

Отже, відповідно до ст. 2.1.3. (2) Принципів УНІДРУА оферту можна скасувати, навіть якщо вона є безвідкличною, в разі, якщо адресат оферти отримує повідомлення про скасування до або у момент отримання оферти. Аналогічне правило передбачене ст. 15 (2) КМКП.

Відкликання оферти регулюється ст. 2.1.4. (1) Принципів УНІДРУА, відповідно до якої поки контракт не укладений, оферта може бути відкликана, якщо повідомлення про таке відкликання одержано адресатом оферти до відправлення ним акцепту. Аналогічне правило передбачене ст. 16 (1) КМКП.

Таким чином, тривалість права на відкликання оферти залежить від способу у який здійснюється акцепт. Якщо акцепт вчиняється усно (що допускається Принципами УНІДРУА в силу ст. 1.2.) або шляхом вчинення певних дій без направлення повідомлення про акцепт оференту, (ст. 2.1.6. (3) Принципів УНІДРУА) право оферента триває до укладення контракту.

Проте, якщо акцепт здійснюється письмо, контракт є укладеним, коли акцепт одержаний оферентом (ст. 2.1.6 (2)). Таким чином, у цьому разі право оферента на відкликання оферти закінчується раніше, ніж відбувається укладення контракту, тобто, тоді, коли акцептант відправив акцепт. Як зазначає коментар до Принципів УНІДРУА, таке рішення може викликати деякі незручності для оферента, який не завжди буде знати, чи можна він ще відкликати оферту. Однак, воно виправдано з точки зору інтересів адресата оферти [1, с.39-40].

Відповідно до ст. II. -4:202 (1,2) DCFR: "(1). Оферта можебути відкликана, якщо повідомленняпро відкликання буде одержаноадресатомоферти довідправкиним акцептуабо, у акцепту шляхом поведінки, – до того, як договір був укладений. (2) Оферта зробленадлягромадськостіможе бути скасованатимже способом, який був використаний, щоб зробитипропозицію". Аналогічними є норми ст. 2:202 (1,2) PECL.

Безвідклична оферта.

Згідно зі ст. 16 (2) КМКП, а також ст. 2.1.4 Принципів УНІДРУА оферта не може бути відкликана: "а) як-

що в оферті зазначено шляхом встановлення певного строку акцепту чи іншим чином, що вона є безвідкличною; або b) якщо для адресата оферти було розумно очікувати, що оферта є безвідкличною й адресат оферти діяв відповідно".

Як зазначає коментар до ст. 2.1.4. Принципів УНІДРУА "розумне очікування" сторони може базуватися на поведінці оферента або на характері оферти. У якості прикладу наводиться оферта, чиє прийняття вимагає тривалого і дорогого вивчення з боку адресата оферти або оферта, здійснена з огляду на те, що адресат оферти зробить в свою чергу пропозицію третій стороні. До дій, які адресат оферти, як правило, виконує "розумно очікуючи, що оферта з безвідкличною" відносять, зокрема, здійснення підготовки до виробництва, купівлю чи оренду матеріалів чи устаткування, понесення витрат, за умови, що такі дії можуть розглядатися як звичайні у відповідній галузі торгівлі, або з інших причин повинні бути передбачувані або відомі оференту [1, с. 41, 42].

Стаття 2:202 (3) PECL передбачає, що "Повідомлення про відкликання оферти недійсне, якщо: (a) в оферті зазначено, що вона є безвідкличною; або (b) офертою встановлено певний строк для її акцепту; або (c) з боку адресата оферти було розумно очікувати, що оферта є безвідкличною, і адресат оферти діяв відповідно до отриманої оферти" [3]. Аналогічною є ст. II. – 4:202 (3) DCFR [2, с. 325].

Відхилення оферти.

Відповідно до ст. 2.1.5. Принципів УНІДРУА оферта втрачає чинність з моменту отримання оферентом повідомлення про відхилення. Аналогічне правило закріплене у ст. II. -4:203 DCFR, ст. 2:203 PECL, ст. 17 КМКП з тією відмінністю, що КМКП конкретизує, що це стосується й безвідкличної оферти.

Як зазначає коментар до Принципів УНІДРУА відхилення оферти може бути явним або неявним. Останнє має місце, наприклад, у тих випадках, коли відповідь на оферту, яка має на меті бути акцептом містить доповнення, обмеження чи інші зміни.

Однак у будь-якому випадку заява чи поведінка адресата оферти повинні бути такими, щоб виправдати віру оферента у те, що адресат не має наміру прийняти пропозицію. Запитання оферента стосовно того, чи можливо визначити певні альтернативні умови (наприклад, "Чи є можливість зниження ціни?" або "Чи не могли б ви поставити на декілька днів раніше?") зазвичай не будуть достатніми, щоб вважатися відхиленням оферти [1, с. 41].

Вимоги до акцепту.

Відповідно до ст. 2.1.6. (1) Принципів УНІДРУА, ст. 18 (1) КМКП: "Заява чи інша поведінка адресата оферти, що вказує на його згоду на оферту, є акцептом. Мовчання чи бездіяльність самі по собі не є акцептом" [4].

Дуже схожими зі ст. 2.1.6. (1) Принципів УНІДРУА та ст. 18 (1) КМКП, є норми ст. II-4:204 DCFR, ст. 2:204 PECL з тією відмінністю, що вони підкреслюють, що акцептом є "заява *у будь-якій формі* (курсив наш) чи інша поведінка адресата оферти, що вказує на його згоду на оферту. Мовчання чи бездіяльність самі по собі не є акцептом".

Як пояснює коментар до DCFR, акцепт не обов'язково повинен здійснюватися у тій же формі що й оферта. Оферта, надіслана листом,може бути прийнята електронною поштою абонавітьв усній формітелефоном. При цьому намір сторони вступити юридично зобов'язуючівідносини повинен бути виражений у заявічиповедінці сторони так, щоб від оферента можна було розумно очікувати його розуміння. Акцепт повинен бути безумовним. Він не може здійснюватися за умовиостаточного схвалення якоюсь особою (наприклад, радою директорів), крім випадків, коли оферентзнав абовід нього було брозумно очікувати, що він знав, що для прийняття оферти потрібно схвалення певної особи (наприклад, урядового органу).

За загальним правилом мовчання чи бездіяльність не є акцептом. Однак, з цього правила є винятки. Зокрема, акцепт може випливати із заяв адресата оферти, зроблених раніше, наприклад, запрошення зробити оферту, або із звичаїв чи практики між сторонами.

Для ілюстрації цієї думки DCFR наводить наступний приклад: "О" запитує "Р", скільки коштуватиме пофарбувати паркан навколо заводу "О", при цьому він говорить "Р", що той може почати фарбувати через тиждень після того, як надішле інформацію про ціну, якщо до цього часу "О" не скасує пропозицію. "Р" відправив інформацію "О" і, оскільки "О" нічого не відповів, "Р" почав фарбувати. У такому випадку "О" пов'язаний контрактом" [2, с. 335].

Крім того, з рамкової угоди, укладеної між сторонами, може випливати, що мовчання сторони на оферту іншої сторони означатиме акцепт.

Відповідно до деяких професійних звичаїв, замовлення на надання товарів або послуг від одного професіонала іншому буде вважатися акцептованим, якщо воно не буде відхилено адресатом оферти без надмірного зволікання. З практики, що склалася між сторонами, також може випливати, що мовчання буде вважатися акцептом.

Для пояснення цієї думки коментар наводить наступний приклад. "Між "А",який здійснюєтехнічне обслуговування,і "В",який володієзаводом, склалася практика, відповідно до якої "А" надсилає "В" повідомлення, в якому зазначається день, коли "А" має намір надати послуги "В". Якщо останньому ці послуги не потрібні, він негайно інформує про це "А". Якщо "В" зберігає мовчання, "А" приходить. Таким чином, повідомлення "А" зобов'язує його прийти у визначену ним дату. "В" зобов'язаний отримати послуги "А", якщо він не скасував візит "А" відразу після отримання його повідомлення" [2, с. 336].

Висновки. Таким чином, укладення контракту пов'язується із: – досягненням згоди між сторонами (Принципи УНІДРУА); – наміром сторін вступити у відносини, які їх юридично зобов'язують, і досягненням достатньої згоди (DCFR). Вимогами до оферти згідно із дослідженими документами є її достатня визначеність та наявність у ній наміру оферента бути пов'язаним у разі акцепту. DCFR та PECL не містять спеціального регулювання щодо набуття офертою чинності. Згідно з Принципами УНІДРУА та КМКП оферта набирає чинності з моменту її одержання адресатом оферти. Принципи УНІДРУА та КМКП розрізняють скасування та відкликання оферти. Скасування може відбуватися до того, як оферта набуває чинності, в той час як відкликання оферти має місце лише після цього. КМКП, Принципи УНІДРУА, PECL та DCFR пов'язують безвідкличність оферти із: 1) встановленням у ній певного строку для відповіді; 2) зазначенням у ній, що вона є безвідкличною іншим чином, тобто вживанням слів у оферті, які свідчать про намір оферента не відкликати оферти доти, поки він не отримає відповіді від адресата оферти; 3) розумним очікуванням адресата оферти її безвідкличності, а також вжиттям ним певних дій, пов'язаних із підготовкою до виконання контракту. Ці дії повинні бути "звичайними у відповідній галузі торгівлі, або з інших причин передбачувані або відомі оференту". Згідно з Принципами УНІДРУА, КМКП, DCFR, PECL оферта

втрачає чинність з моменту отримання оферентом повідомлення про відхилення. Відхилення оферти може бути явним і неявним. Відповідно до Принципів УНІДРУА, КМКП, DCFR, PECL акцепт – це заява чи інша поведінка адресата оферти, що вказує на його згоду на оферту, є акцептом. За загальним правилом, мовчання чи бездіяльність самі по собі не є акцептом. Однак, DCFR допускає деякі винятки з цього правила.

Список використаних джерел

1. UNIDROIT Principles of International commercial Contracts, 2010. – Rome : UNIDROIT, 2010. – 454 p.

2.Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Edited by Study Group on a European Civil Code, Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group). – Munich : Sellier european law publishers, 2009. – 6563 p.

3.The Principles Of European Contract Law 2002 (Parts I, II, and III). – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002.

4.Віденська конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_003.

Надійшла до редколегії 28.08.15

И. Диковская, д-р юрид. наук, доц., проф.
Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Киев, Украина

ЗАКЛЮЧЕНИЕ МЕЖДУНАРОДНЫХ КОММЕРЧЕСКИХ КОНТРАКТОВ СОГЛАСНО НЕКОТОРЫХ МЕЖДУНАРОДНЫХ УНИФИЦИРОВАННЫХ ДОКУМЕНТОВ

Статья посвящена анализу способов заключения коммерческих контрактов в соответствии с Принципами международных коммерческих договоров УНИДРУА, DCFR, Венской конвенцией ООН о договорах международной купли-продажи товаров, Принципами Европейского договорного права (PECL). Рассматриваются требования к оферте, условия вступления в силу, отмены, отзыва, отклонения оферты, требования к акцепту. Анализируются подходы международных унифицированных документов к безотзывной оферте.

Ключевые слова: способы заключения контрактов, оферта, акцепт, Принципы УНИДРУА, DCFR, PECL, Венская конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров.

I. Dikovska, Doctor of Juridical Sciences, Docent, Professor of Civil Law Department
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

THE CONCLUSION OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS UNDER SOME INTERNATIONAL UNIFORM INSTRUMENTS

The article analyzes the ways of conclusion of international commercial contracts under UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, DCFR, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, the Principles of European Contract Law (PECL). The requirements to the offer, the terms of its entry into force, withdrawal, revocation, rejection the offer, the requirements for acceptance have been analysed. The approaches to the irrevocable offer of the uniform documents havr been examinated.

Key words: the ways of contract conclusion, offer, acceptance, UNIDROIT Principles, DCFR, PECL, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

УДК 304.44

Е. Маховенко, д-р социал. наук (право), проф.
Вильнюсский университет, Вильнюс, Литва,
Л. Гришкевич, д-р социал. наук (право), лектор
Вильнюсский университет, Вильнюс, Литва

СОЗДАНИЕ ЧЕТЫРЕХЗВЕННОЙ СИСТЕМЫ СУДОВ ОБЩЕЙ КОМПЕТЕНЦИИ В ЛИТВЕ В 1990-1994 ГОДАХ

В статье рассматриваются причины выбора четырехзвенной модели системы судов общей компетенции и взаимосвязь между создававшейся в Литве в 1990-1994 гг. судебной системой и системой, действовавшей в независимой Литве в межвоенный период, анализируются допущенные ошибки и полученный положительный опыт проведения судебной реформы.

Ключевые слова: судебная реформа, суды общей компетенции, Литовская Республика, Конституция, апелляция, кассация.

Авторы настоящей статьи хотели бы познакомить читателей с некоторыми результатами своей работы по изучению судебной реформы в Литве, проведенной в первые годы после восстановления Независимости. Эти работы являются часть обширной программы научных исследований истории публичного права Литвы, охватывающей период 13-20 столетий, проводимой Институтом истории права Кафедры публичного права Юридического факультета Вильнюсского университета.

Объектом исследования в данной статье выступает совокупность действий органов государственной власти по созданию четырехзвенной системы судов общей компетенции (имея в виду как правовые акты, так и сложившиеся на их основе правоотношения). Хронологические рамки данного исследования ограничены периодом с 11 марта 1990 г. по 1 января 1995 г., т. е. временем от восстановления независимой Литовской Республики и до дня, с которого официально начали действовать все четыре звена системы судов общей компетенции.

Целью исследования является выявление и анализ причин выбора именно четырехзвенной модели и взаимосвязи между создаваемой судебной системой и системой, действовавшей в независимой Литве в межвоенный период. Конкретными задачами, решаемыми в ходе данного исследования, является анализ правовых актов и решений, устанавливающих число звеньев судебной системы и определяющих компетенцию и нагрузку того или иного звена, выявление мотивов, объективных и субъективных факторов, оказавших существенное воздействие на содержание этих актов или решений, оценка последних в контексте общих целей и задач судебной реформы. Основными методами исследования являются системный, логический, исторический, телеологический.

Источниками информации для анализа послужили нормативно-правовые и исполнительно-распорядительные акты, различные протоколы, стенограммы, опубликованные интервью и выступления лиц, готовивших и проводивших судебную реформу, периодика

© Маховенко Е., Гришкевич Л., 2015

тех лет, научные публикации. Последних, к сожалению, не так уж много. Юристы – ученые и практики – тогда гораздо чаще высказывались по актуальным вопросам в еженедельниках и других СМИ, чем в редко и нерегулярно выходивших научных журналах и сборниках статей. И в наши дни научные публикации по этой тематике редки. Судебная реформа последнего десятилетия прошлого века уже отдалена от нас временем и редко обращает на себя внимание исследователей, концентрирующихся на изучении сегодняшней юридической действительности. В то же время реформа еще не воспринимается как часть истории, отдалившейся настолько, чтобы стать "вотчиной" историков права. Опубликованные в Литве статьи и материалы конференций проливают свет лишь на отдельные эпизоды судебной реформы, а за пределами Литвы это реформа, видимо, малоизвестна. Единственной комплексной работой по данной тематике является докторская диссертация [1] одного из авторов данной статьи, хотя специфика диссертации, сконцентрированной на проблеме аутентичности созданной в ходе реформы судебной системы, заставила обойти вниманием ряд других интересных аспектов.

Первые годы после восстановления Независимости в Литве действовала двухзвенная система судов общей компетенции, состоявшая из районных и городских судов, рассматривавших дела в качестве судов первой инстанции, и Верховного Суда, действовавшего как кассационный суд и суд первой инстанции (по некоторым категориям дел). Руководствуясь практикой стран, относящихся к западной правовой традиции, и собственным историческим опытом (в межвоенный период в Литве была реализована возможность пересмотра дел в порядке апелляционного и кассационного судопроизводства) было принято решение вернуться к апелляции. Это должно было помочь реализовать высокие стандарты судебной защиты прав частных лиц, на которые ориентировалась возрожденная Литовское Республика. Однако считалось неправильным отказываться при этом от кассации. В Литве исходили из традиционного понимания апелляции как института, ориентированного преимущественно на защиту частного интереса, а кассации – прежде всего на защиту публичного интереса [2, с. 18; 3, с. 24; 4, с. 26; 5, с. 314]. Судя по стенограммам Сейма и материалам СМИ тех лет, необходимость иметь оба упомянутых процессуальных института было достаточно очевидна и больших споров не вызывала, но выбрать конкретную модель судебной системы, позволяющую реализовать потенциал апелляции и кассации, было нелегко.

Анализ зарубежной практики недвусмысленно указывал на целесообразность разделения функции апелляционной инстанции между двумя звеньями судебной системы, в результате чего одно из звеньев было бы лишь апелляционной инстанцией, в другом звене сочеталось бы судопроизводство в порядке первой и апелляционной инстанции, а самое низшее звено действовало бы лишь как суд первой инстанции. Помимо обеспечения интересов сторон (как в плане предоставления самой возможности пересмотра судебного решения, так и в плане возможности вести дело по месту жительства или возможно ближе к нему), трехзвенная система судов общей компетенции позволила бы рациональнее распределить нагрузку на суды, передать более сложные и важные дела на рассмотрение более квалифицированных судей, создать лучшие условия для судей специализироваться на определенных категориях дел. Учитывая вышеперечисленные преимущества и тот факт, что лишь очень немногие страны западной правовой традициина тот момент обходились двухзвенной судебной системой[6], отказ от таковой в Литве рассматривался большинством участников дискуссий как обоснованный и неотложный шаг, хотя тогдашний Верховный Суд все же склонялся к сохранению двухзвенной системы [7, с. 62]. Проблема состояла, главным образом, в необходимости сочетать возвращенную апелляцию с существующей кассацией путем либо соединения в одном звене апелляционных и кассационных полномочий, либо разделения их между несколькими звеньями – здесь зарубежная практика не давала однозначного ответа, однако мог помочь свой собственный исторический опыт.

В соответствии с принятым 28 ноября 1918 г. Временным упорядочиванием Литовских судов и их работы (таков дословный перевод названия этого закона, реализация которого относится к 1919-1933 гг.) [8] Литва имела трехзвенную систему судов общей компетенции. Мировые судьи исключительно в порядке первой инстанции рассматривали имущественные споры на сумму до 5 тыс. литов и все другие (не связанные с имущественным спором) гражданские дела, а также уголовные дела, по которым максимальной санкцией было тюремное заключение на срок до одного года (по отдельным категориям дел – до полутора, двух или трех лет). Все прочие гражданские и уголовные дела были отнесены к компетенции окружных судов, которые также были апелляционной инстанцией в отношении решений и приговоров мировых судей. Главный Литовский Трибунал до 1921 г. был преимущественно апелляционной инстанцией в отношении решений и приговоров окружных судов, вынесенных в порядке первой инстанции, однако был и судом первой инстанции по некоторым категориям дел (возбужденные Сеймом дела о должностных преступлениях и государственной измене Президента, премьер-министра и министров), а в 1921 г. поправками [9] к упомянутому закону был дополнительно наделен компетенцией суда кассационной инстанции в отношении решений и приговоров окружных судов, вынесенных в порядке апелляционного судопроизводства. Таким образом, кассационное судопроизводство, первоначально прямо запрещенное ст. 19 и 29 указанного закона, была законодательно введено и сконцентрировано в руках одного Главного Литовского Трибунала, ставшего и апелляционным, и кассационным судом (соответствующие поправки были внесены и в процессуальное законодательство).

Признавая своевременность и правильность введения кассации как таковой, нетрудно заметить принципиальный недостаток выбранной в 1921 г. модели – менее важные (в глазах законодателя) дела, рассмотренные мировыми судьями, могли быть пересмотрены дважды (в апелляционном порядке – окружными судами и в кассационном порядке – Главным Литовским Трибуналом), а более важные, решенные окружными судами в порядке первой инстанции – только единожды (Главным Литовским Трибуналом). Указанный недостаток практически сразу стал объектом критики в научной печати и СМИ, однако в силу ряда причин был устранен только со вступлением в силу 15 сентября 1933 г. нового Закона о судоустройстве [10], учредившего единую для всей Литвы Апелляционную Палату и передавшего ей апелляционные полномочия, ранее принадлежавшие Главному Литовскому Трибуналу.

В 1990-1992 гг. достоинства и недостатки различных вариантов трехзвенной судебной системы широко обсуждались в печати, было высказано и подвергнуто всесторонней критике множество конкретных предложений, в том числе и учитывавших собственный негативный опыт 1921-1933 гг. Весьма интересным был

вариант, при которым участковые суды в порядке первой инстанции рассматривали бы большинство уголовных, гражданских и административных дел, окружные суды были бы апелляционной и кассационной инстанцией в отношении решений и приговоров участковых судов и первой инстанцией по некоторым категориям дел, а Верховный Суд действовал бы как апелляционная и кассационная инстанция в отношении решений и приговоров окружных судов и осуществлял бы функцию конституционного надзора [11, с. 15]. Не имея недостатка, свойственного судебной системе 1921-1933 гг., этот вариант предположительно позволял создать сбалансированную судебную систему с рациональным распределением нагрузки на разные ее звенья, но имел крупный недостаток, связанный с проблемой формирования единой судебной практики – функцией, возложенной на суд кассационной инстанции. Поскольку кассационное производство велось бы в нескольких окружных и одном Верховном Суде, формирование единой правоприменительной практики стало бы весьма сложным (если вообще возможным) делом.

Этот недостаток можно было устранить путем создания четырехзвенной системы судов общей компетенции – решение, опробованное в межвоенной Литве. По Закону о судоустройстве 1933 г. участковые суды (созданные взамен мировых судей) исключительно в порядке первой инстанции рассматривали все гражданские дела и ряд категорий уголовных дел. Все остальные уголовные дела рассматривались окружными судами, которые также играли роль апелляционной инстанции для рассмотренных участковыми судами дел. Впервые учрежденная Апелляционная Палата Литвы была апелляционной инстанцией по делам, рассмотренным окружными делами в порядке первой инстанции (основная функция Палаты), а в качестве суда первой инстанции выступала лишь по некоторым категориям уголовных дел (о преступлениях против безопасности государства, предусмотренных Особым уставом охраны государства 1919 г.). Передав свои апелляционные полномочия Апелляционной Палате, Главный Литовский Трибунал действовал как единая кассационная инстанция по делам рассмотренным всеми нижестоящими судами общей компетенции и военными судами, а в порядке первой инстанции рассматривал лишь уголовные дела в отношении членов правительства. Разъяснение правовых норм и формирование единой правоприменительной практики было сосредоточено в руках Всеобщего собрания судей Главного Литовского Трибунала.

В литовской историко-юридической литературе созданная Законом о судоустройстве 1933 г. модель системы судов общей компетенции оценивалась и продолжает оцениваться весьма высоко, в том числе и по вопросу четкого разделения апелляционных и кассационных полномочий между Апелляционной Палатой и Главным Литовским Трибуналом [12, с. 26; 13, с. 55-58]. Примеряя эту модель к реалиям Литвы 1990-1994 гг., юристы практики высказывали мнение о ее излишней сложности (даже громоздкости) и дороговизне для маленького государства с небольшой численностью населения, и приводили в качестве примера Данию, где в тот момент проводилась реформа, направленная на упрощение судебной системы [14, с. 5]. Однако именно эта модель виделась наилучшей с точки зрения обеспечения права частных лиц на судебную защиту, обжалования судебных решений и приговоров и исправления судебных ошибок [15, с. 10]. В публикации под красноречивым названием "Больше судов, больше справедливости" [16, с. 2] подчеркивалось, что хотя при таком большом числе звеньев судебной системы неизбежно увеличиваются сроки прохождения всех инстанций, однако возможность апелляционного пересмотра своего дела в окружном суде избавляет от необходимости ехать ради этого из провинции в столицу. В 1994 г. тогдашний министр юстиции Й. Прапестис, говоря о преимуществах четырехзвенной модели, подчеркивал наилучшее обеспечение прав лица на судебную защиту и превращение Верховного Суда исключительно в кассационную инстанцию [17, с. 2].

Благодаря активному обсуждению в СМИ сформировалась благоприятная для создания именно четырехзвенной системы судов общей компетенции информационная обстановка. Создание этой системы началось на конституционном уровне принятием 16 января 1992 г. поправок и дополнений к действовавшему тогда Временному Основному Закону Литовской Республики [18], установивших, что судами Литовской Республики являются Верховный Суд Литвы, Апелляционный суд Литвы, окружные и участковые суды. Принятая на референдуме 25 октября того же года (ныне действующая) Конституция Литовской Республики без изменений закрепила эту систему судов общей компетенции (111 ст. IX раздела).

Одновременно с конституционными положениями удалось подготовить и новый Закон о судах – его проект был внесен на рассмотрение Верховного Совета (так в то время именовался парламент Литвы) 5 декабря 1991 г., т.е. в один день с проектом конституционных поправок. Подготовка проекта этого закона ознаменовалась заметным новшеством в законодательной практике – проект был направлен на предварительную оценку в Йельский университет (США) и на него была получена "в общем положительная рецензия" [19].

Закон о судах 1992 г. [20] наделил участковые суды правом рассмотрения в порядке первой инстанции большинства категорий гражданских, уголовных и административных дел, дел об исполнении решений и приговоров судов и дел, связанных с действиями органов следствия и дознания. Окружные суды были первой инстанцией по всем остальным делам, не отнесенным к компетенции участковых судов, апелляционной инстанцией в отношении решений, приговоров, определений и постановлений, вынесенных участковыми судами в порядке первой инстанции, а также кассационной инстанцией в отношении вступивших в законную силу решений, приговоров, определений и постановлений, вынесенных участковыми судами. Апелляционный суд был апелляционной инстанцией по делам, решенным окружными судами в порядке первой инстанции. Верховный Суд выступал в качестве кассационной инстанции в отношении вступивших в законную силу решений, приговоров, определений и постановлений, вынесенных окружными судами и Апелляционным судом. На Верховный Суд была возложена обязанность издавать периодический бюллетень судебной практики (согласно ст. 12 Закона о судах обзоры судебной практики и рекомендации по правоприменению должен был готовить Сенат судей Литвы). Таким образом, полномочия по рассмотрению определенных категорий дел в порядке первой и апелляционной инстанции, предоставленные Верховному Суду прежним Законом о судоустройстве 1990 г. [21], были переданы окружным судам и Апелляционному суду, закрепив за Верховным Судом статус исключительно кассационного суда. Верховный Суд лишился права давать обязательные к исполнению указания нижестоящим судам и участвовать в законодательном процессе, что, на наш взгляд, было положи-

тельной мерой, продиктованной стремлением обеспечить независимость судей и судов.

Общепризнанным является положение о том, что теоретической основой конструирования новой судебной системы послужила модель, реализованная в Литве в 1933-1940 г. [22, с. 60]. Это же следует сказать и о соответствующих положениях Конституции 1992 г. и Закона о судах 1994 г. (последний, по словам тогдашнего министра юстиции Й. Прапестиса, "повторил историю правовой системы межвоенной Литвы" [15, с. 10]). В то время такой возврат к истокам, обращение к историческому опыту межвоенной Литовской Республики оценивалось в обществе как естественный и весьма положительный шаг, и даже как своего рода знак качества, гарантия соответствия демократическим западным стандартам. Видимо, этим объясняется редкостное единодушие, с которым члены парламента одобрили Закон о судах (86 – "за", голосовавших против и воздержавшихся не было [23]).

Соглашаясь в целом с такой оценкой, мы хотели бы обратить внимание на два момента, которые впоследствии перешли в Закон о судах 1994 г. и доставили много хлопот, стали "головной болью" исполнителей судебной реформы и даже неожиданным образом проявились уже в 21 веке.

Во-первых, кассационное производство оказалось разделенным между несколькими окружными и одним Верховным Судом. Мы уже говорили об этом как о недостатке одной из обсуждавшихся моделей судебной системы, могущим осложнить формирование единой судебной практики. Закрепив такое разделение кассационного производства в Законе о судах, был проигнорирован собственный опыт 1933-1940 гг. Поскольку Закон о судах 1992 г. не был реализован в части создания окружных судов и Апелляционного суда (они были учреждены уже на основание следующего Закона о судах 1994 г., о чем мы расскажем ниже), проблема тогда казалась гипотетической. Но когда эта норма, необдуманно, как нам видится, была перенесена в Закон о судах 1994 г., и все четыре звена судебной системы начали действовать с 1 января 1995 г., возникла реальная проблема "двойной кассации".

Ст. 16 Закона о судах 1994 г. [24] установила, что окружной суд есть "кассационная инстанция в отношение решений, приговоров, определений и постановлений участковых судов, не рассмотренных в апелляционном порядке", тогда как ст. 18 определила, что Верховный Суд является кассационной инстанцией в отношение актов участковых судов, рассмотренных в апелляционном и кассационном порядке. Таким образом, решение участкового суда могло быть дважды рассмотрено в кассационном порядке – окружным и Верховным Судом. В результате на Верховный Суд обрушилась масса дел – за девять месяцев 1995 г. было получено 2276 кассационных жалоб (1311 по гражданским делам и 965 – по уголовным). Задуманный как освобожденный от судебной рутины, сосредоточенный на формировании единой судебной практики и рассмотрении немногих действительно важных кассационных дел, Верховный Суд оказался погребенный под завалами этой самой рутины, не оставлявшей времени заниматься проблемой формирование единой правоприменительной практики.

Конечно, впоследствии ошибку исправили – "двойная кассация" была отменена. Мы лишь хотим сказать, что проблема была вполне прогнозируема и ее можно было избежать путем более вдумчивого изучения своего исторического опыта. Конечно, упрек стоит адресовать и историкам права – в то время не было работ, в которых был бы представлен глубокий комплексный анализ деятельности судебной системы Литвы в межвоенный период (да и в другие периоды истории Литовского государства тоже). В настоящее время положение дел начало меняться к лучшему – за последние два года успешно защищены пять диссертаций по проблемам Литовской судебной системы от середины 18 в. и до конца 20 в. И хотя до создания комплексной и детальной истории судов в Литве еще далеко, общими усилиями юристов и историков мы движемся в этом направлении, и это внушает оптимизм.

Вторая проблема связана с наименованием двух верхних звеньев системы судов общей компетенции. Один из судов был назван по своей основной функции – Апелляционный суд Литвы, другой – по своей позиции в системе судов общей компетенции – Верховный Суд Литвы. Уже на этом этапе можно говорить о некоторой алогичности в подборе наименований. Если Апелляционный суд назвать как-то иначе было сложно, да и ненужно (любое другое наименование уводило бы в сторону от его предназначения), то применительно к Верховному Суду куда логичнее звучало бы название "Кассационный суд Литвы", точно указывающее на выполняемую функцию и связь с другими звеньями судебной системы. Пока действовал Временный Основной Закон Литовской Республики, на положения которого опирался Закон о судах 1992 г., проблема выглядела маловажной. Но Конституция Литовской Республики 1992 г. также закрепила самостоятельную систему конституционной юстиции – Конституционный Суд Литовской Республики, а также предусмотрела возможность создания системы специализированных судов. Указанная возможность была реализована созданием в 1999-2001 гг. окружных административных судов и Главного административного суда Литвы. Конституционная доктрина позволяет интерпретировать все это многообразие судебных органов как три самостоятельные судебные системы, однако допускает и трактовку единой судебной системы, состоящей из трех подсистем. Что возглавляет Верховный Суд Литвы – систему судов общей компетенции или всю судебную систему Литвы?

Вопрос может показаться надуманным, но в 2004 г., когда была осуществлена процедура импичмента в отношении Президента Литовской Республики Р. Паксаса, он стал очень даже актуальным. Конституционный Суд установил факт грубого нарушения Президентом присяги, а Верховный Суд позже не установил в действиях Президента состава преступления. Это породило в обществе разговоры о противостоянии двух судов, сомнения в обоснованности и юридической силе постановления Конституционного Суда, упреки в адрес Верховного Суда, "не поддержавшего" Конституционный Суд, иллюзии в отношении будущего отрешенного от должности Р. Паксаса. Можно понять логику тех, для кого слово "Верховный" в наименовании суда звучит весомее слов "Конституционный" и "Апелляционный" (маленький лингвистический нюанс – местоименное прилагательное "Aukščiausiasis" в названии суда принято переводить как "Верховный", но прилагательное, от которого оно образовано ("aukščiausias") означает превосходную степень "высший", "наивысший", что еще более усиливает впечатление, производимое таким названием суда). Возможно, будь вместо "Верховного Суда Литвы" "Кассационный суд Литвы", по делу Р. Паксаса не возникло бы указанных вопросов, сомнений и пр.

Конечно, дело 2004 г. выходит далеко за хронологические и предметные рамки нашей статьи, поэтому ограничимся лишь замечанием, что точное наименование суда имеет важное значение и должно выбираться

с учетом взаимосвязи всех звеньев судебной системы и других государственных органов. Закрепляя в Конституции 1992 г. Конституционный Суд и закладывая возможность создания в будущем специализированных судов, такое можно и нужно было предусмотреть, тем более, что в активной позиции самого Верховного Суда по вопросу судебной реформы, многочисленных выступлениях его членов, официальных обращениях, документах, связанных с проблемой его учреждения заново с 1 января 1995 г. (о чем расскажем ниже) нетрудно было усмотреть мнение об исключительности статуса, особенного верховенства этого суда.

Будь этот суд назван "Кассационным судом Литвы", наверное иначе был бы решен и вопрос о временной передачи Апелляционному суду части кассационных полномочий Верховного Суда по инициативе последнего, мотивированной перегруженностью кассационными делами и необходимостью сосредоточиться на интеллектуально-аналитической работе (формировании общей судебной практики) [25, с. 167]. Сейм (парламент Литвы) 4 и 9 июля 1996 г. принял комплекс законопроектов, внесших изменения в Закон о судах и ряд других правовых актов. Измененная ст. 17 Закона о судах 1994 г. установила, что Апелляционный суд Литвы является не только апелляционной инстанцией в отношении дел, рассмотренных окружными судами в порядке первой инстанции, но и (с оговоркой "временно") кассационной инстанцией в отношении решений, приговоров и определений, вынесенных окружными судами в порядке апелляционного судопроизводства. Измененная ст. 18 Закона о судах по-новому "временно" определила компетенцию Верховного Суда – теперь он был кассационная инстанция: 1) в отношении решений, приговоров и определений, вынесенных Апелляционным судом в порядке апелляционного судопроизводства, и 2) в отношении решений, приговоров, определений и постановлений, вынесенных окружными судами в порядке первой инстанции [26].

Хотя мотивы и цели таких изменений были безусловно благие, цена таких изменений, на наш взгляд, была чрезмерна – нарушался (пускай и временно) замысел всей судебной реформы и баланс между ее звеньями, размывалась роль Апелляционного суда как именно апелляционного и именно главного апелляционного звена судебной системы. До того его статус был немногим ниже Верховного Суда – конечно, последний возглавлял всю систему судов общей компетенции, но если рассматривать его как вершину судов кассационной инстанции, то вершиной судов апелляционной инстанции был Апелляционный суд, и в этом смысле они уравнивались. Теперь же Апелляционный суд превращался в еще одно промежуточное звено, обоснованность существования которого отнюдь не была очевидна. Конечно, этот вопрос также выходит за рамки данной статьи, поэтому ограничимся кратким замечанием, что уже первые отклики с мест после запуска в действие четырехзвенной системы (с 1 января 1995 г.) содержали мнение о громоздкости системы, избыточности звеньев, звучали призывы к упразднению за ненадобностью Апелляционного суда и новому перераспределению дел между окружными судами и Верховным Судом. К счастью, этого удалось избежать.

Эти несколько примеров, на наш взгляд, подтверждают исключительную важность терминологических юридических исследований, которым, увы, не уделяется должное внимание. В ответ на замечание о неточности того или иного термина часто приходиться слышать: "Так определено в законе, ничего нельзя изменить". Наука должна вырабатывать терминологию и снабжать понятийным аппаратом законодателя, а не наоборот. По мере сил и возможностей, стараемся пропагандировать эту мысль и стимулировать такого рода исследования.

Возвращаясь к Закону о судах 1992 г. следует сказать, что вместе с ним было принято постановление "О вступлении в силу Закона о судах". Последнее установило, что Закон о судах вступает в силу с 10 февраля 1992 г., но 1-5, 7, 9-15 его разделы (определяющие предметную и территориальную компетенцию судов и др.) – с 1 ноября 1992 г. Министерству юстиции по согласованию с Верховным судом было поручено до 1 июля 1992 г. подготовить правовые акты, необходимые для учреждения всех четырех звеньев судебной системы (суды в Литве учреждаются путем принятия соответствующего закона, т.е. недостаточно конституционных положений и общего Закона о судах – следует отдельным законам учредить Верховный Суд, участковые суды и т.д.) и определения штатной численности судей, имея в виду обеспечить реальное функционирование всех четырех звеньев именно с 1 ноября 1992 г. Имеющиеся источники не позволяют прийти к однозначному выводу о мотивах, которыми руководствовались авторы этого положения. Возможно, они чрезмерно оптимистически оценивали темпы судебной реформы, но можно предположить и сознательную постановку такой "сверхзадачи" стремясь подхлестнуть всех участников, настроить их на максимально быструю и слаженную работу.

В действительности работа вместо восьми с небольшим месяцев растянулась на три года – судебная реформа настолько запаздывала, что это уже рассматривалось как угроза демократии. В рамках одной статьи невозможно осветить всего комплекса объективных и субъективных факторов, принципиальных и конъюнктурных соображений, обусловивших такое опоздание. Остановимся лишь на группе факторов, связанных с подготовкой законодательной базы и мерах по формально-юридическому учреждению всех звеньев системы судов общей компетенции.

Прежде всего обращает на себя внимание тот факт, что Закон о судах 1992 г., подготовленный одновременно с поправками и дополнениями ко Временному Основному Закону Литовской Республики и базирующийся на них, с принятием новой Конституции оказался как бы преждевременно принятым. Протоколы Временной (парламентской) комиссии по подготовке проекта Конституции свидетельствуют, что источником соответствующих положений проекта *defacto* были статьи действующего Закона о судах 1992 г. [27]. Таким образом, принципиальные положения закона (о четырехзвенной системе) не могли бы войти в противоречие с Конституцией, когда та будет утверждена. Однако было достаточно и таких, которые бы противоречили прямо (следовательно, утратили бы силу сразу после вступления в силу Конституции) или нуждались бы в корректировке. В свете подготовки новой Конституции только что принятый Закон о судах оказывался "забежавшим вперед нее" и уже устаревшим. Попытки запустить в действие всю судебную систему опираясь на этот закон с 1 ноября 1992 г. (Конституция была принята 25 октября и вступила в силу 2 ноября) выглядели весьма проблематичными.

Относительно легко удалось учредить лишь участковые суды – принятый в срочном порядке (в одном чтении вместо обычных трех) 12 марта 1992 г. закон [28] учредил участковые суды вместо действующих районных (городских) судов (т.е. только там, где они реально были на тот момент). Совсем иначе складывалась ситуация вокруг всех остальных судов – долго и трудно определялось число окружных судов, границы

округов и т.д., а сам закон [29] был принят только 29 октября 1992 г. Впрочем, задолго до этого стало ясно, что с 1 ноября, как было задумано, новые звенья действовать не начнут – не будут готовы процессуальные законы, необходимые прежде всего для работы впервые учреждаемых окружных судов и Апелляционного суда. Поэтому ст. 5 указанного закона установила, что им учреждаемые суды будут сформированы лишь когда Сейм примет поправки к ГПК и УПК и вступят в действие связанные с ними ст. 3–5, 8–13, 18, 19, 49, 60, 62 Закона о судах (регламентирующие состав и деятельность окружных судов, Апелляционного и Верховного судов, Сената судей Литвы).

Однако и Закон о судах 1992 г., как уже говорилось, нуждался в корректировке и согласовании с Конституцией и другими законами. Объем работ был столь велик, что пришлось подготовить и принять 31 мая 1994 г. новый Закон о судах, а 15 июня 1994 г. – Закон "Об учреждении Верховного Суда Литвы, Апелляционного суда Литвы, окружных судов, установлении территории деятельности окружных и участковых судов и реформировании Прокуратуры Литовской Республики", т.е. заново учредить эти три звена судебной системы с 1 января 1995 г. При этом учреждение заново (а не реорганизация) реально действовавшего с 1990 г. Верховного Суда вылилась в серьезное противостояние сторонников и противников такого решения, завершившиеся лишь в Конституционном Суде.

Противниками учреждения заново Верховного Суда были прежде всего сами судьи Верховного Суда, избранные в 1990-1993 гг. на десятилетний срок (после восстановления Независимости 11 марта 1990 г. состав Верховного Суда был обновлен уже на две трети) – для них, помимо всего прочего, это решение означало досрочное прекращение полномочий. Понятно, что сами судьи не были удовлетворены таким вариантом, тем более, что по букве закона им не гарантировалось трудоустройство во вновь учреждаемом Верховном Суде, а только подтверждалось отсутствие юридических препятствий для трудоустройства. То есть, избранные на десять лет в состав прежнего Верховного Суда могли претендовать на должности в новом суде на равных основаниях с другими кандидатами, заново проходить процедуру назначения, причем только на срок, установленный новыми законами – пять лет. Неудивительно, что соответствующие законоположения были обжалованы в Конституционном Суде, постановление [30] которого было обнародовано 22 декабря 1994 г., т.е. за неделю до даты, с которой должна была официально начать свою работу все четырехзвенная система судов общей компетенции. Установив, что учреждаемый с 1 января 1995 г. Верховный Суд является органом, имеющим качественно новую компетенцию нежели прежний Верховный Суд, и учреждается для выполнения иных законом предусмотренных функций (кассационное судопроизводство, обобщение и формирование судебной практики), Конституционный Суд не усмотрел какого либо противоречия Конституции положений закона в той части, в какой это касается самого учреждения Верховного Суда, однако признал антиконституционным положение закона о досрочном прекращении полномочий судей Верховного Суда. Постановление устранило проблему, но предшествовавшее ему полугодовое состояние неопределенности, споров и нервозности нарушало работу Верховного Суда (так, не дожидаясь решения, 14 судей ушли из Верховного Суда и еще несколько заявили о своем возможном уходе) и всех тех, кто был задействован в проведении судебной реформы.

Сложности с подбором кадров для новых судов, проблема квалификации вновь назначенных судей, споры о численности судей вновь учреждаемого Верховного Суда (вопрос, которому был придан характер принципиального, связанного с предназначением этого суда, положения) и ряд других интересных вопросов являются объектом другого нашего исследования и в этой статье не рассматриваются.

Завершая наше повествование, хочется сказать, что при подготовке законодательной базы и принятии решений об учреждении звеньев системы судов общей компетенции в Литве был творчески использован собственный исторический опыт и практика стран Западной традиции права, однако не удалось избежать несогласованности действий, недооценки трудностей и ошибок. Вместе с факторами объективного характера (нехватка кадров, финансирования и пр.) это и привело к тому, что судебная реформа сильно затянулась. Негативный опыт также является очень ценным. Главное же состоит в том, как сказал первый министр юстиции восстановившей Независимость Литвы П. Курис, подводя итоги первого года работы четырехзвенной судебной системы, жизнь подтвердила правильность важнейших проведенных мероприятий, они соответствовали демократическим европейским традициям, укрепляли основы правового государства, гражданского общества, Литовской государственности, охраняли основные права и свободы человека [31, с. 2].

Список использованной литературы

1. Griškevič L. Autentiškos teismų sistemos sukūrimas Lietuvoje. Daktaro disertacija (socialiniai mokslai, teisė, 01S). – Vilnius: Vilniaus universitetas, 2013.
2. Nekrošius V. Teismų instancinė sistema ir teismų sprendimų kontrolės formos / V. Nekrošius // Teisės problemos. – 1995. – № 4.
3. Ambrasaitė G. Apeliacija civiliniame procese. Daktaro disertacija: socialiniai mokslai (teisė). – Vilnius: Lietuvos teisės universitetas, 2004.
4. NekrošiusV. KasacijaLietuvos, LatvijosirEstijosciviliniameprocese / V. Nekrošius // Justitia. – 2006. – № 4(62).
5. Mikelėnas V., et al. Lietuvos Respublikos civilinio proceso kodekso komentaras. I dalis. – Vilnius: Justitia, 2004.
6. ES valstybių teismų sistemos. – Vilnius: Nacionalinės teismų administracijos leidinys, 2008.
7. Lietuvos Respublikos Aukščiausioji Taryba. Teisinės sistemos komisija. Komisijos posėdžių protokolai. Fondo № 2, ap. № 4, eilės № 3.
8. Laikinasis Lietuvos teismų ir jų darbo sutvarkymas // Laikinosios vyriausybės žinios. – 1919. – № 2/3-26.
9. Laikinojo Lietuvos teismų ir jų darbo sutvarkymo, civilinio ir baudžiamojo proceso įstatymų pakeitimas ir papildymas // Vyriausybės žinios. – 1921. – № 68-607.
10. Teismų santvarkos įstatymas // Vyriausybės žinios. – 1933. – № 419-2900.
11. Mikelėnas V. Naujasis Civilinio proceso kodeksas / V. Mikelėnas // Teisės apžvalga. – 1991. – № 4.
12. Dvareckas S. Lietuvos teismai 1918-1940 metais. – Vilnius: Vilniaus universiteto leidykla, 1997.
13. Vilbikas A. Teismai ir teisėjai Lietuvoje (1918-2008). – Šiauliai: UAB "Sapnų sala", 2009.
14. Teismų reforma: kokių ji žada naujovių (pokalbis su Akmenės rajono apylinkės teismo pirmininku V. Kursevičium) // Vienybė. – 1994 m. gruodžio 17 d. – № 98.
15. Teisingumo ministras: "Teismai – svarbiausia teisingumo institucija" // Lietuvos aidas. – 1994 m. lapkričio 25 d. – № 231.
16. Daugiau teismų, daugiau teisingumo (pokalbis su Panevėžio apygardos teismo pirmininku T. Zdanavičiumi) // Panevėžio balsas. – 1995 m. vasario 4 d. – № 29.
17. Ministras apie teismų reformą (pokalbis su teisingumo ministru J. Prapiesčiu) // Akistata. – 1994 m. spalio 21 d. – № 69.
18. Lietuvos Respublikos įstatymas "Dėl Lietuvos Respublikos Laikinojo Pagrindinio Įstatymo kai kurių straipsnių pakeitimo ir papildymo" // Valstybės žinios. – 1992. – № 3-42.
19. Lietuvos Respublikos Aukščiausiosios Tarybos – Atkuriamojo Seimo 1991-12-05 penkiasdešimt ketvirtas posėdis // Stenogramos. – 1995-05-05. – № 46 [Электронныйресурс] // Режимдоступа : http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_l?p_id=251154&p_query=&p_tr2=2.
20. Lietuvos Respublikos teismų įstatymas // Valstybės žinios. – 1992. – № 8-208.
21. Lietuvos Tarybų Socialistinės Respublikos Teismų santvarkos ir teisėjų statuso įstatymas // Valstybės žinios. – 1990. – № 8-185.
22. Lietuvos teismai: istorinė apžvalga. – Vilnius: UAB "Lodvila", 2008.

23. Lietuvos Respublikos Aukščiausiosios Tarybos – Atkuriamojo Seimo 1992-02-06 aštuoniasdešimt antrasis posėdis // Stenogramos. – 1995-05-30. – № 50. [Электронный ресурс] // Режим доступа : http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_l?p_id=251342&p_query=teism%F8&p_tr2=.
24. Lietuvos Respublikos teismų įstatymas // Valstybės žinios. – 1994. – № 46-851.
25. Driukas A. Kasacinio proceso reglamentavimas naujajame civilinio proceso kodekse / A. Driukas // Jurisprudencija. – 2002. – № 28(20).
26. 1996 m. liepos 4 d. Lietuvos Respublikos teismų įstatymo 13, 17, 18, 19, 20, 21, 27, 29, 36, 42, 58,60, 62 straipsnių pakeitimo ir papildymo įstatymas Nr. I-143 // Valstybės žinios. – 1996. – № 67-1607.
27. Laikinosios Komisijos Konstitucijos projektui parengti 1992-02-19 posėdis. Protokolas № 9 Lietuvos Respublikos Aukščiausiosios Tarybos Laikinoji komisija konstitucijos projektui parengti. Komisijos posėdžių protokolai nr. 1-17. F. 2, ap. 4, bylos № 1812.
28. Lietuvos Respublikos apylinkių teismų įsteigimo įstatymas // Valstybės žinios. – 1992. – № 10-240.
29. Lietuvos Respublikos įstatymas "Dėl apygardų teismų, Lietuvos apeliacinio teismo ir Lietuvos Aukščiausiojo Teismo įsteigimo ir Lietuvos Respublikos Teismų įstatymo 15 straipsnio papildymo // Valstybės žinios. – 1992. – № 32-976.
30. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 1994 m. gruodžio 22 d. nutarimas dėl Lietuvos Respublikos 1994 m. birželio 15 d. įstatymo "Dėl Lietuvos Aukščiausiojo Teismo, Lietuvos apeliacinio teismo, apygardų teismų įsteigimo, apygardų ir apylinkių teismų veiklos teritorijų nustatymo bei Lietuvos Respublikos prokuratūros reformavimo" 2 straipsnio ir šio įstatymo priėmimo tvarkos atitikimo Lietuvos Respublikos Konstitucijai // Valstybės žinios. – 1994. – № 101-2045.
31. Kūris Pr. Teisinė reforma ir teismai / Pr. Kūris // Diena. – 1995 m. gruodžio 29 d.

Надійшла до редколегії 03.08.15

Є. Маховенко, д-р соціол. наук (право), проф.
Вільнюський університет, Вільнюс, Литва,
Л. Гришкевич, д-р соціал. наук (право), лектор
Вільнюський університет, Вільнюс, Литва

СТВОРЕННЯ ЧОТИРЬОХЛАНКОВОЇ СИСТЕМИ СУДІВ ЗАГАЛЬНОЇ КОМПЕТЕНЦІЇ В ЛИТВІ У 1990-1994 РОКАХ

У статті розглядаються причини вибору чотирьохланкової моделі системи судів загальної компетенції та взаємозв'язок між створюваними в Литві в 1990-1994 рр. судовою системою і системою, що діяла в незалежній Литві у міжвоєнний період, аналізуються допущені помилки і отриманий позитивний досвід проведення судової реформи.

Ключові слова: судова реформа, суди загальної компетенції, Литовська Республіка, Конституція, апеляція, касація.

E. Machovenko, Doctor of Social Sciences (Law), Professor
Vilnius University, Vilnius, Lithuania,
L. Grishkevich, Doctor of Social Sciences (Law), Lecturer
Vilnius University, Vilnius, Lithuania

CREATION OF THE FOUR-BRANCH JUDICIAL SYSTEM OF GENERAL COMPETENCE IN LITHUANIA IN 1990-1994

The authors present their research revealing the reasons why the four-branch judicial system was chosen as a model for functioning of the courts of general competence in Lithuania in 1990-1994. The connection between the judicial system established in Lithuanian in 1990-1994 and the mid-war Lithuanian judicial system is also discussed, as well as mistakes and good practice while developing the judicial reform are analyzed.

Key words: judicial reform, the courts of general jurisdiction, the Republic of Lithuania, the Constitution, appeal, cassation

УДК 342.511

Г. Задорожня, канд. юрид. наук, проф.
Київська державна академія водного транспорту
імені гетьмана П. Конашевича-Сагайдачного, Київ

РОЗМЕЖУВАННЯ ПОНЯТЬ "ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ" І "НОРМАТИВНА РЕГЛАМЕНТАЦІЯ" В ПРОЦЕСІ ДОСЛІДЖЕННЯ СТАТУСУ ГЛАВИ ДЕРЖАВИ

У статті міститься порівняльно-правовий аналіз понять "правове регулювання" і "нормативна регламентація" через дослідження їх змістовних складових. Доведено, що інституційний підхід лежить в основі нормативної регламентації, завдяки чому відбувається поглиблене юридичне впорядкування конкретних суспільних відносин.

Ключові слова: нормативна регламентація, правове регулювання, інституціоналізація, глава держави

Системний аналіз юридичної літератури вказав, що остання фактично не містить терміна "нормативна регламентація", натомість поширеним є використання іншого терміна, зокрема такого як "правове регулювання". Проте ті юристи, які оперують наведеними поняттями, не вдаючись до їх змістовно-смислових характеристик, здебільшого їх ототожнюють, взаємозаміняють, що, з одного боку, порушує вимогу формальної чіткості та узгодженості понятійно-категоріального апарату в юриспруденції, а з іншого, як правило, – не відображає масштабу та якості унормування правовідносин, пов'язаних з конкретним інститутом права. Актуальність теми цієї публікації також зумовлена незавершеністю конституційно-правової реформи в Україні, невід'ємним складовим якої є необхідність оновлення та унормування правового статусу глави держави. Виходячи з наведеного, ***мета*** цієї публікації полягає у здійсненні порівняльно-правового аналізу понять "правове регулювання" і "нормативна регламентація" через дослідження їх змістовно-смислових характеристик.

Усвідомлюючи те, що наукове дослідження в частині формування поняття "нормативна регламентація" неможливе поза межами етимологічного змісту його складових – "нормативний" і "регламентація" – спробуємо проаналізувати їх юридичний зміст. Слово "нормативний" похідним від слова "норма", тобто норми права, і тлумачиться як "офіційний", "обов'язковий" [1, с. 792]. На думку М.М. Марченка, норму права можна визнавати як таку за умови, що вона є вираженням волі держави, формально визначена, розрахована на багатократність вживання, має характер загальнообов'язкового правила, забезпечена можливістю державного примусу [2, с. 569]. Разом з тим, норма права, як це визначено теорією права, об'єктивується у певній формі, тобто в джерелі права, зокрема в нормативному правовому акті.

У свою чергу нормативний правовий акт як джерело права володіє наступною системою ознак: видається компетентним державним органом або безпосередньо народом на референдумі за допомогою чітко регламентованої процедури; володіє юридичною силою і власти-

© Задорожня Г., 2015

вістю реально діяти, фактично породжувати юридичні наслідки; документально оформлений, має встановлену форму і реквізити [3, с. 315]. Нормативний документ "містить норми, правила, загальні принципи, процедури чи характеристики, що стосуються певних видів діяльності або їхніх результатів" [1, с. 792]. Примітно, що правовий статус, зокрема й правовий статус глави держави, здебільшого також є результатом цілеспрямованих дій певної особи, її оточення тощо. Такими діями з урахуванням національної правової системи може бути участь у виборчих перегонах, пошук компромісу в середовищі політиків, дотримання вимог релігійного, сімейно-династичного та іншого спрямування.

Водночас термін "нормативність", як доводить юридична література, означає спрямованість регулювання певного виду суспільних відносин нормами права [4, с. 223], характерними ознаками яких є загальний і зобов'язуючий характер [2, с. 569]. Нормативність, на думку В.А. Бачініна, дозволяє згладжувати всі особливості правового врегулювання суспільних відносин, відкриває шлях до високого ступеня їх впорядкованості, сприяє вирішенню управлінських завдань тактичного і стратегічного масштабів, запобігає "сповзанню" суспільства в тенета згубного хаосу [5, с. 498].

Таким чином, за результатом наведеного юридичного аналізу вбачається, що слово "нормативний" означає імперативний характер приписів правових актів (документів), норми яких мають обов'язковий характер і безпосередньо визначають поведінку суб'єктів правовідносин.

Водночас юридична література, як показав узагальнений її аналіз, фактично не оперує терміном "нормативна регламентація", а здебільшого використовує термін "правова" "регламентація" [6].

У процесі предметного дослідження окремого інституту права, наприклад, інституту глави держави, варто використовувати таке словосполучення як "нормативна регламентація", а не "правова регламентація", що зумовлено низкою чинників:

а) це має на меті підкреслити важливість інституту глави держави в механізмі публічної влади та вказати на імперативність приписів правових норм, предметом унормування яких є вказаний конституційно-правовий інститут. Цінність імперативних, або як юристи їх ще називають категоричних норм права, полягає в тому, що вони містять владні приписи, відступ від яких не допускається [7, с. 421];

б) натомість вказівка на "правову" регламентацію, допускає унормування певних суспільних відносин як імперативними, так і диспозитивними нормами права. До того ж пріоритетність застосування цих норм права значною мірою залежить від належності інституту до публічної чи приватної галузі права. Вочевидь у разі дослідження інституту галузі приватного права, наприклад, цивільного, доцільним є використання терміна "правова регламентація", а не "нормативна", оскільки унормування цих відносин здійснюється переважно не імперативними, а диспозитивними нормами права, які надають суб'єктам правовідносин можливість самим вирішувати питання про обсяг і характер своїх прав і обов'язків [8, с. 279]. Таким чином, використання словосполучення "нормативна регламентація" в процесі дослідження правового статусу глави держави як інституту галузі публічного права має об'єктивні підстави.

Слово "регламентація" є похідним від іншого, зокрема такого слова як "регламент" (від франц. reglement і лат. regle означає правило – нормативно-правовий акт, який регулює внутрішню організацію і порядок діяльності якого-небудь державного органу і його підрозділу [9, с. 637], тобто унормування. Великий тлумачний словник сучасної української мови визначає термін "регламентація" як "сукупність правил, що регламентують діяльність" і водночас ототожнює його зі словом "регламентувати", тобто "примушувати кого-небудь дотримуватися певних правил, обмежень; точно визначати, суворо встановлювати що-небудь" [1, с. 1207]. Натомість юридичні енциклопедичні джерела права вказують, що термін "регламентація" – необхідно розуміти як "правове регулювання суспільних відносин шляхом наділення їх учасників суб'єктивними юридичними правами і покладення на них юридичних обов'язків" [10, с. 744]; "спосіб організації правового регулювання суспільних процесів шляхом наділення їх учасників суб'єктивними юридичними правами та обов'язками" [11, с. 785].

З наведеного можна зробити висновок, що автори низки енциклопедичних видань фактично ототожнюють такі явища як регламентація і регулювання. Проте у нас є сумнів щодо доцільності і можливості синомінізації наведених явищ.

Аналіз джерел права вказує, що термін "правове регулювання" трактується як "здійснюване державою за допомогою права і сукупності правових засобів упорядкування суспільних відносин, їх юридичне закріплення, охорона і розвиток" [12, с. 488]; "як здійснюваний державою за допомогою всіх юридичних засобів владний вплив на суспільні відносини з метою їх упорядкування, закріплення, охорони і розвитку" [13, с. 153], "як єдність системи правових засобів, за допомогою яких забезпечується результативний правовий вплив на суспільні відносини" [14, с. 264].

Відтак, феномен правового регулювання розуміється вченими щонайменше в двох значеннях, зокрема як упорядкування і як вплив. Вітчизняна правознавиця О.Ф. Скакун зауважує, що правове регулювання і правовий вплив не тотожні речі, оскільки перший термін "означає впорядкування, налагодження, приведення чого-небудь у відповідність з чим-небудь", натомість другий – "вплив на що-небудь за допомогою системи дій" [12, с. 489]. Така позиція О.Ф. Скакун не позбавлена раціональної суті, оскільки "правове регулювання" суспільних відносин є об'єктивним явищем і не залежить від волі, бажання, тих чи інших дій конкретних індивідів, натомість "правовий вплив" характеризується суб'єктивним, тобто особистим сприйняттям індивідом дії певних норм права. З наведеного випливає, що правове регулювання має безособовий характер, тоді як правовий вплив – персоніфікований. Таким чином, "правове регулювання" і "правовий вплив" не варто ототожнювати навіть з наведених вище підстав.

На нашу думку, термін "правове регулювання" необхідно розуміти як дію норм і принципів права на суспільні відносини, в результаті якої настає не лише юридичне підпорядкування та впорядкування цих відносин на основі приписів права, а й забезпечується їх юридична охорона та гарантування.

Водночас термін "нормативна регламентація" – це унормування змістовно близьких, однорідних суспільних відносин, якому властива підвищена ступінь деталізації та/чи процесуальної конкретизації. Особливість нормативної регламентації полягає в тому, що їй властивий інституційний підхід, завдяки якому відбувається поглиблене юридичне впорядкування конкретних суспільних відносин. Так, С.С. Алексєєв, виокремлюючи юридичні складові визнання правового акта нормативним, вказує не на регулювання, а саме на регламентацію процедури його прийняття уповноваженим суб'єктом [3, с. 315]. Загалом об'єктом нормативної регламентації є найважливіші для держави та суспільства інститути, які об'єктивно потребують більш конкретного

юридичного унормування, одним з яких є інститут глави держави. Отже, явище нормативної регламентації на відміну від правового регулювання є вужчим поняттям.

Крім того, відмінність між категоріями правове регулювання та нормативна регламентація полягає і в тому, що регулювання суспільних відносин здебільшого здійснюється правовим актом загального характеру, зокрема конституцією держави, натомість регламентація – передбачає унормування таких відносин поряд з основним законом держави, ще й регламентним, тобто спеціалізованим актом, наприклад, законами про престолонаслідування, про статус президента, про вибори президента та ін.

Досліджуючи зміст словосполучення "нормативна регламентація", необхідно дати відповідь щодо того: як співвідносяться між собою такі юридичні складові як "нормативна регламентація" та "інституціоналізація"; чи становлять вони один синонімічний ряд або ж змістовно різняться між собою; чи містять вони хоча б якісь точки дотику. Аналіз юридичної літератури показав, що термін "інституціоналізація" у доктрині права має поширене застосування.

Одним із перших поняття "інституціоналізація" дослідив американський учений А. Бентлі у своїй праці "Процес правління" (1908 р.). Вчений дійшов висновку, що "інституціоналізація"(від лат. institutum – устрій, установа) становить не що інше як процес поєднання та оформлення певних структур для задоволення суспільних потреб [15, с. 703 – 704]. Інші вчені фактично підтримали таку концепцію змістовного розуміння цього поняття, лише уточнили, що "інституціоналізація" є засобом формування державно-правових інститутів [4, с. 156 – 157], який полягає в нормативно-правовому оформленні організації і діяльності певних публічних інститутів влади [16, с. 199 – 200].

Відтак, порівняльний аналіз понять "нормативна регламентація" та "інституціоналізація" правового статусу глави держави, дає підстави стверджувати, що останнє є складовим першого поняття, оскільки інституціоналізація охоплює не весь процес юридичного функціонування інституту глави держави, а має місце лише в рамках установчого процесу.

Натомість нормативна регламентація охоплює не лише установчий процес утвердження правового статусу глави держави, а й динамічний процес юридичного становлення та функціонування інституту глави держави як органу публічної влади, який охоплює весь період його правосуб'єктності, і здійснюється на основі імперативних приписів правових актів з метою визначення місця і ролі глави держави в механізмі публічної влади.

Мета інституціоналізації статусу глави держави як органу публічної влади, на нашу думку, передбачає:

а) реалізацію установчої функції, зміст якої полягає в нормативному закріпленні заснування поста глави держави в механізмі публічної влади або в нормативному підтвердженні його фактичного існування. Тобто завдяки інституціоналізації deure забезпечується легітимність утвердження інституту глави держави, в протилежному випадку унеможливлюється й зайняття будь-ким цього поста, оскільки не можна отримати те чого немає;

б) реалізацію функції легітимації, яка полягає в підтвердженні прав певного суб'єкта на здійснення державно-владних повноважень на посту глави держави. Процедура легітимації, як вказують вчені, полягає в зверненні до традицій, звичаїв держави, посиланні на законність і необхідність рішення, прийнятого авторитетною особою, яка уособлює сподівання народу [17, с. 467].

Поєднання цих двох функціональних складових забезпечує легітимність інституту глави держави. Легітимність (від лат. legitimus – законний, легітимний) – це обов'язкова ознака законної влади держави, що означає визнання її як всередині країни, так і за її межами [17, с. 467].

У сучасній юриспруденції прийнято вважати, що легітимною є та законна влада, яка утворена згідно з процедурою, встановленою нормами права. Маємо визнати, що такий підхід є виправданим в умовах сьогодення, проте не придатний в період раннього формування держав, скажімо, античних.

Так, афінський політик, законодавець, один із "семи мудреців" Стародавньої Греції Солон (640 – 558 рр. до н. е.), здійснюючи політичну реформу в державі, усвідомлював, що новий "порядок потрібно легітимувати, тобто освятити релігією і обґрунтувати звичаєм. Потрібна була відповідна релігійна санкція, оскільки все нове, що він збирався ввести, повинно було, принаймні формально, відповідати всій попередній традиції і всім неписаним звичаям. Лише у такому разі традиційно орієнтоване суспільство могло прийняти і адаптувати що-небудь нове" [18, с. 235]. Відтак, інститут легітимізації державної влади, в тому числі й влади глави держави, забезпечувався в той спосіб, який відповідав рівню та "духу" цивілізаційного розвитку держав. Юридичним виразом легітимності влади, на думку В.М. Корельського і В.Д. Перевалова, слугує її легальність, тобто нормативність, здатність втілюватися в нормах права, обмежуватися законом, функціонувати в рамках законності [8, с. 136 – 137].

Отже, мета інституціоналізації правового статусу глави держави як органу публічної влади вбачається в забезпеченні легітимності функціонування цього інституту в механізмі державної влади, в підтвердженні прав суб'єкта, який обіймає пост глави держави, на здійснення ним державно-владних повноважень, в нормативному закріпленні правових цінностей, що є необхідною та об'єктивною передумовою правової визначеності не тільки у сфері регулювання суспільних відносин, а й концептуального розвитку інститутів публічної влади та безпосередньо самої держави.

Інститут глави держави є історичним явищем, формування якого розпочалось ще до утворення самої держави як цілісного політико-соціального організму. Зважаючи на те, що формування феномену глави держави здійснювалося еволюційним шляхом, починаючи з ватажка, вождя племені і закінчуючи сучасним його представництвом у механізмі державної влади, то й відповідно нормативна регламентація його статусу в суспільстві залежала, насамперед, від рівня розвитку самого суспільства, зокрема сформованості публічної влади, розвитку права, усталеності суб'єктів та відносин публічного владарювання тощо.

Підсумовуючи наведене, доходимо таких висновків:

а) "правове регулювання" необхідно розуміти як дію норм і принципів права на суспільні відносини, в результаті якої настає не лише юридичне підпорядкування та впорядкування цих відносин на основі приписів права, а й забезпечується їх юридична охорона та гарантування;

б) нормативна регламентація – це унормування змістовно близьких, однорідних суспільних відносин, якому властива підвищена ступінь деталізації та/чи процесуальної конкретизації. Особливість нормативної регламентації полягає в тому, що їй властивий інституційний підхід, завдяки якому відбувається поглиблене юридичне впорядкування конкретних суспільних відносин;

в) об'єктом нормативної регламентації є найважливіші для держави та суспільства інститути, які об'єктивно потребують більш конкретного юридичного унормування. Дійсно, правове регулювання суспільних відно-

син здебільшого здійснюється правовим актом загального характеру, зокрема конституцією держави, натомість регламентація – передбачає унормування таких відносин ще й регламентним або іншим предметним (спеціалізованим) актом, наприклад, законами про престолонаслідування, про статус президента, про вибори президента та ін.

Список використаних джерел

1.Великий тлумачний словник сучасної української мови / [уклад. і головн. ред. В.Т. Бусел]. – К.: Ірпінь: ВТФ "Перун", 2001. – 1440 с.

2. Марченко М. Н. Теория государства и права: учеб. / Н.М. Марченко. – М.:Издательство Проспект, 2004. – 640 с.

3. Алексеев С. С. Теория государства и права: учебник для вузов / С.С. Алексеев. – М.: Юристь, 2001. – 851 с.

4. Законотворча діяльність: словник термінів і понять / За ред. акад. НАН України В.М. Литвина. – К.: Парламентське видавництво, 2004. – 344 с.

5. Бачинин В.А. Энциклопедия философии и социологии права / В.А. Бачинин. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2006. – 1093 с.

6. Великий енциклопедичний юридичний словник / За ред. акад. НАН України Ю.С. Шемшученка. – К.: Вид-во "Юридична думка", 2012. – С. 785; Популярный юридический энциклопедический словарь / Редкол.: О.Е. Кутафин, В.А. Туманов, И.В. Шмаров. – М.: Большая Российская энцикл., 2000. – С. 622–623 та ін.

7. Большой юридический словарь / Под ред. А.Я. Сухарева, В.Р. Зорькина, В.Е. Крутских. – М.: ИНФРА-М, 1999. – 790 с.

8. Теория государства и права: учеб. пособие для юрид. вузов и факультетов. Под ред. В.М. Корельского и В.Д. Перевалова. – М.: Издат группа ИНФРА: М-НОРМА, 1997. – 570 с.

9. Большой юридический словарь. / Под ред. проф. А.Я. Сухарева. – М.: ИНФРА-М, 2007. – VI, 858 с.

10. Тихомиров Л.В., Тихомиров М.Ю. Юридическая энциклопедия / Под ред. М.Ю. Тихомирова. – М.: Типография НАУКА, 2006. – 972 с.

11. Великий енциклопедичний юридичний словник / За ред. акад. НАН України Ю.С. Шемшученка. – К.: Вид-во "Юридична думка", 2012. – 1020 с.

12. Скакун О.Ф. Теорія держави і права: підр. / пер. з рос. / О.Ф. Скакун. – Харків: Консум, 2001. – 656 с.

13. Рабінович М.П. Основи загальної теорії права та держав: навч. посіб. – К.: Атіка, 2001. – 176 с.

14. Алексеев С.С. Восхождение к праву. Поиски и решения / С.С. Алексеев. – М.: Издательство НОРМА, 2002. – 608 с.

15. Воронцова В.Г. Інституціоналізація // Юридична енциклопедія. В 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (гол. редкол.) та ін. – Т.2: Д – Й. – К.: Укр. енцик., 1999. – С. 703 – 704.

16. Молдован В.В., Мелащенко В.Ф. Конституційне право: опорні конспекти: навч. посіб. – К.: Юмана, 1996. – 272 с.

17. Юридична енциклопедія. В 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (гол. редкол.) та ін. – Т.3: К – М. – К.: Укр. енцик., 2001. – 792 с.

18. Туманс Х. Рождение Афины. Афинский путь к демократии: от Гомера до Перикла (VIII – V вв. до н. э.) / Вступ. ст., науч. и лит. ред. Э. Д. Фролова. – СПб.: ИЦ "Гуманитарная Академия", 2002. – 544 с.

Надійшла до редколегії 10.08.15

Г. Задорожняя, канд. юрид. наук, проф.
Киевская государственная академия водного транспорта
имени гетьмана П. Конашевича-Сагайдачного, Киев, Украина

РАЗГРАНИЧЕНИЕ ПОНЯТИЙ "ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ" И "НОРМАТИВНАЯ РЕГЛАМЕНТАЦИЯ" В ПРОЦЕССЕ ИССЛЕДОВАНИЯ СТАТУСА ГЛАВЫ ГОСУДАРСТВА

В статье содержится сравнительно правовой анализ понятий "правовое регулирование" и "нормативная регламентация" через исследование их содержательных составляющих. Доказано, что институционный подход лежит в основе нормативной регламентации, благодаря чему происходит углубленное юридическое урегулирование конкретных общественных отношений.

Ключевые слова: нормативная регламентация, правовое регулирование, институционализация, глава государства.

H. Zadorozhnya, candidate of legal sciences, professor
of the Kievan state academy of water-carriage
of the name of getman P. Konashevycha-Sagaydachnoho, Kyiv, Ukraine

DIFFERENTIATING OF CONCEPTS "LEGAL ADJUSTING" AND "NORMATIVE REGULATION" IN THE PROCESS OF RESEARCH OF STATUS OF CHAPTER OF THE STATE

In the article there is comparatively a legal analysis of concepts "Legal adjusting" and "normative regulation" through research of their rich in content constituents. It is well-proven that institutionsi approach is underlain normative regulation, what a deep legal settlement of concrete public relations is due to.

Keywords: normative regulation, legal adjusting, institutionalization, chapter of the state.

УДК 347.764 (477)

Н. Пацурія, д-р юрид. наук, доц.
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ

ФОРМАЛЬНО-ЮРИДИЧНІ ДЖЕРЕЛА СТРАХОВОГО ПРАВА

У статті досліджуються питання визначення змісту та видів формально-юридичних джерел страхового права.

Ключові слова: джерела права, формально-юридичні джерела права, законодавство.

Вступ. Належний рівень страхового законодавства, як зовнішньої форми страхового права, є умовою формування належної нормативно-правової бази спрямованої на стимулювання розвитку страхової діяльності, усунення необґрунтованих регулятивних обмежень суб'єктів страхової справи, прозорість нормативного регулювання і наглядових заходів за страховою діяльністю тощо. Починаючи з 1991 року розвиток законодавства незалежної України про страхування триває. Слід відзначити, що при всіх позитивних змінах у правовому регулюванні страхової діяльності в Україні, законодавець не вирішив усіх правових проблем, що існують у цій сфері.

Як відомо, законодавство у класичній структурі джерел права виступає лише одним із його видів. Доктрина господарського права піж джерелами права розуміє одночасно як змістовні, так і формальні джерела права, і розглядає їх як сукупність соціальних регуляторів, в які включає як соціальні норми, так і судову практику [1, с.152], що без сумніву можна екстраполювати і на джерела страхового права.

Актуальність теми дослідження. Питання формування та розвитку страхового законодавства не одноразово ставали предметом наукового дослідження [8; 12; 21, 9]. Натомість проблематика формально – юридичнихджерел страхового права, визначення їх видів та змісту жодного разу не піддавалися ґрунтовному науковому аналізу у галузевій юридичній літературі.

Теоретичну основу для написання статті становлять праці таких науковців, як: О.А. Беляневич, О.М. Вінник, А.Б. Венгеров, С.Л. Зівс, С.Ф. Кечек'ян, А.М. Колодій, М.М. Марченко, М.І. Матузов, А.В. Міцкевич, В.С. Нерсесянц, О.Ф. Скакун, Ю.О. Тихомиров, М.В. Цвік, О.Ф. Черданцев, О.П. Шебанов, Ю.С. Шемчушенко, В.С. Щербина, Л.С. Явич та інші.

© Пацурія Н., 2015

Цілями статті євизначення змісту і видів формально – юридичних джерел страхового права, та формулювання висновків на основі проведеного дослідження.

Основний зміст. До джерел страхового права, які характеризуються формально-юридичним критерієм відносять страхове законодавство. Термін "законодавство" в цілях даної статті ми застосовуємо у широкому розумінні.

Перелік нормативно-правових актів які входять до складу законодавства фактично викладено у Рішенні Конституційного суду України від 09 липня 1998 року № 12-РП/98 [20] відповідно до якого термін "законодавство" охоплює закони України, чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також постанови Верховної Ради України, укази Президента України, декрети і постанови Кабінету Міністрів України, ухвалені в межах їх повноважень та відповідно до Конституції України і законів України.

Із наведеного переліку формально-юридичних джерел, з огляду на необхідність дотримання обсягу даного дослідження, слід окремо зупинитися на дослідженні міжнародного законодавства та локального нормативного регулювання страхової діяльності як джерела страхового права.

Відповідно до ст. 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Вказана норма про дубльована також у ст. 19 Закону України "Про міжнародні договори України".

В Україні правове регулювання ринку страхування ґрунтується на нормах Закону України "Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу. Перелік актів законодавства України та *acquis* Європейського Союзу у пріоритетних сферах адаптації" [17] та орієнтується на законодавство ЄС і рекомендації таких організацій, як Міжнародна асоціація органів нагляду за страховою діяльністю і Організація економічного співробітництва та розвитку. Метою гармонізації законодавства України із законодавством ЄС у сфері страхування є: а) забезпечити доступ всіх громадян держав-членів ЄС до максимально широкого переліку страхових продуктів та б) гарантувати, що страхові компанії, уповноважені здійснювати операції у державі-члені ЄС, можуть проводити свою діяльність на території всього ЄС [13]. Глобалізація сучасного світу, і як наслідок глобалізаційні процеси трансформації права як фактору соціальної регуляції, не передбачають і не означають поглинання самобутнього, індивідуального спільним та знеособленим. Саме тому питання адаптації страхового законодавства України до законодавства Європейського Союзу, мають вирішуватися саме в контексті взаємодії складних систем (ЄС та національної держави), а не перетворення їх в єдине ціле [1, с.161].

Інтеграція України до Європейського Союзу не можлива без приведення українського законодавства у відповідність до права ЄС. Процес адаптації, розпочатий з моменту набрання чинності Угоди про партнерство та співробітництво між Україною та Європейськими Співтовариствами і їх державами-членами [19], згідно якої наша держава проголосила курс на наближення свого законодавства до законодавства та права ЄС, не є простою справою, враховуючи складність та значний обсяг нормативного матеріалу у всіх пріоритетних напрямках адаптації. З іншого боку, також слід мати на увазі сучасні процеси глобалізації, що мають місце в світі, про які були окремо зазначено Президентом України в Посланні до Верховної Ради України "Європейський вибір. Концептуальні засади стратегії економічного та соціального розвитку України на 2002-2011 роки" [15]. Подальший розвиток України як в соціальному, так і в економічному і тим більше правовому плані не може не враховувати такі процеси.

Правовою підставою для формування страхового законодавства Європейського Союзу (далі – ЄС) та створення в рамках ЄС єдиного ринку страхових послуг стало укладання Договору про заснування європейської спільноти від 21 березня 1957 року [5] та Договору про створення Європейського економічного співтовариства від 25 березня 1957 року [6].

Питання про належність регулювання фінансових послуг до права ЄС базується на головній меті Європейського Союзу – створенні Єдиного Ринку в межах ЄС (перша опора ЄС). Тому повноваження інституцій ЄС в даній сфері з'являються з моменту створення Європейського Економічного Співтовариства. На даний момент ці повноваження закріплені в Договорі про заснування Європейського Співтовариства, що був підписаний в Римі 25 березня 1957 року (в редакції договору, підписаного в Амстердамі 2 жовтня 1997 року). В той же час ці повноваження, які є комплексними, не консолідовані в межах тексту договору, хоч і знаходяться в межах чотирьох свобод, які є основою спільного (внутрішнього) ринку ЄС. Таким чином, різні аспекти регулювання інститутами ЄС фінансових послуг відносять до повноважень у сфері свободи руху капіталу та платежів (статті 56 – 60 Договору про ЄС), свободи надання послуг (статті 49 – 55 Договору про ЄС) та свободи заснування (статті 45 – 48 Договору про ЄС). Крім того, на питання регулювання фінансових послуг певною мірою впливає також валютна політика ЄС та діяльність Європейського Центрального Банку (мета валютної політики та організаційні засади ЄЦБ визначаються положеннями розділу VII частини третьої Договору про ЄС).

Безумовно, процес адаптації законодавства вимагає посилення аналітичної складової. Цьому сприятиме максимальне використання потенціалу науково-дослідних інституцій та неурядових аналітичних центрів. Органи державної влади повинні співпрацювати з "мозковими центрами" для отримання допомоги при вирішенні суперечливих питань, розробки практичних рекомендацій з урахуванням інтересів та особливостей України, прийнятті рішень серйозної політичної природи та ін. Прикладом такої співпраці є ефективне функціонування Комітету з питань європейської інтеграції польського Сейму. Адаптація чинного українського законодавства до законодавства ЄС – обов'язкова передумова успішної реалізації європейських прагнень України. Розуміння важливості та складності цього процесу, конструктивна співпраця всіх гілок влади, вдале застосування підходів та методів до багатогранності європейського правового поля, а також врахування досвіду асоційованих країн ЄС дасть позитивний результат [13].

Оскільки вітчизняне страхове право знаходиться у стадії становлення, воно активно вбирає в себе іноземний трьохсотлітній досвід регулювання страхових відносин. Норми, що регулюють страхову діяльність, містяться в ряді міжнародних договорів. Слід відзначити Угоду про партнерство та співробітництво між Україною та Європейськими Співтовариствами і їх державами-членами [18], згідно якої наша держава проголосила курс на наближення свого законодавства до законодавства та права ЄС, не є простою справою, враховуючи складність та значний обсяг нормативного матеріалу у всіх пріоритетних напрямках адаптації. Міжнародне право має значний вплив на страхування в Україні. Проголошена законодавцем інтеграція у європейський та світовий страхові ринки обумовлює вплив і проник-

нення міжнародного права в сферу страхування нашої країни, яке вбирає в себе багато елементів світового страхового ринку: термінологію, звичаї, види та правила страхування і т.д.

Сучасні науковці Г.К.ГолушкоіС.В.Дедіквиділяють проблемні питанняхстраховогозаконодавства та вказують на його наступні недоліки: 1) відсутність систематизації; 2) відсутністьоднакового, чіткогоівичерпногорегулювання договірних відносин; 3) відсутність належного рівня державного регулювання нагляду (контролю) за здійсненням страхової діяльності; 4) відсутність законодавчо встановлених цілей, завдань, принципів, загальних умов і порядкупроведення обов'язкового страхування [4, с. 18].

При висвітленні питання про формально-юридичні джерела страхового права необхідно окремо звернути увагу на локальне нормотворення суб'єктів страхової діяльності, яке, фактично, характеризується усіма вище наведеними недоліками. Зокрема, мова іде про проблему існування в системі джерел страхового права України Правил страхування.

З цього питання позиція вчених неоднозначна. Цивільний кодекс України [22] та Закон України "Про страхування" [19], закріплюючи загальне правило про виникнення страхових зобов'язань із договору та можливості визначення його умов в правилах страхування відповідного виду, тим самим висуває дані правила в розряд специфічних регулятивних норм.

На нашу думку, Правила страхування не можуть бути визнані джерелом страхового права, оскільки не володіють загальнообов'язковою для страховика і страхувальника силою. Однак не можна заперечувати їх регулятивного значення для конкретних страхових відносин, коли на їх застосування прямо вказується в самому договорі (полісі страхування, страховому сертифікаті) і коли вони викладені в одному документі з договором (страховим полісом) або долучені до нього, що повинно бути засвідчено відповідним записом в договорі.

На вказану позицію пристав і Верховний суд України, який у Листі від 19 липня 2011 року "Про судову практика розгляду цивільних справ, що виникають з договорів страхування" [10], розглядаючи проблемні питання ознайомлення страховиками страхувальників з правилами страхування у відповідності ст. 20 Закону України "Про страхування" вказав, що правила страхування за своєю природою є локальним нормативним актом для страховика і, не будучи правовим актом, не мають юридичної сили, та не є обов'язковими для страхувальника. Для того, щоб ці правила стали джерелом регулювання страхового правовідношення та обов'язковими для обох сторін, вони тим чи іншим чином мають бути вписані у договір страхування. Вказане підтверджується і судовою практикою. Так, Київський апеляційний господарський суд України Постановою № 18/408-22/226 від 12 грудня 2007 року [16] (яку залишено без змін згідно з постановою Вищого господарського суду України від 12 лютого 2008 року) Рішення господарського суду міста Києва від 19 вересня 2007 року у справі № 18/408-22/226 залишити без змін а Апеляційну скаргу ВАТ "П…" без задоволення, виходячи із наступного.

17 травня 2004 року позивач (страхувальник) та відповідач (страховик) уклали договір страхування (далі – Поліс), предметом якого стало страхування транспортного засобу. Згідно п. 2 Полісу, страхування здійснюється відповідно до Правил страхування від 11 листопада 1997 року (далі – Правила 1).

18 лютого 2005 року сталася дорожньо-транспортна пригода (далі – ДТП) за участю застрахованого транспортного засобу. Згідно п. 2.7 Правил 1 не підлягає відшкодуванню природний знос транспортного засобу в цілому, а також окремих його деталей і вузлів. При визначенні розміру страхового відшкодування відповідач зменшив страхову суму на суму амортизаційного зносу. Позивач наполягає на незаконності такого зменшення і вимагає стягнення з відповідача коштів, посилаючись на те, що на дату укладення Полісу у відповідача діяли інші Правила добровільного страхування наземного транспорту (крім залізничного транспорту) від 09 січня 2004 року (далі – Правила 2), якими не передбачено зменшення суми страхового відшкодування на суму амортизаційного зносу. Таким чином, у спірному випадку склалася ситуація, коли на дату підписання Полісу, 17 травня 2004 року, і на дату ДТП, 18 лютого 2005 року, чинними у відповідача були і Правила 1 і Правила 2.

З огляду на вищевикладене, на нашу думку, колегія суддів, дійшла вірного висновку проте, що господарський суд першої інстанції дійшов вірного висновку, що при виплаті страхового відшкодування сторони повинні керуватися умовами Полісу та Правилами 1, які були чинними і діяли на дату його укладення.

Слід наголосити на тому, що локальне нормативне регулювання господарською діяльністю з юридичної точки зору є своєрідним елементом господарського законодавства. Зазначені акти приймаються, як правило, тими суб'єктами, статутні процедури функціонування яких вони регулюють. Джерелом юридичної сили вказаних нормативних актів є нормотворчі повноваження тих осіб, що їх видали [3, с. 37]. Кожна страхова компанія самостійно, на підставі актів законодавства, що регулюють відносини, які вона вирішила прийняти на страхування, і відповідно до ст. 17. Закону України "Про страхування" визначає в Правилах ті загальні положення, що згодом можуть бути деталізовані при укладанні договору страхування. Особливість Правил страхування, як локального нормативного акту, полягає в поширені сфери їхньої дії не лише на конкретну страхову компанію (так як визначає межі її правоздатності при прийнятті на страхування конкретного ризику), а і на страхувальників (за умови укладання договору добровільного страхування) [14, с.15]. Правила страхування є основною правовою формою закріплення умов добровільного страхування. Вони визначають загальні умови і порядок його проведення і є обов'язковою передумовою для укладання договору страхування певного виду (ст.15 Закону "Про страхування"), проте не є джерелами страхового права.

З метою зменшення невизначеності у взаємовідносинах сторін страхових правовідносин (страховик – страхувальник) при укладенні договорів добровільного страхування Держфінпослуг у 2009 (як державного регулятора страхового ринку на вказану дату) році було запропонована розробка типових правил страхування по наймасовіших видах добровільного страхування.

На думку Уповноваженого органу введення Типових правил покликано поліпшити якість страхових послуг і змусити страховиків "очистити" договори від юридичних прийомів, за допомогою яких вони відмовляють клієнтам у страховому відшкодуванні. Типові правила страхування – це спільні правила роботи для страховиків, в яких прописані єдині умови надання послуги, наприклад, максимальні терміни врегулювання збитків і виплат. Тобто, фактично мова іде про закріплення в Типових правилах страхування організаційної складової правовідносин із добровільного страхування, що виникають і реалізуються на підставі договору страхування.

Проте, реалії надання страхових послуг та здійснення страхової діяльності на страховому ринку України призвели до того, що страховикам вдалося відстрочити введення Типових правил, які покликані захистити клієнтів від недобросовісних дій та не партнерських правових прийомів страхових компаній, що спостерігаються у договорах добровільного страхування [2]. Анонсоване Уповноваженим органом впровадження Типових правил страхування, заплановане на початок червня 2009 було вітрерміновано на не визначений строк. Основна "офіційна" причина затримки – тривалий процес розробки і подальшого узгодження Типових правил з учасниками ринку. Експерти ж вважають, що жорсткий опір страховиків викликаний власним інтересом адже якщо будуть прийняті Типові правила, багатьом із страховиків доведеться заново отримувати ліцензії, що потребує значного відволікання коштів. Саме тому страховики всіляко затягуватимуть процес ухвалення Типових правил. На нашу думку одним із засобів захисту публічного інтересу в договорі страхування є стандартизація його умов, які повинні укладатися на підставі Типових правил страхування, що дозволить уникнути випадків договірної диспропорції між учасниками страхових правовідносин, сутність якої полягає у тому, що страхувальник при укладанні та виконанні договору страхування не може впливати на його зміст [7, с. 23-38].

Висновок. Повертаючись до питання страхового законодавства як джерела страхового права, які співвідносяться між собою як філософські категорії "ціле" і "частина", необхідновідзначити, щороботапойговдосконаленнюведеться безсистемно із очевидним запізненням. Існує актуальна проблема систематизації страхового законодавства. З метою усунення хаотичності у розробленні і прийнятті законів та підзаконних нормативних актів, що регулюють страхову справу, необхідно випрацювати концепцію системи законодавства України, що регулює страхування [11].

Ефективність функціонування держави пов'язана з існуванням та дією правових засобів регулювання суспільних відносин, в якості яких виступають формально-юридичні джерела права.

Перспективи подальших розвідок у напрямку повинні сприяти розробці цілісної науково – обґрунтованої теорії визначення поняття, видів, змісту та сутності джерел страхового права.

Список літератури:

1. Беляневич О. А. Господарське договірне право України [теоретичні аспекти] : Монографія / О. А. Беляневич. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 592 с.
2. Введення Типових правил страхування відкладається від 01.07.09 року. – Дело [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://delo.ua/
3. Вінник О.М. Господарське право: Курс лекцій / О.М. Вінник. – К: Атака, 2004. – 624 с.
4. Голушко Г.К. О системе страхового законодательства / Голушко Г.К., Дедиков // С.В. Юридическая и правовая работа в страховании. – 2006. – №1. – с. 16-35.
5. Договір про заснування європейської спільноти від 21 березня 1957 року / Законодавчі і нормативні акти з банківської діяльності. – 2003. – № 4.
6. Договір про створення Європейського економічного співтовариства від 25 березня 1957 року / Інформаційно – правова система ЛІГА:ЕЛІТ.
7. Защита прав потребителей финансовых услуг / отв. ред. Ю. Б. Фогельсон. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2010. – 368 с.
8. Источники страхового права [Електронний ресурс]. – Режим доступу: // uristrus.narod.ru›ucheb/Strahovoe.lekcia_02.doc
9. Кутыгин М.А. Правовое регулирование института страхования в России: эволюция, преемственность и проблемы совершенствования: автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 "Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве" / Максим Александрович Кутыгин. – Ростов-на-Дону, 2007. – 31 с.
10. Лист Верховного Суд України "Про судову практика розгляду цивільних справ, що виникають з договорів страхування" від 19.07.2011 року / Вісник Верховного Суду України. – 2011. – № 8 (132).
11. Пацурія Н.Б. Правила страхування як основна правова форма закріплення умов добровільного страхування / Н.Б. Пацурія // Предпринимательство, хазяйство и право. – 1998. – №7. – с.14-17.
12. Пацурія Н.Б. Правове регулювання страхової справи в Україні (організаційно-правовий аспект) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 "Господарське право; арбітражний процес" / Н.Б. Пацурія. – Київ, 2000. – 20 с.
13. Пацурія Н.Б. Правове регулювання страхування та роздрібних фінансових послуг в Європейському Союзі та в Україні: порівняльно-правовий аналіз / Пацурія Н.Б., Безручко Ю.А., Бєлова О.А. – Київ : Центр учбової літератури, 2007. – 196 с.
14. Пацурія Н.Б. Система законодавства України про страхову діяльність / Н.Б. Пацурія // Предпринимательство, хозяйство и право. – 2000. – № 3. – с.20-23.
15. Послання Президента України "Європейський вибір. Концептуальні засади стратегії економічного та соціального розвитку України на 2002 – 2011 роки" від 30 квітня 2002 року / Урядовий кур'єр. – 2002. – № 100.
16. Постанова Вищого господарського суду України "Про оскарження рішення Київського апеляційного господарського суду від 12.12.2007 року у справі № 18/408-22/226" від 12.02.2008 року [Електронний ресурс] Ліга: Закон. – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SD080126.html
17. Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу. Перелік актів законодавства України та acquis Європейського Союзу у пріоритетних сферах адаптації : Закон України № 1629-IV від 18 березня 2004 року / Офіційний вісник України. – 2004. – N 15 (30.04.2004). – ст.1028.
18. Про ратифікацію Угоди про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами: Закон України від 10 листопада 1994 року № 237/94-ВР / Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 46. – Ст.415.
19. Про страхування : Закон України від 7 березня 1996 року № 85/96-ВР / Відомості Верховної Ради України. – 1996. – №18. – Ст.78.
20. Рішення Конституційногой Суду України "У справі за конституційним зверненням Київської міської ради професійних спілок щодо офіційного тлумачення частини третьої статті 21 Кодексу законів про працю України (справа про тлумачення терміну "законодавство")" №12-рп/98 від 09 липня 1998 року / Офіційний вісник України. – 1998. – №32. – ст. 1209.
21. Твердомед К.М. Законодавство про страхування в Україні в період нової економічної політики (1921–1929 рр.) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 "Теорія та історія держави і права.
22. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року// Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст.461.

Надійшла до редколегії 27.08.15

Н. Пацурия, д-р юрид. наук, доц.
Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Киев, Украина

ФОРМАЛЬНО-ЮРИДИЧЕСКИЕ ИСТОЧНИКИ СТРАХОВОГО ПРАВА

В статье исследуются вопросы определения содержания и видов формально-юридических источников страхового права.
Ключевые слова: источники права, формально-юридические источники права, законодательство.

N. Patsuriia, Doctor of Law, Associate Professor
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

FORMAL-LEGAL SOURCES OF INSURANCE LAW

This article investigates the determination of the nature and types of formal-legal sources of insurance law.
Key words: sources of law, Formal-legal sources of insurance law, legislation.

УДК 349.41:340.131

Т. Коваленко, д-р юрид. наук, доц.
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ

ПРИНЦИП ЗАКОННОСТІ У СФЕРІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЗЕМЕЛЬНИХ ВІДНОСИН В УКРАЇНІ: ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА

В статті досліджуються загальні ознаки принципу законності, а також обґрунтовуються спеціальні ознаки зазначеного принципу у сфері земельно-правового регулювання для з'ясування його юридичної природи як одного із основних принципів у земельному праві України.

Ключові слова: принципи права, принцип законності, земельне право, земельні правовідносини, земельні ділянки.

Конституційне визнання людини основною соціальною цінністю, а землі – основним національним багатством та об'єктом права власності Українського народу актуалізують важливість реалізації принципу законності у регулюванні земельних відносин на сучасному етапі розвитку права та держави. Впровадження вказаного принципу у практику земельно-правового регулювання є гарантією набуття та реалізації земельних прав різними суб'єктами, охорони та раціонального використання земель як цінного природного ресурсу, основного засобу виробництва, місця розселення та розміщення виробничої інфраструктуритощо.

Аналіз ґенези юридичних досліджень показує, що протягом радянського періоду розвитку земельно-правової науки комплексних наукових досліджень особливостей реалізації принципу законності у регулюванні земельних відносин проведено не було. Водночас окремі аспекти реалізації принципів соціалістичної законності при регулюванні земельних та колгоспних відносин, відносин у сфері правової охорони природи стають предметом наукових пошуків Ю. О. Вовка, П. Д. Індиченка, В. Л. Мунтяна, В. В. Петрова, В. І. Семчика, І. О. Середи, Г. С. Тарнавського, Ю. С. Шемшученка, В. З. Янчука, інших вчених.

В українській земельно-правовій науці законність відносять до основних принципів права [1, с. 24], а серед конституційних принципів, які застосовуються до регулювання земельних відносин, згадують принцип верховенства закону [2, с. 14]. Водночас зміст вказаного принципу, його юридична природа та вплив на земельні відносини у доктрині земельного права залишаються не дослідженим. З врахуванням зазначеного, метою статті є аналіз загальних ознак принципу законності, а також обґрунтування спеціальних ознак зазначеного принципу у сфері земельно-правого регулювання, що дасть можливість розкрити його юридичну природу як одного з основних принципів у земельному праві України.

У сфері правового регулювання земельних відносин в Україні поняття "законність" є складною, комплексною та багатоплановою правовою категорією, яка постає у кількох вимірах: як принцип здійснення державою владних повноважень, як принцип поведінки фізичних осіб у сфері права, як принцип побудови системи нормативних актів та як режим соціально-політичного життя, що визначає реальність писаного права та ступінь його втілення [3, с. 498].

У ст. 129 Конституції України принцип законності розглядається як найважливіший принцип здійснення правосуддя, хоча його зміст не розкривається, а сфера дії не обмежується лише правосуддям. Зміст законності нормативно визначено у ст. 9 "Законність" Кодексу адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р. (далі – КАС України). Аналіз зазначеної статті показує, що більшість її приписів орієнтує суди на вирішення проблем, пов'язаних із наявністю таких юридичних дефектів як колізії та прогалини шляхом застосування ієрархічного колізійного правоположення (принципу), визнання неконституційним нормативно-правового акта та застосування юридичної аналогії.

У земельному законодавстві України вимоги щодо забезпечення реалізації принципу законності при регулюванні певних різновидів земельних відносин закріплені досить фрагментарно. Зокрема, у Земельному кодексі України від 25 жовтня 2001 р. (далі – ЗК України) принцип законності не згадується серед принципів земельного законодавства (ст. 5) та не відтворюється у інших його нормах. Серед більш ніж п'ятдесяти "земельних" законів принцип законності нормативно зафіксований лише у чотирьох. Зокрема, вказаний принцип належить до основних принципів ведення державного земельного кадастру (ст. 3 Закону України "Про державний земельний кадастр" від 7 липня 2011 р.), землеустрою (ст. 6 Закону України "Про землеустрій" від 22 травня 2003 р.) державної експертизи землевпорядної документації (ст. 5 Закону України "Про державну експертизу землевпорядної документації" від 17 червня 2004 р.), оцінки земель (ст. 4 Закону України "Про оцінку земель" від 11 грудня 2003 р.). Водночас необхідно зазначити, що зміст принципу законності, особливості його реалізації у земельній сфері в нормативно-правових актах земельного законодавства не розкриваються.

Принцип законності є загально-правовим, однак у земельному праві він має специфічний зміст і цілком правомірно розглядається як принцип земельного права як в Україні, так і в інших державах. В українській земельно-правовій науці принципи земельного права визначають як "основоположні засади та головні ідеї, які характеризуються універсальністю, загальною значимістю, вищою імперативністю та відбивають істотні положення права" [2, с. 13], "основоположні засади, вихідні ідеї, незаперечні вимоги, загальновизнані в суспільстві та утверджені в реальному житті й у правосвідомості імперативи, які узагальнено виражені в нормах законів у вигляді універсальних, абстрагованих від конкретних суспільних відносин приписів, положень" [1, с. 21], "свого роду стрижень, на якому будується система права і законодавства" [4, с. 34], "вихідні базові засади..., які надають йому організованого системного характеру і вузловий стрижень законодавства, його змісту" [5, с. 70] тощо.

Узагальнюючи зазначені вище підходи, можна констатувати, що для принципу законності у сфері земельних відносин насамперед характерні загальні ознаки правових принципів. Так, принцип законності має *спеціально-юридичний характер*, що відображає специфіку саме правового регулювання та його відмінності від інших соціальних регуляторів у земельній сфері (релігійних норм, звичаїв тощо).

Для принципу законності є характерною *універсальність*, оскільки він застосовується до регулювання всіх земельних відносин, незалежно від суб'єктного складу, категорії земель, видів земельних прав тощо. Вказана ознака виявляється також у тому, що він впливає на весь механізм правового регулювання земельних відносин – підготовку та прийняття нормативно-правових актів; дотримання, виконання, використання та засто-

© Коваленко Т., 2015

сування земельно-правових норм; гарантування земельних прав та інтересів; накладення юридичної відповідальності тощо. Така ознака забезпечує органічний зв'язок змісту земельного права із тими закономірностями суспільного життя у сфері охорони та раціонального використання земель, реалізації та гарантування земельних прав, державного і самоврядного регулювання земельних відносин тощо, на яких вказане правове регулювання ґрунтується та на регулювання яких воно спрямоване.

Ознакою принципу законності є його *вища імперативність, загальнообов'язковість,* адже дотримання принципу законності у регулюванні земельних відносин має забезпечуватись усіма суб'єктами відповідно до його змісту, закріпленого у Конституції України та земельних законах.

Загальний характер принципу законності виявляється у тому, що він має неперсоніфікований характер, тобто поширюється на всіх суб'єктів земельних відносин незалежно від їх правового становища та має багаторазове застосування. Суб'єктами, які підпадають під дію принципу законності, є всі учасники земельних відносин – фізичні особи незалежно від громадянства та юридичні особи усіх організаційно-правових форм та форм власності, держава Україна, її органи та посадові особи, іноземні держави, територіальні громади, органи місцевого самоврядування та їх посадові особи. Реалізація принципу законності у земельних відносинах можлива за умови створення правового механізму втілення в життя конституційного імперативу абсолютної зв'язаності законом органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб та відносної зв'язаності законом усіх інших суб'єктів земельних відносин.

Така ознака як *основоположний характер* полягає у тому, що принцип законності визначає основні, висхідні, орієнтаційні правила поведінки суб'єктів земельних правовідносин. Він передує виникненню певного типу правового регулювання у земельній сфері та, враховуючи його регулятивний характер, поряд із іншими принципами права впливає на його формування. Принципу законності не повинні суперечити "звичайні" земельно-правові норми. Зокрема, А. М. Мірошниченко зазначає, що у разі неврахування принципів права у законодавстві, при колізії принципу права та нормативного акту будь-які принципи права мають пріоритет, що випливає із самої природи принципів права [6, с. 222]. Законність є підвалиною розробки та нормативного закріплення різних моделей поведінки у земельній сфері, першоосновою побудови та розвитку національного земельного права та законодавства. Принцип законності, поряд із іншими принципами земельного права, є критерієм оцінки як нормативно-правових актів земельного законодавства (щодо їх відповідності Конституції України, земельним законам тощо), так і актів застосування земельно-правових норм.

Регулятивний характер принципу законності проявляється у тому, що він: а) поряд із земельно-правовими нормами забезпечує нормативний регулятивний вплив на земельні відносини; б) разом із іншими правовими принципами визначає сутність норм земельного права; в) є позитивним зобов'язанням, що покладається на учасників земельних відносин з метою гармонійного поєднання приватних та публічних інтересів у сфері використання та охорони земель. У земельно-правовій науці В. В. Книш серед ознак принципів земельного права виділяє "вираженість принципів земельного права у формі земельних прав та обов'язків суб'єктів земельних відносин..." [7, с. 9]. Виходячи із природи правових принципів, вказана позиція викликає заперечення, адже закріплення прав та обов'язків є характерною ознакою саме норм земельного права.

Для принципу законності є характерною *формальна визначеність,* що забезпечується шляхом його закріплення у приписах Конституції України та земельних законів. В юридичній літературі є різні підходи до розуміння юридичної природи тих правових норм, у яких знаходять зовнішнє вираження правові принципи, зокрема принцип законності. З одного боку вказується, що принципи здебільшого виступають у вигляді норм (норм-принципів) [8, с. 103-104], основоположних норм (норм найбільш загального, основоположного характеру) [4, с. 34]. З другого боку, законність відносять до принципів-законоположень (правових абстракцій), нетипових нормативних приписів [9, с. 59].

Розглядаючи наведені вище підходи, насамперед необхідно наголосити, що принцип законності формально закріплюється у приписах Конституції України, Законах України "Про державний земельний кадастр", "Про землеустрій", "Про державну експертизу землевпорядної документації", "Про оцінку земель". Спроба законодавчо розкрити його зміст зроблена у ст. 9 "Законність" КАС України. Аналіз вказаних приписів свідчить, що вони дійсно не містять моделі поведінки суб'єктів правовідносин, зокрема земельних, не згадують про їх права та обов'язки. Разом з тим, ці ознаки характерні для переважної більшості загальних та галузевих правових принципів, спрямованих на регулювання земельних відносин (верховенства права, рівності суб'єктів, раціонального використання земель тощо). В юридичній літературі неодноразово зверталася увага, що принци права не визначають певної моделі поведінки, конкретного результату, на який спрямовані правові норми. На думку О. Ф. Скакун, формальне закріплення прав та обов'язків суб'єктів правовідносин, чітка фіксація моделей поведінки є ознаками правової норми, а не правового принципу, який має вищий ступінь абстрактності [10, с. 259].

Водночас між принципами і нормами земельного права існує діалектична єдність – принципи права знаходять зовнішнє закріплення у земельних нормах-принципах та розвиток у інших "загальних" нормах земельного права, а норми права формуються та реалізуються на основі принципів права, зокрема принципу законності. Оскільки принцип законності зафіксований у Конституції України та земельних законах, на нашу думку є всі підстави приписи вказаних нормативно-правових актів визначати як приписи-принципи, а відповідні правові норми – як норми-принципи, що є спеціалізованими нормами в земельному праві України.

Об'єктивна обумовленість принципу законності у регулюванні земельних відносин є ознакою, яка свідчить про відповідність змісту вказаного принципу тим економічним, політичним, ідеологічним процесам, що характерні для сучасного стану розвитку земельних відносин в Україні. Необхідність реалізації конституційних імперативів щодо визнання людини основною соціальною цінністю в державі, а землі – основним національним багатством та власністю Українського народу, проголошення побудови в Україні соціальної, демократичної, правової держави, незавершеність земельної реформи, існування мораторію на відчуження земель сільськогосподарського призначення, інші соціальні, економічні, політичні чинники визначають зміст принципу законності у земельній сфері в даний час та на перспективу.

Ознакою вказаного принципу є *стабільність*, оскільки принцип законності має опосередковувати земельні відносини незалежно від зміни земельного ладу держави, реформування земельних відносин, трансформації характеру та змісту земельного права та законо-

давства України. Принцип законності, як і інші принципи земельного права, є статичними елементами системи земельно-правового регулювання, оскільки набагато менше зазнають змін у порівнянні із нормами земельного права України.

Для принципу законності є характерною *системність*, оскільки він тісно пов'язаний із іншими правовими принципами, які застосовуються для регулювання земельних відносин – як загально-правовими (юридичної рівності, гуманізму, свободи, демократизму, справедливості), так і галузевими (пріоритету вимог екологічної безпеки, забезпечення раціонального використання земель, платності землекористування тощо). Лише у комплексі правові принципи здатні ефективно здійснювати регулюючий вплив на систему земельного права та законодавства, стабілізуючи як правотворення, так і правореалізацію.

Крім наведених вище загальних ознак, для принципу законності у регулюванні земельних відносин притаманні особливі риси, які обумовлюються як правовою природою законності, так і особливостями її реалізації у земельній сфері. Вказані ознаки можуть бути виявлені на основі аналізу доктринальних підходів до визначення законності у загальнотеоретичній науці, науці земельного права та інших галузевих науках.

В юридичній науці України немає однозначного підходу до розуміння змісту законності. Цю категорію визначають як "комплексне політико-правове явище, що відображає правовий характер організації суспільного життя, органічний зв'язок права і влади, права і держави" [11], "матеріально зумовлений, такий, що характеризується правовою єдністю, режим діяльності (поведінки) суб'єктів права, який полягає в належний реалізації останніми положень правових законів у всіх без винятку сферах суспільних відносин" [12, с. 16], "принцип діяльності суб'єктів, залучених до правової діяльності, що виявляється в суворому і неухильному дотриманні і виконанні ними легітимних норм права з метою реалізації своїх прав і виконання обов'язків, покладених на них легітимним законом" [13, с. 177] тощо. Вказані позиції, на наш погляд, відображають багатогранність змісту категорії "законність" та не суперечать одна одній. Аналіз наведених вище наукових підходів до змісту законності дає можливість обґрунтувати ряд специфічних ознак принципу законності у регулюванні земельних відносин в Україні.

Насамперед необхідно зазначити, що *законність є відображенням ставлення українського суспільства до земельного права*. Через категорію "законність" відображається органічний зв'язок держави та права, держави та громадянського суспільства, суспільства та права. Тому її зміст у наукових джерелах розглядається в трьох аспектах: а) у плані правового характеру суспільного і державного життя, б) з позиції вимоги загальної поваги до права (закону) і обов'язкового його виконання всіма суб'єктами; в) вимоги безумовного захисту і реального забезпечення прав, інтересів громадян та охорони правопорядку в цілому від свавілля [14, с. 3-7]. Корупція та хабарництво в земельній сфері, невиконання заходів щодо раціонального використання та охорони земель, порушення прав фізичних та юридичних осіб є індикаторами несприйняття та невиконання в українському суспільстві приписів земельного законодавства. Така ситуація обумовлена рядом суб'єктивних та об'єктивних причин: незавершеністю земельної реформи, правовим нігілізмом, відсутністю ефективних механізмів юридичної відповідальності за земельні правопорушення, прогалинами, колізіями, іншими юридичні дефектами земельно-правового регулювання тощо.

Принцип законності відіграє визначальну роль у механізмі земельно-правового регулювання, так як інші галузеві принципи земельного права (раціонального використання та охорони земель, пріоритету вимог екологічної безпеки, рівності однорідних суб'єктів земельних відносин тощо) не можуть бути реалізовані без дотримання його вимог. У загальній теорії права принцип законності визначають як найбільш загальний та всеохоплюючий, що концентровано виражає в системі чітких вимог основні особливості права, його властивості, які розглядаються в дії, в процесі практичного здійснення правових приписів [8, с. 108].

Сутність законності виявляєтьсяу *відповідності нормам земельного права різних явищ та процесів, що відбуваються у земельній сфері*. Норми земельного права України спрямовані на регулювання поведінки різних суб'єктів щодо набуття та реалізації земельних прав, охорони земель, державного та самоврядного регулювання земельних відносин тощо. Виконання, використання, дотримання та застосування земельно-правових норм у встановлені строки, визначених формах, уповноваженими суб'єктами є умовами забезпечення законності у земельних відносинах. У цьому випадку можна констатувати наявність такої ознаки принципу законності *як суворе та неухильне дотримання, виконання або застосування приписів земельного законодавства та об'єктивованих у них земельно-правих норм*. Вказана ознака базується на положеннях про обов'язковість вимог правових норм у регулюванні земельних відносин. На органічний взаємозв'язок належної реалізації земельно-правових норм та забезпечення правопорядку у земельній сфері звертає увагу В. В. Носік [15, с. 51-52].

Законність є сукупністю вимог, невиконання чи неналежне виконання яких є підставою юридичної відповідальності. Так, у випадку невиконання чи неналежного виконання приписів земельного законодавства винні особи підлягають цивільній, господарській, адміністративній, кримінальній, дисциплінарній та іншим видам юридичної відповідальності.

Якщо виходити із філологічного значення слова "законність", то складається враження, що реалізація принципу законності забезпечується шляхом виконання приписів виключно законів. Проте у загальній теорії права (П. О. Недбайло, С. С. Алєксєєв, В. В. Лазарєв, інші вчені) та у галузевих науках термін "законність" тлумачиться розширено – як вимога дотримання приписів не лише законів, але й підзаконних нормативно-правових актів. Адже якщо визначати законність лише як обов'язок суворого виконання приписів виключно законів, то може скластися хибне враження про необов'язковість виконання приписів підзаконних нормативно-правових актів земельного законодавства. Тобто, забезпечення реалізації принципу законності у земельній сфері потребує точного та неухильного виконання приписів не лише законів, але й підзаконних нормативно-правових актів, інших джерел земельного права. У цьому зв'язку дещо звуженим видається підхід Конституційного Суду України, який зводить принцип законності до застосування законів, а також нормативно-правових актів відповідних органів державної влади, виданих на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України [16]. Таким чином, *реалізація принципу законності у регулюванні земельних відносин є можливою за умови неухильного виконання приписів всіх джерел земельного права України – законів та підзаконних нормативно-правових актів, міжнародних договорів, судових прецедентів (рішень Верховного Суду України), інтерпрета-*

ційно-правових прецедентів (рішень Європейського Суду з прав людини), судових квазі-прецедентів (рішень Конституційного Суду України), правових звичаїв.

Принцип законності синхронізує дію надзвичайно складного механізму виконання земельних обов'язків та здійснення земельних прав. Співвідносячи свою поведінку із принципом законності, усі суб'єкти земельних відносин повинні виконувати свої юридичні обов'язки, набувати і реалізовувати суб'єктивні права у земельній сфері визначеними в земельному законодавстві способами та засобами, у передбачених правових формах. Принцип законності здійснює істотний та багатоаспектний вплив на реалізацію правових норм усіх інститутів земельного права України (права власності на землю та інших земельних прав, правового режиму окремих категорій земель, державного і самоврядного регулювання земельних відносин, юридичної відповідальності за земельні правопорушення тощо). Багатоаспектність такого впливу обумовлюється тим, що законність у сфері регулювання земельних відносин виявляється і як основний правовий принцип, і як правовий режим, і як метод. Вказана юридична природа законності зумовлює її безпосередній вплив на формування земельної політики української держави, процеси правотворчості та правозастосування у земельній сфері.

Узагальнюючи результати проведеного дослідження можна зробити наступні **висновки**:

1) принцип законності є загально-правовим, однак у сфері земельно-правового регулювання він має специфічний зміст і цілком правомірно визнається принципом земельного права як в Україні, так і в інших державах;

2) для принципу законності у сфері земельних відносин характерні загальні ознаки правових принципів, а саме: спеціально-юридичний характер; універсальність; вища імперативність, загальнообов'язковість; загальний, основоположний та регулятивний характер; формальна визначеність; об'єктивна обумовленість; стабільність; системність;

3) принцип законності має спеціальні ознаки, які обумовлюються як правовою природою законності, так і особливостями її реалізації у земельній сфері, зокрема: відіграє визначальну роль у механізмі земельно-правового регулювання; синхронізує дію надзвичайно складного механізму виконання земельних обов'язків та здійснення земельних прав; законність є сукупністю вимог, невиконання чи неналежне виконання яких є підставою юридичної відповідальності; сутність законності виявляється у відповідності нормам земельного права різних явищ та процесів, що відбуваються у земельній сфері, у суворому та неухильному дотриманні, виконанні або застосуванні приписів земельного законодавства та об'єктивованих у них земельно-правих норм; стан законності є відображенням ставлення українського суспільства до земельного права; реалізація принципу законності у регулюванні земельних відносин є можливою за умови неухильного виконання приписів всіх джерел земельного права України (законів та підзаконних нормативно-правових актів, міжнародних договорів, судових прецедентів та квазі-прецедентів, інтерпретаційно-правових прецедентів, правових звичаїв).

Список використаних джерел

1. Носік В. В. Принципи земельного права України / В. В. Носік // Земельне право України : [підруч.] / за ред. В. В. Носіка. – К. : ВПЦ "Київ. ун-т", 2008. – С. 21-25.
2. Каракаш І. І. Принципи земельного права / І. І. Каракаш // Земельне право України : [підруч.] / за ред. М. В. Шульги. – Х. : Право, 2013. – С. 13-19.
3. Шемшученко Ю. С. Законність / Ю. С. Шемшученко, С. В. Бобровник // Юридична енциклопедія : в 6 т. / Редкол. : Ю. С. Шемшученко. – К. : Укр. енцикл., 1999. – Т. 2 : "Д-Й". – С. 498-499.
4. Мірошниченко А. М. Земельне право України : [підруч.] / А. М. Мірошниченко. – К. : Алерта ; КНТ ; ЦУЛ, 2009. – 712 с.
5. Титова Н. Новий Земельний кодекс України : позитивні та негативні аспекти Н. І. Титова // Право України. – 2002. – № 4. – С. 70-76.
6. Мірошниченко А. М. Принципи права як джерела земельного права України / А. М. Мірошниченко // Вісник Київ. національного ун-ту ім. Тараса Шевченка. Юрид. науки. – 2009. – Вип. 81. – С. 220-223.
7. Книш В. В. Принципи земельного права України : автореф. дис.... канд.. юрид. наук : 12.00.06 / Книш В. В. ; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К., 2006. – 20 с.
8. Алексеев С. С. Проблемы теории права. Курс лекций в двух томах : Т. 1. – Свердловск : Свердл. юрид. ин-т, 1972. – 395 с.
9. Невзоров І. Л. Принцип законності в правозастосувальній діяльності : дис.... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Невзоров І. Л. ; Національний ун-т внутр.справ. – Х., 2003. – 196 с.
10. Скакун О. Ф. Теорія держави і права (енциклопедичний курс) : [підруч.] / О. Ф. Скакун. – Х. : Еспада, 2006. – 776 с.
11. Бобровник С. В. Законність / С. В. Бобровник // Великий енциклопедичний юридичний словник / за ред. Ю. С. Шемшученка. – К. : Юрид. думка, 2007. – С. 274.
12. Горбунова Л. М. Принцип законності у нормотворчій діяльності органів виконавчої влади : [моногр.] / Л. М. Горбунова. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – 240 с.
13. Невзоров І. Л. Законність у системі принципів права / І. Л. Невзоров // Вісник Національного ун-ту внутр. справ. – 2002. – Вип. 18. – С. 176-179.
14. Малеин Н. С. Социалистическая законность на современном этапе / Н. С. Малеин // Советское государство и право. – 1987. – № 6. – С. 3-7.
15. Носік В. В. Юридична природа сучасного земельного права України / В. В. Носік // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2008. – № 7-8. – С. 50-58.
16. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням правління Пенсійного фонду України щодо офіційного тлумачення положень статті 1, частин першої, другої, третьої статті 95, частини другої статті 96, пунктів 2, 3, 6 статті 116, частини другої статті 124, частини першої статті 129 Конституції України, пункту 5 частини першої статті 4 Бюджетного кодексу України, пункту 2 частини першої статті 9 Кодексу адміністративного судочинства України в системному зв'язку з окремими положеннями Конституції України від 25 січня 2012 р. // Офіційний вісник України. – 2012. – № 11. – Ст. 422.

Надійшла до редколегії 15.08.15

Т. Коваленко, д-р юрид. наук, доц.
Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Киев, Украина

ПРИНЦИП ЗАКОННОСТИ В СФЕРЕ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ЗЕМЕЛЬНЫХ ОТНОШЕНИЙ В УКРАИНЕ: ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА

В статье исследуются общие признаки принципа законности, а также обосновываются специальные признаки указанного принципа в сфере земельно-правового регулирования для определения его юридической природы как одного из основных принципов в земельном праве Украины.

Ключевые слова: принципы права, принцип законности, земельное право, земельные правоотношения, земельные участки.

T. Kovalenko, Doctor of Law, Associate Professor
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

PRINCIPLE OF LEGALITY IN THE FIELD OF LAND RELATIONS LEGAL REGULATIONIN UKRAINE: GENERAL OVERVIEW

The article deals with the general features of the principle of legality and settles specific features of this principle in the field of land relations' legal regulation to determine its legal nature as one of the basic principles of Land law in Ukraine.

Key words: principles of law, the principle of legality, Land law, legal land relations, land parcels.

УДК 327.3

І. Сервецький, д-р юрид. наук, доц., проф.,
І. Дулкай, курсант
Національна академія внутрішніх справ, Київ

ПОЛІТИЧНА СФЕРА – ГОЛОВНИЙ ОБ'ЄКТДІЯЛЬНОСТІ ІНОЗЕМНИХ РОЗВІДУВАЛЬНИХ СПЕЦСЛУЖБ

У статті розглядаються питання побудови політичної системи України. Окремо досліджуються питання інтернаціональних ідеологій: комуністичної, фашистської, які створюють підґрунтя для діяльності іноземних спецслужб.

Ключові слова: політичні партії, злочинна ідеологія, діяльність іноземних спецслужб.

Постановка проблеми. Політична система будь – якої держави є об'єктом уваги для агентури іноземних спецслужб. Політична система – це життєдіяльність людей, що пов'язана із реалізацією прихованих інтересів або використанням таємних методів здобуття, утримання і використання влади, а також забезпеченням безпеки та самозахисту політичної системи і суб'єктів політики, суспільства в цілому. Це непрозорий тип відносин між людьми, суспільством та державою. Одним із найважливіших напрямків добування політичної інформації є отримання та вивчення відомостей про самих суб'єктів прийняття рішень – політичні еліти та лідерів політичних партій, їхню ієрархію, норми, традиції функціонування, інтереси тощо.

Важливим джерелом інформації для політичної розвідки є підсистема політичної культури та цінностей, а також найголовніші об'єктивні умови існування та функціонування певної політичної системи загалом. Звичайно, що предметом аналізу для політичної розвідки є й головні елементи військової, оборонної доктрин, соціально-економічної моделі певної держави, її економічного потенціалу, способу життя її громадян. Таким чином, за об'єктами своїх пошуків політична розвідка досить суттєво відрізняється від військової, економічної та інших видів розвідок.

За змістом політична розвідка добуває інформацію стратегічного характеру, а також вивчає певні важливі елементи тактики, за допомогою яких реалізується стратегія в певній політичній системі. Така спрямованість пояснюється тим, що політична розвідка покликана давати інформацію про сутність інших суб'єктів суспільного життя, тобто про їхні важливі національні інтереси, цілі, ідеали, принципи існування, що втілюються в державних технологіях, доктринах тощо.

Тим самим політична розвідка дає інформацію про межі панування інших систем, умови їхнього функціонування в суспільстві, що дозволяє визначити стрижень їхнього існування, ієрархію цінностей системи, принципи функціонування.

Аналіз останніх досліджень та публікацій, що мають місце у роботах таких учених як А. И. Асеевский., В. Бадрак, В. М. Бебик, И. Бороган, К. Брожко, А. Даллес, В. Б. Кассис, Ю. Я. Киршин, В.Є. Курілло, В.Н. Любов, В. Плэтт, Г. Г. Почепцов, Г. Г. Почепцов, Р. Ронин, П.А. Судоплатов, Г. Томас, Е.Б. Черняк, К. Эндрю та інш.

Мета дослідження полягає в науковому аналізі політичної сфери суспільного життя та з'ясування, за яких умов члени тих чи інших політичних партій можуть бути об'єктами вербування іноземними спецслужбами

Основні результати дослідження. Розвідувальна діяльність іноземних у політичні й сфері спрямована на дестабілізацію органів влади та управління.

Політична система – впорядкована, складна, багатогранна система державних і недержавних стосунків соціальних (суспільних та політичних) інститутів, що виконують певні політичні функції. Вона покликана відображати різноманітні інтереси соціальних груп, які безпосередньо або через свої організації і рухи роблять вплив на державну владу [1]

Таким чином, політична система являє собою складне, багаторівневе динамічне утворення. У ній виділяють три складові частини: підсистема політичних ідей, теорій, поглядів, емоцій, почуттів, що складають політичну свідомість;

Політична ідея, сукупність яких утворює ідеологію – система концептуально оформлених уявлень, ідей і поглядів на політичне життя, яка відбиває інтереси, світогляд, ідеали, настрої людей, класів, націй, суспільства, політичних партій. Політична ідеологія може розглядатися як форма суспільної свідомості і як явище культури [1].

У свою чергу, теорія політичної діяльності – системна рефлексія (роздуми) над натурою і метою влади, яка містить як знання, пов'язані з існуючими політичними інституціями, так і погляди на їх можливі зміни.

Як результат політичної діяльності є політичні переконання – сукупність та система яких, впливають на політичні погляди, економіку, устрій держави та суспільства, на те, якими мають бути закони і якою має бути громадська мораль.

Отже, політичні переконання – це усвідомлена потреба людини – суб'єкта політики діяти у відповідності зі своїми знаннями, поглядами, ціннісними орієнтаціями. Ці переконання становлять серцевину світогляду та ідеології особистості й знаходять своє практичне вираження у політичній боротьбі. У ст. 34 Конституції України гарантує кожному громадянину України "право на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань" [3]

Нерідко такі переконання тісно переплітаються з іншими особистими переконаннями людини – з його вірою або релігією, його особистою мораллю та іншими судськими цінностями.

Більше того, політичні переконання можуть відображатися або не відбиватися в конкретних діях, спрямованих на захист або реалізацію цих переконань, наприклад, в голосуванні на виборах за конкретну політичну партію або рух, за конкретного кандидата, або участь або неучасть в мітингах та демонстративних процесах тощо [4].

Політична діяльність тісно пов'язана з політичною психологію, яка побудована на сукупності відчуттів, емоцій, переживань, настроїв, пов'язаних з політичними явищами; у структурному вимірі, як ми зазначали, входить до сфери політичної свідомості. Крім того – це сукупність духовних утворень, яка сприяє виробленню у людини безпосередніх мотивів і установок політичної поведінки [5].

У свою чергу політична свідомість (від лат. con – разом, спільно та scentia – знання) – це система знань, оцінок, настроїв і почуттів, за допомогою яких відбувається усвідомлення політичної сфери суб'єктами – індивідами, групами, націями тощо. Політична свідомість, є системою ідей, теорій, поглядів, уявлень, почуттів, вірувань, емоцій людей, настроїв, у яких відбивається

© Сервецький І., Дулкай І., 2015

природа, матеріальне життя суспільства і вся система суспільних відносин; це система знань і оцінок, завдяки яким відбувається усвідомлення сфери політики суб'єктами, що виступають у вигляді індивідів, груп, класів, спільнот. Вона є необхідним елементом функціонування і розвитку політичної системи в цілому [6].

Сутність політичної свідомості полягає в тому, що це є результат і одночасно процес відображення й освоєння політичної реальності з урахуванням інтересів людей.

– підсистема політичних відносин між суспільством і державою, різними класами і соціальними групами, державами і т. д., з приводу влади;

Політичні відносини у свою чергу – взаємодія суб'єктів політики і влади, де відбувається їх об'єднання або роз'єднання, передача ідей, поглядів, обмін ресурсами (впливом, інформацією, знаннями та ін.), передача вольових устремлінь від одного суб'єкта (активного) до другого (пасивного). У цьому випадку, політичні відносини – початковий, вихідний момент суспільних відносин [7].

Найважливішим об'єктом уваги іноземних спецслужб є суспільство- організована сукупність людей, об'єднаних характерними для них відносинами на певному етапі історичного розвитку. Суспільство – також соціальна самодостатня система, заснована на взаємовідносинах людей в процесі реалізації особистих потреб. Відносини людей у межах суспільства називають соціальними [8].

Держава це теж політичне утворення з визначеною територією, економікою і політичною владою. Кожна держава має свою територію та кордони, які можуть розширюватися, проводить власну незалежну внутрішню і зовнішню політику на світовій політичній арені, має міжнародне визнання та державну символіку: герб, прапор і гімн. Головною відмінністю між державою і країною є те, що країна об'єднує у собі лише один народ, а держава об'єднує у собі багато народів, утворюючи тим самим націю, також те, що держава на відміну від країни не може бути залежна. Поняття держава означає, що на певній території де-факто і де-юре встановлена влада даної держави, в повному обсязі ходить офіційна валюта держави, в державних установах використовується державна мова, а також на ній проживають громадяни держави. Держава в політико-географічному, військовому і економічному відношенні не може бути залежною. Держава, спираючись на волю нації, самостійно вирішує, до яких політико-географічних, військових і економічних союзів, груп, альянсів чи об'єднань вона прагне приєднатися.

Держава – формальний інститут, який є формою організації політичної спільноти під управлінням уряду; суб'єкт політики, ядро політичної системи.

Часто звертаються до поняття "суверенна держава" – це тип держави, який характеризується суверенітетом, незалежністю і самостійністю в зовнішніх і внутрішніх справах. Суверенна держава – особлива політико-територіальна організація, що володіє суверенітетом спеціального апарату управління і примусу та здатна надавати своїм велінням загальнообов'язкового характеру [9].

Держава тісно пов'язана з владою – це сила, яка з допомогою авторитету, заохочення та примусу, має здатність зі своєї волі впливати на інших.

Влада – слово, що використовується в українській мові для назви кількох різних, але взаємопов'язаних понять:

– право та можливість керувати, розпоряджатися чимось або кимось;

– політичне панування, політичний устрій;

– державна влада (судова, законодавча, виконавча);

– військова міць (військова влада).

Помітно, що найзагальнішим та основним є найперше визначення, а наступні є його специфічними відображеннями.

В найширшому розумінні влада це здатність впливати на події та явища, що відбуваються в державі. В такому значенні говорять не тільки на відносини між людьми, але й на взаємодію людини з навколишнім світом (кажуть про владу людини над природою) чи навіть природних явищ між собою. Однак перш за все влада розглядається як соціальна категорія і стосується стосунків між людьми [10].

У державі політична діяльність здійснюється через політичні інститути – політичні установи з чіткою організаційною структурою, цілеспрямованими виконавчими структурами та апаратом. Політичні інститути – спосіб організації політичного життя суспільства, що втілює ті або інші політичні норми, обумовлені конкретно-історичною ситуацією, вимогами політичного життя. Політичні інститути – це, по суті, певні політичні установи (сукупність політичних партій, органів суспільного громадського самоуправління та ін.), що визначають спільність людей, які мають особливі повноваження і виконують спеціальні функції в політичному житті суспільства (військові комітети, комісії), певну політичну діяльність (президентське правління).

Специфіка політичних інститутів, у порівнянні з багатьма явищами політичного життя, полягає в тому, що вони майже завжди узаконені і

діяльність їх регламентована відповідними законами, рішеннями й іншими юридичними актами. Кожний із політичних інститутів здійснює певний вид політичної діяльності і включає соціальну спільність, шар, групу, спеціалізовану на її виконанні; політичні норми, регулюючі відносини всередині політичної системи суспільства і між ними, а також між політичними і неполітичними інститутами; матеріальні засоби, необхідні для досягнення поставленої мети. Політичні інститути: держава, політичні і правові норми, політичні партії, групи інтересів та ін. [11].

Отже політична організація суспільства – це сукупність взаємозалежних і взаємовпливових державних, партійних організацій, громадських об'єднань, що створені та діють з метою формування і функціонування системи владарювання й упорядкованості політики або мають вплив на неї [12].

Відповідно до цих елементів політичної системи виділяють підсистеми:

- організаційно інституціональну;
- регулятивну;
- функціональну;
- комунікативну;
- духовно- ідеологічну.

Інституціональну підсистему складають такі політичні інститути: держава та її структурні елементи, такі як парламент, уряд, політичні партії, громадсько-політичні організації, церква, органи місцевого самоврядування.

У своїй сукупності ці взаємозв'язані політичні інститути утворюють політичну організацію суспільства, організаційну основу політичної системи. До політичної системи як її інститути входять не всі наявні в суспільстві громадські організації, а лише ті, що пов'язані з функціонуванням політичної влади. Залежно від рівня участі в політичному житті і здійснення влади розрізняють три види організацій:

Власне політичні – організації прямо й безпосередньо здійснюють політичну владу у повному обсязі або, у крайньому випадку, прагнуть доцього. Здійснення

влади, або боротьба за неї є головним у їхній діяльності. Такими є держава і політичні партії.

Політизовані або не власне політичні організації, для яких участь у здійсненні політичної влади є лише одним з аспектів їх функціонування, це – громадські організації, професійні спілки, народні рухи, об'єднання підприємців тощо.

Неполітичні організації, якими є, наприклад, науково-технічні товариства, різноманітні аматорські об'єднання товариства мисливців, спортсменів тощо, за звичайних умов не беруть участі у здійсненні політичної влади. Формально діяльність таких організацій не передбачає здійснення політичної функції, проте за певних умов, ситуативно, вони можуть бути суб'єктами політики, виступаючи як групи тиску.

Особливу роль у діяльності політичної розвідки відіграють **політичні партії**. Законодавство України передбачає законодавче забезпечення діяльності партій і відповідне програмне забезпечення їх діяльності. Відповідно ніяких обмежень, крім обмежень гуманності, щодо програмних цілей політичних партій законодавство не встановлює. Тому, під програмним забезпеченням партії може легко приховуватися ціле напрямлена діяльність спеціальних служб іноземних держав. Такий, недолік законодавства на нашу думку несе величезну небезпеку для національної безпеки України, так як дає можливість на вищому владному рівні діяти політичним партіям політичний напрямок, яких повністю, або частково суперечить конституції, або є таким що дестабілізує діяльність вищих владних органів держави.

У своїй сукупності і взаємозв'язках політичні інститути утворюють політичну організацію суспільства, організаційну основу політичної системи. Центральна роль у політичній системі належить державі та її інституціям. Саме вона забезпечує політичну організованість суспільства. Особливе місце в політичній системі займають політичні партії, які є головними учасниками боротьби за завоювання, утримання й використання державної влади.

Кожна партія прагне мати можливість визначати політику держави або хоча б впливати на неї. Інституціональна підсистема є основоположною як до політичної системи суспільства в цілому, так і до її окремих складових.

Регулятивну підсистему утворюють сукупність політичних норм, за допомогою яких здійснюється регулювання політичних відносин. Одні політичні норми цілеспрямовано створюються державою – норми права; інші складаються поступово під впливом політичних, економічних, духовних чинників – норми моралі, звичаї, традиції тощо. Головною складовою регулятивної підсистеми суспільства є норми національного права.

Функціональна підсистема політичної системи знаходить своє вираження у політичному процесі й політичному режимі.

Комунікативна підсистема містить політичні відносини, тобто ті зв'язки між людьми та їх спільностями, які складаються у процесі реалізації влади або з її приводу. Інформаційно-комунікативна підсистема містить ЗМІ, засоби комунікації, науково-інформаційну інфраструктуру – тобто розгалужену мережу установ, які займаються збором, обробкою, поширенням інформації про політичне життя, пропагуючи вироблені політичні та правові норми, певну політичну свідомість і політичну ідеологію.

Духовно-ідеологічну підсистему політичної системи складають політична свідомість і політична культура.

Особливу роль у діяльності політичної розвідки у діяльності іноземних спецслужб відіграють політичні партії. Законодавство України передбачає законодавче забезпечення діяльності партій і відповідне програмне забезпечення їх діяльності. Відповідно ніяких обмежень, крім обмежень гуманності, щодо програмних цілей політичних партій законодавство не встановлює. Тому, під програмним забезпеченням партії може легко приховуватися ціле направлена діяльність спеціальних служб іноземних держав. Такий, недолік законодавства на нашу думку несе величезну небезпеку для національної безпеки України, так як дає можливість навищому владному рівні діяти політичним партіям політичний напрямок, діяльність яких повністю, або частково суперечить конституції, або є таким що дестабілізує діяльність вищих владних органів держави.

Політичні партії України – політичні партії, які зареєстровані згідно з Законом України "Про політичні партії в Україні". Політична партія – це особливе добровільне об'єднання громадян – прихильників певної загальнонаціональної програми суспільного розвитку, що має своєю метою сприяння формуванню і вираженню політичної волі громадян, бере участь у виборах та інших політичних заходах [13].

Україна має багатопартійну систему, і на 16 червня 2014 року в Україні офіційно зареєстровані 208 політичних партій. На виборах до Верховної Ради у 2012 році брали участь 87 політичних партій, 9 з яких стали парламентськими. Жирним шрифтом виділено парламентські партії у Верховній Раді VII скликання. В останніх позачергових виборах 26 жовтня 2014 року було зареєстровано 29 політичних партій, хоча учасниками виборчого процесу було 52 політичні партії. За результатами виборів, до Верховної Ради VIII скликання за партійними списками проходять шість політичних партій: "Народний фронт" – 22,14%, Блок Петра Порошенка – 21,82%, "Об'єднання "Самопоміч" – 10,97%, "Опозиційний блок" – 9,43%, Радикальна партія Олега Ляшка – 7,44%, ВО "Батьківщина" – 5,68%. Решта партій не подолали 5% бар'єр для входження до парламенту.

За попередніми даними, у Верховній Раді будуть представлені 11 партій, кандидати від яких пройшли в загальнодержавному багатомандатному та одномандатних виборчих округах, а також 96 само висуванців.

Через високу чисельність політичні партії нечасто мають шанс отримати владу поодинці, тому раніше вони утворювали блоки для участі на виборах. 17 листопада 2011 року український парламент схвалив закон про вибори, що заборонив участь блоків політичних партій на парламентських виборах. Довіра українського суспільства до політичних партій стабільно низька. Для сучасних українських партій цивілізаційні та геостратегічні орієнтації граютьважливішу роль, ніж економічні та соціально-політичні програми, що зумовило появу чіткого поділу партій на проросійської та прозахідної (проєвропейської) спрямованості.

Так за політичною спрямованістю всі Українські політичні партії можна поділити на три політичні групи:

Ліберальні-проєвропейські – Партія "Блок Петра Порошенка"; політична ідеологія – Християнсько-ліберальна партія.

Програма партії: "Блок Петра Порошенка" – "жити по-новому!"

Євромайдан повстав, коли тодішня влада в останній момент відмовилася підписати угоду з ЄС, але то був лише привід. Причина ж у тому, що в народ дійшов до крайньої межі. На площі й вулиці вийшли мільйони люди, які не хотіли далі так жити, як жили досі. "Так жити українці не захотіли". Докорінних змін потребує як країна в цілому, так і кожний громадянин окремо. Але ми не зможемо змінити Україну, якщо не змінимося самі, не поміняємо свого ставлення до власного життя і до політично-

го життя цілої держави. В тому, що країна в такій кризі, є частка відповідальності кожного з нас. Настав час дати чітку відповідь, що означає для нас "жити по-новому"?

Друга теза політичного блоку жити вільно.Ми, українці, прогнемо бути вільними. Тому, будь-які спроби поневолення, зовнішнього чи внутрішнього тиску, отримують від нас гідну відсіч, що доведено Майданом та боротьбою проти зовнішньої агресії.

Свобода народу залежить від способу, в який він взаємодіє із владою. Слід створити дієві механізми громадського, правового і політичного контролю за діями влади. Елементом такого контролю є можливість для громадян отримати вичерпну інформацію про рішення державних органів та органів місцевого самоврядування. Такими ж відкритими мають бути кадрова політика і діяльність кожного чиновника та високопосадовця, його статки й доходи, витрати держслужбовців та їхніх сімей.

Для того щоб все це забезпечити, потрібна низка змін у політичній системі.

По-перше, необхідно зберегти вдосконалити відновленої парламентсько-президентської форми правління, за якої Уряд формується коаліцією фракцій та депутатів. При цьому партія відстоює необхідність відповідального реформування виборчого законодавства з метою переходу до обрання парламенту за відкритими списками.

По-друге, необхідно забезпечити повне перезавантаження влади. До органів влади, які втратили довіру людей, мають бути проведені дочасні вибори. Принцип політичної відповідальності за втрату довіри виборців повинен стати фундаментальним у будові української демократії.

По-третє, має відбутися децентралізація влади. Громади на місцях отримають більше прав і грошей на реалізацію повноважень. Виконавча влада в областях належатиме не призначеним згори "губернаторам", а виконкомам, сформованим облрадами, обраним людьми. При обов'язковому збереженні та зміцненні єдиного гуманітарного українського простору в мовно-культурній сфері, в освіті, в політиці історичної пам'яті обов'язково враховуватиметься специфіка кожного регіону. Але Україна залишиться при цьому унітарною, соборною державою.

Структура власності ЗМІ стане прозорою, а конкурентне середовище в цій сфері – посилене. Створення суспільного телебачення стоїть на порядку денному як невідкладне питання.

Партія окремо наголошує на неухильному дотриманні прав усіх національних меншин. Особливу увагу слід надавати захисту українців Криму та кримських татар як корінного народу Криму.

Жити вільно – означає й вільно користуватися рідною мовою -українською. Необхідно керуватися статтею 10 Конституції, яка визначає українську мову як державну, але особливо наголошує на правах російської мови та гарантує вільний розвиток усіх мов.

У сфері зовнішньої політики пріоритетом для партії є повноцінне членство України в Європейському Союзі, щоб жити в "сім'ї вольній, новій". ЄС для нас – не ціль, а інструмент, щоб змінити країну і запровадити в ній європейські стандарти.

Жити безбідно! Бідній людині важко бути вільною, оскільки над нею постійно висить безвихідна потреба обміняти свободу на хліб насущний. Тому будувати демократію – означає творити суспільство заможних людей середнього класу.

Україна має все необхідне, щоб забезпечити добробут. Ми вміємо і хочемо жити власною працею, здатні бути творчими та інноваційними, вчимося не бути заздрісними і щиро радіти успіху сусіда чи колеги. Але ми втрачаємо можливості й досі пасемо задніх. Чому? Тому що, на відміну від нас, країни Центральної та Східної Європи будують економіку вільної конкуренції, нових ідей, ділової ініціативи, наполегливої праці й постійного самовдосконалення. В такій системі найрозумніші, найпрацьовитіші та найенергійніші не ховають свої гроші в подушку, а інвестують їх у нові сфери бізнесу, даючи тим самим роботу й шанс на успіх тисячам і мільйонам своїх співвітчизників. Партія виступає за впровадження реальної конкурентної економічної моделі в Україні.

Потрібно відмовитися від популізму та говорити людям правду: високі стандарти життя стануть реальністю лише після проведення необхідних реформ (включно із подоланням корупції), відродження економіки та як результат наполегливої праці. Водночас держава зобов'язана невідкладно забезпечити належний соціальний захист найбідніших громадян.

Реформувати правоохоронну систему (суди, міліцію, СБУ, прокуратуру) – означає створити передумови успішності всіх змін, у тому числі й в економіці. Тільки незалежний суд може забезпечити захист прав та свобод і недоторканість власності, що важливо для притоку в країну інвестицій.

Антимонопольний комітет має стати ключовим економічним регулятором. Поле його діяльності – від забезпечення вільної конкуренції у великому бізнесі до гарантій малому підприємництву. Так само це стосується якості та вартості послуг у житлово-комунальній сфері, де теж орудує жахлива монополія.

Потрібно зняти "корупційний податок" на економіку. Соціально відповідальний бізнес має платити податки до бюджету, а не хабарі окремим чиновникам. Кількість податків слід скоротити, ставки – зменшити, всі офшори – перекрити.

Необхідно утвердити систему спрощеного оподаткування для малого та середнього бізнесу. Створити свою справу, взяти відповідальність на себе – це теж жити по-новому.

Слід забезпечити доступ української продукції на світові ринки. Аграрна галузь може стати точкою прориву для української економіки.

Жити чесно! В Україні мають восторжествувати принципи правової держави та справедливості. Ці принципи вимагають наявності прозорої і несуперечливої законодавчої бази, доступного, справедливого, неупередженого та змагального судочинства, невідворотності покарання за злочин, гарантій дотримання основних прав особи, обмеження втручання держави в приватне і громадське життя.

Пріоритетними завданнями на цьому шляху сьогодні є:

– антикорупційна люстрація судових, правоохоронних, податкових і митних органів та всіх правоохоронних органів;

– встановлення публічного контролю за призначенням та діяльністю суддів і створення системи їхнього автономного функціонування, незалежного від законодавчої та виконавчої гілок влади;

– формування професійного корпусу державних службовців, їх соціальний захист та посилення відповідальності;

– усвідомлення, що пропонувати та давати хабар – це так само аморально, як його вимагати та брати. Утвердження нетерпимості до корупції як свого роду національної ідеї.

Жити безпечно! Найефективніший захист від зовнішньої агресії – об'єднання народу в боротьбі проти зовнішньої окупації. Не допустити в суспільстві чвар і

провокацій на ґрунті мови, ідеології, релігії. Захистити кожну родину, місто, вулицю від насильства.

Пріоритетом стануть політична та дипломатична боротьба за повернення тимчасово окупованого Криму, збереження територіальної цілісності України.

Уроки останніх місяців свідчать: Україна сама мусить забезпечити свою оборону. Необхідне істотне, в рази, збільшення витрат на відновлення, модернізацію і посилення Збройних сил та інших структур, від яких залежить захист від зовнішньої агресії. Історія вчить: "Хто не хоче годувати свою армію, той годує чужу" або "Хочеш миру – готуйся до війни". Часи невиправданого пацифізму минули. Зміцнення обороноздатності країни має стати загальнонаціональною справою, ділом всіх та кожного. Наш ВПК здатний задовольнити більшість потреб армії і дати поштовх ре індустріалізації – відродженню промислового потенціалу України.

Окремої ваги питання – забезпечення енергетичної незалежності, диверсифікація поставок газу. Зниження споживання енергії – наша спільна справа, яка починається з такої простої дії, як, йдучи з приміщення, вимкнути світло, а завершується модернізацією підприємств та виробництв із одночасним зниженням енергоємності.

Жити по-новому – це покладатися, перш за все, на власні сили. За нас нашу роботу ніхто не зробить!

Ми здатні почути й зрозуміти один одного. Здатні об'єднатися заради достойного майбутнього України, заради спільної перемоги.

Бажання й готовність українців жити по-новому – основний ресурс національного розвитку і головна запорука успіху [14].

Радикальні-націоналістичні – Радикальна партія Олега Ляшка; Політична ідеологія – радикальна, демократія, популізм, україноцентризм, про європеїзм, націонал-лібералізм [15].

Політичні програми: Метою своєї діяльності політичні партії визначили сприяння формуванню і вираженню політичної волі громадян, участь у виробленні й реалізації державної політики, сприяння побудові в Україні демократичної правової держави з ефективною, соціально-орієнтованою ринковою економікою, утвердження принципів відкритого громадянського суспільства на засадах свободи і парламентської демократії.

Мета Радикальної партії – створення суспільства рівних можливостей та загального добробуту. Для цього нам потрібно найперше – перемога у війні. Ми поміняємо владу і створимо умови для відродження економіки та промисловості. Нова матеріально-технічна база допоможе нам народити незалежну та сильну Україну.

Перемога і десепаратизація. Вся країна має підтримувати Східний фронт, через який Росія хоче розвалити Україну.

Створимо потенційні партизанські загони і підготуємо цивільне населення до оборони великих міст. Влада запрацює для фронту, генеральські посади займуть бойові офіцери. Пораненим та їх сім'ям держава забезпечить соціальний захист.

Ми зробимо можливим повернення ядерного статусу Україні. Десепаратизація – це знешкодження внутрішніх ворогів. Будуть покарані політично і кримінально: перевертні та саботажники із Верховної Ради, чиновники-сепаратисти на Сході, продажні менти і крадії-бізнесмени, які платять найманцям за вбивство українців. Олігархи, які напряму організовували сепаратистів, віддадуть державі своє майно. Нам потрібно відновлювати інфраструктуру зруйнованого Донбасу. І ці гроші стануть в нагоді для створення матеріальних і соціальних умов, за яких біженці самі повернуться додому.

Корупцію – на вила! Українцям більше не потрібно буде давати хабарі. Радикальна партія знищить хабарництво. Почне працювати суспільний антикорупційний корпус – для реакції на скарги громадян. До складу цього корпусу увійдуть безкомпромісні ветерани воєнних дій на Сході. Інший дієвий інструмент – техніка провокування хабарів із негайним затриманням і покаранням хабарника. Їх майно – офіційне і неофіційне – буде націоналізовано.

Запрацює система контролю видатків – нехай кожен чиновник доведе легальність свого майна.

Усунемо олігархів від керівництва державними підприємствами, а значить – і від розкрадання прибутків цих підприємств.

Олігархи доплатять за копійчану приватизацію підприємств, які приносять їм надприбутки. Інакше ці підприємства будуть знову повернуті державі. Радикальна партія повністю змінить особовий склад правоохоронних органів.

Політична реформа і українська влада. Повна люстрація – це проведення перевірки діяльності чиновників на місцях. Вона покаже: чи не крав, чи не брав хабарів, як ставився до людей. За результатами перевірки – чиновник або працює, або звільнений. Це значно скоротить чиновницький апарат. Залишаться лише справжні патріоти та професіонали. Працюватимуть вони краще і зарплатня у них буде вища.

Наша виборча система потребує виборів за відкритими списками. Так люди зможуть оцінити кожного і до влади потраплять лише ті, кого дійсно визнає громада – гідні, чесні, професійні.

Ми децентралізуємо владу. Надамо право обраному голові громад вільно приймати усі важливі для людей рішення – без ніяких вказівок із центру. А громада стане повноправним розпорядником земель, будівель, устаткування. Зібрані податки в більшості своїй залишаться на місцях. Адже громади самі мають відповідально використовувати ці кошти. Також минадамо громадам право проводити референдуми для вирішення важливих питань.

Система політичного управління стане гнучкою та ефективною. Таким чином ми нейтралізуємо путінські плани внутрішнього розколу України і не допустимо так звану федералізацію.

Економіка – для простих людей. Завдання радикальної партії – глибокі економічні реформи, заради відновлення національного виробництва, створення робочих місць, у першу чергу для молоді. Ми відродимо якісне виробництво повного циклу, адже борошно можна продати дорожче ніж зерно. Зараз наша країна продає за безцінь сировину – метал, зерно. На цьому наживаються олігархи, які платять людям копійки, а державі не платять нічого. А ми потім купуємо це саме залізо в сто разів дорожче у вигляді автомобілів. Досить! Наша сировина буде перероблятися українськими висококваліфікованими спеціалістами. Держава отримає гроші через просту та зрозумілу систему оподаткування. А нашим людям це принесе великі зарплати та добробут!

Допоможемо українському виробнику, роботодавцю, платнику податків. Кредити на розвиток під 5% на 10 років. Менші податки на заробітну платню, більші на сировинну продукцію олігархів. Проста звітність, мінімум перевірок та бюрократії.

Асоціація з ЄС допоможе реалізувати в Європі свою продукцію. Ми розширимо виробництво, і побудуємо його ближче до кордону із ЄС, створимо нові робочі місця.

Введемо кризовий податок для олігархів, який наповнить бюджет та зупинить інфляцію. Анулюємо в односторонньому порядку усі борги перед Росією – як відповідь на агресію. Будемо вимагати списання 75 % зовні-

шніх міжнародних кредитів, бо гроші у борг брали чиновники – казнокради.

Без села – не буде України. Ми заборонимо продаж землі і ліквідуємо нелегальний земельний ринок, на якому збагачуються товстосуми та спекулянти.

Запровадимо право оренди землі під жорстким контролем держави.

Заборонимо іноземцям розпоряджатися нашими чорноземами.

Створимо прозорий земельний кадастр, що унеможливить земельне рейдерство. Радикальна партія стане основним захисником інтересів села в парламенті.

Людям – захист, добробут, майбутнє. Людей треба захищати, поки владу не оновимо. Всеукраїнська мережа захисників прав людини боронитиме українців. Ми організуємо цільову грошову допомогу малозабезпеченим. Переглянемо систему комунальних виплат. Створимо умови для легалізації українських заробітчан. В Україні більше ніколи не буде людей другого сорту. Ми будемо країною успішних людей.

Сім'ї, в яких двоє дітей, визнають багатодітними і вони будуть отримувати відповідну допомогу.

Держава виділить на медицину в 10 разів більше коштів ніж зараз. Зробимо фельдшерсько-акушерський пункт в кожному селі.

Радикальні рішення – радикальні зміни. Радикальна партія разом з усіма українцями пройде важку науку нинішнього випробування. Вийдемо з нього сильні та мудрі і створимо нову державу. Але великі зміни відбуваються в результаті визначних рішень та дій. Це до снаги нам – новим українським політикам – енергійним та рішучим патріотам.

Тож нехай українська сила та правда переможе, нехай воля замайорить жовто-блакитним прапором над усією країною [16].

Інтернаціональні-проросійські – Комуністична партія України; Політична ідеологія – соціалізм [17]. (Марксизм-ленінізм), неокомунізм; Союзники, блоки лівих і лівоцентристських сил [18] партія Регіонів [19].

Політична програма: Політична сфера. За мету ці партії ставлять: скасування інституту президентства, демократизм державного і суспільного життя; реформа виборчого законодавства, забезпечення частки представництва у ВР України, органах місцевого самоврядування робітників, селян, інтелігенції тощо; право відкликання депутатів і суддів виборцями;виборність суддів низової ланки громадянами; система народного контролю в країні; створення рад трудових колективів; боротьба з корупцією, організованою злочинністю; ліквідація пільг і привілеїв держслужбовців; федералізація України; всебічний розвиток української мови і культури, надання статусу державної російській мові; зміна символіки України, тексту та музики Державного гімну.

Економічна політика. Модернізація та суспільний контроль над економікою, націоналізація стратегічних підприємств; створення конкурентоспроможного державного сектора економіки, енергетична незалежність; реформи АПК, ЖКГ тощо; заборона приватної власності.

Соціальна сфера. Ліквідація бідності, соціальна справедливість, система прогресивного оподаткування та державного регулювання цін, безкоштовна медицина, середня та вища освіта; повна компенсація вкладів населення в установах Ощадбанку.

Духовна сфера. Якісна молодіжна політика; збереження історичної та культурної спадщини, в тому числі радянської; посилення покарання за розповсюдження наркотиків, торгівлю людьми, проституцію, пропаганду порнографії, насильства; протидія аморальності, вульгарності, цинізму, націонал-шовінізму, ксенофобії, фальсифікації історії, фашизму, неонацизму, антикомунізму, антирадянщини; заборона неонацистських організацій в Україні, кримінальне покарання за прояви фашизму; свобода світогляду та віросповідання, світська держава. Зовнішня політика. Позаблоковий військовий статус, незалежний зовнішньополітичний курс, активна позиція щодо створення нової загальноєвропейської системи колективної безпеки, реформа ЗСУ, перегляд міжнародних угод із СОТ і МВФ, членство і активна позиція в СНД, МС і ЄЕП РФ, Білорусі та Казахстану.

Розвідувальна діяльність іноземних спецслужб спрямована на здійснення контролю політичного життя держави, формування вигідного політичного курсу України до держави суб'єкта розвідувальної діяльності та вербування агентів серед осіб, які займають керівні посади у керівнихвладних органах та політичних партіях. Так голова СБУ В.Наливайченко зазначив, про сприяння членів КПСС проникненню на територію України агресора вважає, що для забезпечення нацбезпеки в Україні слід заборонити діяльність Компартії "[20].

Крім того, об'єктами уваги іноземних спецслужб, стосовно яких здійснюється вербування розвідувальними спецслужбами іноземних країн є:

– керівники та ідеологи політичних партій, громадських об'єднань, рухів та організацій:

– народні депутати України, які входять у політичні об'єднання, рухи та мають законотворчою та законодавчою ініціативою;

– міністри Кабінету Міністрів України, які здійснюють контроль за діяльністю центральних органів виконавчої влади, їх заступники, або особи що тимчасово виконують їх обов'язки тощо;

– судді Конституційного Суду України та суддів загальної юрисдикції, які можуть розглядати та спеціалізуються на розгляді справ щодо поновлення, припинення діяльності політичних партій, громадських об'єднань, рухів, організацій тощо.

– керівники силових органів влади (СБУ, МВС, прокуратури, антикорупційного бюро), які за своїми функціональними обов'язками зобов'язані контролювати діяльність політичних партій, рухів тощо.

Іноземні спецслужби містить у собі повний набір комунікативних процесів, що умовно поділяються на чотири класи:

I. Робота з фактами:

а) збирання;

б) оцінка вірогідності;

в) аналітична робота, зіставлення факту із системою.

II. Робота з носіями фактів:

а) вербування;

б) допит;

в) лобіювання

г) залякування

III. Поширення фактів:

а) пропаганда;

б) політичні акції;

в) підтримка необхідних засобів масової комунікації [21].

IV. Передача та реалізація фактів.

Усі ці методи агентурної роботи іноземних спецслужб застосовують до об'єктів уваги членів, що входять до тих чи інших політичних партій та рухів. Особливу цінність для проросійських спецслужб є політичні партії, в програмах яких є тези про інтернаціоналізм, популізм, прихильність старим догматичним устоям, цінностям, підвищення ролі лідера в суспільстві, що ґрунтуються на марксистко – ленінській ідеології тощо.

Теорія і практика довели, що комуністична партія України була класичним корумпованим формуванням, а

її ортодоксальна частина складала ядро організованої злочинності, яка вела і веде антиукраїнську політику [22].

За цими критеріями, такі партії є союзниками країни агресора, тому, що сповідують лозунги бідних обездолених громадян і вроді би захищають трудовий народ.

Висновки.

Органи влади та управління держави повинні:

– організувати політичну систему так, щоб у ній не було місця інтернаціональним, популізьським лжедемократичним, комуністичним чи фашиським ідеологіям;

– сприяти об'єднанню політичних партій через юридичні механізми таким чином, щоб утворити два могутніх блоки наприклад: (демократичний – право радикальний) і (ліберально – центриський), щоб максимально зберегти вияв політичної волі у таких потужних блоках партій;

– створити юридичні передумови для успішного функціонування тих політичних партій та рухів, розробці програм, у яких передбачити вільний розвиток суспільства, підвищення добробуту через розвиток середнього класу малого та середнього бізнесу;

– створити такий механізм контролю за діяльністю політичних партій та рухів, щоб унеможливити вплив з буку інших політичних партій та рухів;

– створити систему фінансування політичних партій за кошти держави і виключали можливість стороннього фінансування з боку іноземних розвідувальних служб.

Держава повинна сприяти вільному розвитку політичному плюралізму, захищати вільний вияв політичної думки, а саме:

– створити чіткий механізм багатопартійного функціонування партій влади та опозиційних партій, що убезпечить від проникнення агентів спецслужб у невдоволене політичне середовище.

– створити рівні умови приходу до влади усіх зареєстрованих, відповідаючи програмним засадам держави партіям, блокам, рухам приходу до влади через вибори до усіх органів влади через відкритих партійні списки членів партії.

Отже, створення двох могутніх політичних блоків дасть можливість більш ефективніше функціонувати органів влади та управління, що дозволить активно протидіяти агентурі іноземних спецслужб.

Список використаної літератури

1. Політологічний енциклопедичний словник. За ред. Ю. С. Шемшученка, В. Д. Бабкіна. – Київ, видавництво "Генеза", 1977
2. Чигирин Ю.Ю. "Політична ідеологія: минуле, сучасне, майбутнє", Фонд політичних стратегій ім. Джона Кеннеді. – К. : ДП "Видавництво Зовнішня торгівля", 2004. – 45с. – Бібліогр.: с. 43-45. – ISBN 966-8517-06-7.
3. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
4. Ирхин Ю. В., Зотов В. Д., Зотова Л. В. Политология: Учебник. – М.: Юристъ, 2002. – 511 с.
5. Юрій М. Ф. Політологія : Навчальний посібник/ – К.: Дакор, КНТ, 2006.- 416 с.
6. Політологія. Підручник // За загальною редакцією проф. Кременя В. Г., проф. Горлача М. І.– Харків: Друкарський центр "Єдіно-рог", 2001. – 640 с.
7. Хто є хто в європейській та американській політичній науці. Малий політологічний словник / За ред. Б.Кухти. – Львів: Кальварія, 1997. – 288 с.
8. Білоус А.О. Політико-правові системи: світ і Україна: Навч. посібник. – К.: АМУПП, 1997. – 200 с.
9. *Гусарєв С. Д.,Олійник А. Ю., Слюсаренко О. Л.* Теорія права і держави: Навчальний посібник. – К.: Всеукраїнська асоціація видавців "Правова єдність", 2008. – 270 с.
10. Етимологічний словник української мови: В 7 т. / АН УРСР. Ін-т мовознавства ім. О. О. Потебні; Редкол. О. С. Мельничук (головний ред.) та ін. – Т. 1: А – Г / Укл.: Р. В. Болдирєв та ін. – 1982. – 632 с.
11. Українська політологія: витоки та еволюція / За ред. Ф.М.Кирилюка. – К.: Ватра, 1995. – 328 с.
12. Ніконенко В.М. Політологія (курс лекцій). – Тернопіль, 1992. – 256 с.
13. "Про політичні партії в Україні". Закон України. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2001, N 23, ст.118.
14. Затверджено Позачерговим з'їздом Політичної партії "Всеукраїнське об'єднання "СОЛІДАРНІСТЬ"" Рішення № 12 від 27.08.2014 р.
15. Програма Радикальної Партії Олега Ляшка.| Слава Нації. https://vk.com/topic.
16. Сайт Радикальної партії Олега Ляшка http://liashko.ua/program.
17. Бебик В. М. Політологія для політика і громадянина: Монографія. – К.: МАУП, 2003. – 424 с.
18. Політологічний енциклопедичний словник / За ред. Ю. С. Шемшученка, В. Д. Бабкіна. – К.: Генеза, 2004. – 736 с.
19. Сайт Комуністичної партії України http://www.kpu.ua/uk/page/programmakpu.
20. Наливайченко В. О. Для обеспечения госбезопасности необходимо запретить КПУ. Источник: Цензор.НЕТ. 09.11.14 21:29 http://censor.net.ua/n311065
21. Плэтт В. Информационная работа стратегической разведки. – М., 1958 – 341 с.
22. Сервецький І.В. Теорія і практика боротьби з організованою злочинністю та корупцією в економіці України.// Матеріали конференції. Організаційно – правові проблеми економічної безпеки України та кадрове забезпечення їх вирішення. – Львів, 1995. – С.36-38.

Надійшла до редколегії 03.08.15

И. Сервецкий, д-р юрид. наук, доц., проф.,
И. Дулкай, курсант
Национальная академия внутренних дел, Киев, Украина

ПОЛИТИЧЕСКАЯ СФЕРА – ГЛАВНЫЙ ОБЪЕКТ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ИНОСТРАННЫХ РАЗВЕДЫВАТЕЛЬНЫХ СПЕЦСЛУЖБ

В статье рассматриваются вопросы построения политической системы Украины. Отдельно исследуются вопросы международных идеологий: коммунистической, фашистских, которые создают основу для деятельности иностранных спецслужб.

Ключевые слова: политические партии, преступная идеология, деятельность иностранных спецслужб.

I. Servetskyy, doctor of legal Sciences, associate Professor,
I. Dulkay, cadet
National Academy of internal Affairs, Kyiv, Ukraine

POLITICAL RELATIONS – THE MAIN OBJECT OF FOREIGN INTELLIGENCE SECURITY SERVICES

The article deals with the construction of Ukraine's political system. Separately researched the issue of international ideologies: communist, fascist, which form the basis for foreign intelligence services.

Keywords: political parties, criminal ideology, the activities of foreign intelligence services.

УДК349.6

Е. Позняк, канд. юрид. наук, доц.
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ

СОЦІАЛЬНО-ПСИХОЛОГІЧНІ ОСОБЛИВОСТІ ЕКОЛОГІЧНОГО МИСЛЕННЯ СТУДЕНТІВ-ПРАВНИКІВ В УКРАЇНІ

Статтю присвячено дослідженню правових та соціально-психологічних особливостей екологічного мислення студентів – майбутніх правників, екологічна культура, свідомість, світогляд яких формуються під впливом правових норм, у процесі освіти й виховання. Пропонується внесення змін та доповнень до законодавства України з метою вдосконалення правового регулювання еколого-освітянських відносин, екологічного виховання та формування екологічного стилю мислення у студентської молоді.

Ключові слова: екологічна культура, еколого-правова культура, екологічне мислення, екологічний стиль мислення, навколишнє природне середовище, студенти-правники.

Законодавчі [1] положення про людину, її життя і здоров'я як найвищі соціальні цінності, сприяння державі консолідації та розвиткові української нації, її історичної свідомості, традицій і культури, розвиткові етнічної, культурної, мовної та релігійної самобутності є найбільш вагомими правовими засадами культури, які відображають її зміст.

Свого часу В.І. Вернадський зазначав про те, що людство, взяте в цілому, стає потужною геологічною силою, перед ним, перед його думкою і працею постає питання про перебудову біосфери в інтересах вільно мислячого людства як єдиного цілого [5, с. 480]. Тож належний рівень екологічного мислення студентської молоді, в тому числі студентів правничих навчальних закладів та факультетів, сьогодні відображає рівень суспільної екологічної та еколого-правової культури, а це обумовлює ефективність правового регулювання екологічних відносин у майбутньому, свідчить про рівень розвитку держави. Надання екологічної освіти та впровадження екологічного виховання є ефективним способом підвищення екологічної культури та свідомості студентської молоді. Очікується формування такого екологічного мислення, що спонукатиме їх до позитивного й заощадливого ставлення до природи та її багатств на засадах сталого розвитку, зменшення кількості порушень екологічного законодавства, оновлення еколого-політичних орієнтирів з огляду на військовий конфлікт та фактичний стан війни на території нашої держави.

Правові проблеми екологічного мислення як важливого чинника екологічної політики нашої держави у сфері охорони навколишнього природного середовища, раціонального використання, охорони й відтворення природних ресурсів, забезпечення екологічної безпеки стали предметом розгляду цілого ряду вчених – представників вітчизняної та зарубіжної науки. Дослідження психології формування екологічної культури людини та її екологічної свідомості, формування екологічного мислення під впливом правових норм, екологічної освіти й виховання характеризується комплексністю та міжгалузевим характером. З одного боку, соціальні, правові, власне екологічні та інші проблеми екологічної культури досліджували такі вчені як В.І. Андрейцев, Г.І. Балюк, Б.В. Єрофєєв, О.І. Казанник, М.В. Костицький, С.М. Кравченко, М.В. Краснова, В.С. Крисаченко, В.В. Петров, М.Ф. Реймерс, Ю.С. Шемшученко та багато інших. З іншого боку, сучасні психологічні аспекти екологічної культури та її елементів досліджували такі вчені як О.В. Білоус, С.Д. Дерябо, А.М. Льовочкіна, О.В. Рудоміно-Дусятська, В.О. Скребець, Л.В. Смолова, Ю.М. Швалб та ін. Безпосередньо психологічні особливості екологічного мислення у студентів на дисертаційному рівні дослідила С.А. Кравченко. Частково даної проблематики торкалась і автор цієї статті.

Проте, більш повного вивчення потребує дослідження проблем формування екологічного мислення у студентів – майбутніх правників, що повинно здійснюватись за допомогою міжгалузевих підходів. Запропонована до розгляду публікація є власне продовженням аналізу міждисциплінарних підходів до проблем екологічної культури, свідомості, світогляду в процесі набуття студентами юридичних факультетів та юридичних вищих навчальних закладів еколого-правових знань з метою подальшого їх використання у професійній діяльності [16, с. 127 – 131; 18, с. 24 – 28], формування та розвитку в них екологічного мислення [17, с. 27 – 31], а також впливу на суспільні екологічні відносини в державі, підтримання екологічної рівноваги. Пропонується дослідження даної тематики крізь призму процесу екологічного мислення та формування екологічного стилю мислення студентської молоді.

Метою цієї статті є дослідження наявних міждисциплінарних та міжгалузевих підходів до розуміння екологічного мислення людини, яке формується під впливом еколого-правових та інших підходів і є важливим чинником формування державної екологічної політики, виявлення змісту екологічного стилю мислення. Розкриттю мети дослідження сприяло вирішення таких завдань, як аналіз наукових, політико-концептуальних та інших підходів і чинного законодавства щодо формування екологічного мислення у студентів – майбутніх правників у контексті екологічної та еколого-правової свідомості й культури, в рамках екологічного світогляду.

Мислення як психічний процес у цілому виражається в пізнавальній діяльності індивіда і характеризується узагальненим та опосередкованим відображенням дійсності. Специфіка ж саме екологічного мислення, на думку А.М. Льовочкіної, полягає в тому, що індивід мислить у категоріях, за допомогою яких будується система "індивід – середовище", відображається взаємодія та взаємозв'язок індивіда і середовища – природного, штучного, соціального [12, с. 10]. Екологічне мислення відображає екологічну реальність, що існує в рамках духовної та матеріальної екологічної культури людини і суспільства, і саме ця реальність втілюється в образ екологічної кризи постчорнобильського періоду, що визнається вченими та законодавством. За словами В.О. Скребця, психічні стани людей, їх самопочуття і настрої деформуються під впливом екогенної катастрофи, як трагічної життєвої події [20, с. 18]; це не може не позначатись на глибині, послідовності, логічності та інших характеристиках екологічного мислення [17, с. 28].

Д.Ф. Оуен відмічає здатність людини завдяки її екологічному мисленню передбачати деякі події та не допускати більш катастрофічних явищ, як-то виникнення ядерних війн або застосування проти незахищеного населення смертельно небезпечних мікроорганізмів чи токсинів [14, с. 169].

Екологічне мислення вчені-правники пропонують розглядати як спрямованість мислення, своєрідний для нього стиль; більш високий рівень мислення порівняно з технократичним та споглядальним, оскільки воно має не лише об'єднувати ці два стилі, синтезувати їх,

© Позняк Е., 2015

але й бути рівнем більш високого рангу, виступати повнішим, ширшим і глибшим за характером; повинно забезпечувати бачення екологічного зрізу буття, виживання людства [8, с. 71].

Єдність екологічної свідомості та екологічної діяльності виявляється у рівні сформованості екологічної культури як на індивідуальному, так і на суспільному рівнях, та фіксується в усталених та прийнятих соціокультурних нормах і цінностях [13, с. 4]. Еколого-правова свідомість передбачає не лише знання норм природоохоронного законодавства, але і їх розуміння, усвідомлення необхідності їх виконання. Вона слугує основою юридичної оцінки екологічних відносин, основою напрацювання певного відношення до вимог еколого-правових норм, бере участь у формуванні еколого-правової культури, світогляду, екологічного стилю мислення [10, с. 63].

Професійна діяльність значною мірою визначає їх особливості, приміром, правоохоронна та правозастосовна діяльність обумовлює наявність у правника високого рівня правової культури та правосвідомості в регулюванні суспільних відносин (у т.ч. екологічних) у мисленнєво-мовленнєвих конструкціях за допомогою законодавчого інструментарію [17, с. 28]. Так, до запропонованої С.М. Кравченко структури еколого-правової культури поряд з такими її елементами як стан екологічного законодавства, стан еколого-правової свідомості, стан правозастосовної діяльності правоохоронних та спеціальних природоохоронних органів, стан законності та правопорядку, еколого-правове виховання та освіта [9, с. 25; 10, с. 50] – пропонуємо додати такий важливий її елемент як екологічне мислення.

Екологічний стиль мислення як правова категорія не визнається ключовим поняттям в системі соціально-психологічних факторів ефективності правових норм, які регулюють екологічні відносини [17, с. 28]. В числі цих факторів Законом України "Про охорону навколишнього природного середовища" від 25 червня 1991 р. закріплено положення про необхідність формування у населення екологічного світогляду (ст. 3), однак не розглядається важливість і необхідність підвищення рівня екологічної культури та формування екологічного мислення як динамічних характеристик розвитку особистості. Підвищення рівня суспільної екологічної свідомості визначено в якості важливої стратегічної цілі державної екологічної політики, як зазначається в Стратегії державної екологічної політики України на період до 2020 р., затвердженій Законом України від 21 грудня 2010 р. (розділ 3). На думку М.В. Краснової, в цьому вбачається сучасний концепт екологічного права, як відповідної ідеології по врахуванню економічних, екологічних та духовних атрибутів природи [11, с. 7].

У зв'язку з цим зазначимо, що екологічна політика розглядається як цілеспрямована і скоординована діяльність усіх ланок державної влади, які з урахуванням покладених Конституцією держави повноважень мають перевести політичні ідеї та декларації в життя по всіх напрямах екологічної політики – забезпечення екологічної безпеки, відвернення та унеможливлення настання екологічних ризиків та викликів з орієнтацією на охорону життя і здоров'я громадян, забезпечення належної якості природних та антропогенних ландшафтів (довкілля), економного використання природних ресурсів та ін. [2, с. 32].

На наш погляд, новою ознакою екологічного стилю мислення стає екосистемність [16, с. 128], що пропонується розглядати як принцип екологічного права, який покладений в основу правового регулювання екологічних відносин, та дозволяє вирішувати екологічні проблеми сучасності комплексно [15, с. 41]. Принцип екосистемності лежить в основі забезпечення екологічної рівноваги в екосистемах і екологічного балансу біологічних процесів, порушених під впливом антропогенної діяльності та природних стихійних явищ, – засобами міжнародно-правового регулювання і розвитком екологічного законодавства в національних системах держав-учасниць міжнародно-правових договорів [17, с. 29].

Очевидно, екосистемність є однією з найважливіших характеристик екоцентричного типу екологічної свідомості (на противагу антропоцентричному та природоцентричному типам) [17, с. 29]. Як зазначається в науковій літературі, цей тип свідомості характеризується тим, що у відносинах людини та навколишнього середовища наголос робиться на гармонії, взаємозв'язку, взаємодії та взаєморозвитку; розвиток природи та людини мислиться як процес коеволюції, взаємовигідної єдності [6, с. 150; 12, с. 16; 19, с. 9].

В якості функціональної характеристики свідомості особистості розглядається її екологічність [4, с. 3], яка історично формується на ноосферних засадах в руслі концепції сталого розвитку. У правовому сенсі сталий розвиток – об'єктивне явище правової дійсності, яке має своє відображення у внутрішньому (суб'єктивному) світі та в екологічному мисленні кожної людини. Можливо, слід вести мову про сталий розвиток кожної людини в екологічних умовах, що склались, і досягненням якого є зміна мислення, а як результат – зміни свідомості, культури, розширення світогляду. Концепція сталого розвитку суспільства, як такого, що надійно забезпечує збереження довкілля і задоволення потреб не лише нинішнього, а й наступних поколінь людства, як зазначає Г.І. Балюк, виникла в результаті осмислення та глибокого вивчення глобальних проблем [3, с. 10]. Тож її виваженість та обґрунтованість стали результатом глибокого, всебічного та комплексного аналізу екологічної проблематики на рівні Організації Об'єднаних Націй та всього міжнародного співтовариства.

Слід додати, що пріоритетними на шляху реалізації засад сталого розвитку стають питання культурологічного характеру [11, с. 7]. Українська ментальність традиційно розвивалася в екологічному спрямуванні, створювалася за умов змістовної орієнтації індивідуальної і суспільної свідомості на людину, націю, духовну культуру, загальнолюдські інтереси, морально-етичні та естетичні цінності. Екологічний же контекст означених понять супроводить їх сутнісно зсередини, оскільки в українському етносі людина і способом життя, і культурою своєю орієнтована в довкілля, не зважати на яке просто неможливо [20, с. 11]. Екологічного впливу зазнала і правова культура, на якій позначився процес екологізації суспільного життя, виробничих відносин, переважної більшості галузей права.

Слід погодитись з тим, що збалансований розвиток включає в себе багато складових, але він неможливий без зміни природоохоронного світогляду всіх громадян, без екологічної освіченості, свідомості, культури суспільства. Саме від людей залежить, чи зменшуватимуться викиди, що забруднюють атмосферу, чи не шкодитимуть відходи виробництва й життєдіяльності людей довкіллю тощо. Ці напрями мають стати пріоритетними для влади [3, с. 11].

Сучасне екологічне право є найбільшим виразником уявлень та поглядів про природу, в якому зведені до стандартів правила поведінки й ідеологія дій людей у взаєминах з природою. Така характеристика екологічного права робить його кардинально відмінним від усієї системи сучасного права та значною мірою впливає на розроблення філософсько-правової ідеології – концепту природи в екологічному праві, яка формується на засадах суджень і критеріїв для використання природи у суспільному виробництві [11, с. 7].

Отож важливим завданням науки й освіти є подолання егоцентричного мислення, що є проявом егоцентричної свідомості та стає бар'єром для формування широти мислення, перешкоджає становленню екологічної культури [13, с. 19] у її національних традиціях [17, с. 29]. Таким чином, можна стверджувати про важливість формування в рамках екологічної культури екологічного – екоцентричного – стилю мислення.

Розвитку екологічного мислення сприяє високий рівень інтенсивності (як сили прояву відношення), прагнення до діяльності еколога і синтетичний когнітивний стиль [7, с. 5]; він як і процес пізнання дійсності взагалі, стане більш ефективним, якщо базуватиметься на сучасних наукових знаннях і теоретичних уявленнях [12, с. 10]. Психологічні механізми ефективного розвитку екологічного мислення реалізуються через систему підготовки, яка дозволяє формувати мислення як інтегроване, засноване на інтердисциплінарному теоретичному синтезі [7, с. 21].

Найбільш інтегрованими та системними є еколого-правові знання, які молодь може отримати під час навчання у вищих навчальних закладах, адже, як зазначається у ч. 1 ст. 7 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища", підвищення екологічної культури суспільства і професійна підготовка спеціалістів забезпечуються загальною обов'язковою комплексною освітою та вихованням у галузі охорони навколишнього природного середовища, зокрема в системі професійної та вищої освіти.

Сучасні екологічні проблеми і пошуки шляхів їх вирішення, на думку Г.І. Балюк, є передумовами запровадження нової моделі освітньої системи XXI ст. Така система покликана поєднати в собі все позитивне з минулого і сучасного, а також повинна бути орієнтована на формування якісно нової людини – людини екологічної, оскільки витоки екологічних проблем слід шукати, перш за все, в самій людині, в особливостях її "людських якостей" [3, с. 10 – 11]. Законом України "Про вищу освіту" від 1 липня 2014 р. до основних завдань вищого навчального закладу віднесено, з-поміж іншого, формування особистості шляхом патріотичного, правового, екологічного виховання, утвердження в учасників освітнього процесу моральних цінностей, соціальної активності, громадянської позиції та відповідальності, здорового способу життя, вміння вільно мислити та самоорганізовуватися в сучасних умовах (п. 4 ч. 1 ст. 26).

Серед завдань, які ставляться перед студентами – майбутніми юристами – при вивченні ними еколого-правових дисциплін, – оволодіння вмінням проводити аналіз наявних державно-правових та інших механізмів забезпечення екологічних правовідносин, створення моделей законодавчого та підзаконного нормативно-правового регулювання конкретного виду екологічних відносин у заданій правовій ситуації (казусі), формування прогностичних оцінок подальшого розвитку екологічного права й законодавства з урахуванням європейських та міжнародних підходів [17, с. 29]. Володіння еколого-правовими знаннями доповнює комплекс екологічних знань будь-якого фахівця у сфері екології, адже екологічні знання є обов'язковою кваліфікаційною вимогою для всіх посадових осіб, діяльність яких пов'язана з використанням природних ресурсів та призводить до впливу на стан навколишнього природного середовища у відповідності до ч. 2 ст. 7 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища". Таким чином, у процесі підготовки спеціально визначеними вищими та професійними навчальними закладами спеціалістів у галузі охорони навколишнього природного середовища та використання природних ресурсів з урахуванням суспільних потреб (ч. 3 ст. 7 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища") набуття студентами еколого-правових знань як важливої складової правових знань сприятиме екологізації освіти в цілому.

Не зважаючи на відсутність в нашій державі законів, які б регулювали державну політику в сфері екологічної освіти, а також виховання екологічної свідомості та культури, які б містили положення зі сталого розвитку [3, с. 12], екосистемності й ноосферних засад екологічно значимої діяльності, формування екологічного стилю мислення, попри нескоординованість зусиль фахівців освітянської сфери та декларативність законодавчих положень про здійснення в Україні систематизації екологічного законодавства, проблеми формування еколого-психологічної складової особистості студента-правника залишаються.

На юридичному факультеті Київського національного університету імені Тараса Шевченка науковий аналіз правових питань щодо екологічної культури, свідомості й екологічного стилю мислення входить до положень основних курсів і спецкурсів, які викладаються студентам за освітніми ступенями бакалавра і магістра спеціалізації "Екологічне та природоресурсне право", запровадженої у 2010 р. Підвищення професійної підготовки молодих науково-педагогічних працівників, аспірантів і здобувачів з актуальних проблем еколого-правових досліджень – один з перспективних напрямів роботи кафедри екологічного права [18, с. 27].

Як показує досвід, наукові пошуки молодих дослідників, як студентів бакалаврату, так і тих, хто здобуває освітній ступінь магістра права, їх роздуми над шляхами вдосконалення екологічного законодавства охоплюють увесь спектр еколого-правових проблем [17, с. 29]. Найбільш актуальні проблеми стають предметом розгляду учасників науково-практичного гуртка з екологічного права, який здійснює свою діяльність на юридичному факультеті.

Крім звичного навчального процесу, розвиток екологічного мислення у студентів можливий у процесі творчих тренінгів і залежить від психологічного впливу застосовуваних умов і особистісних особливостей студентів [7, с. 5], у тому числі й студентів-правників. Психологічна наука потребує напрацювання інструментарію для вимірювання рівня прояву екологічного мислення [12, с. 52] і має враховувати особливості навчального процесу в студентів, специфіку навчальних предметів, рівень викладання, деонтологічні підходи в професії, яку вони здобувають, зрештою – особливості кредитно-модульної системи та ін.

Отже, виконання зазначених завдань не лише підвищуватиме рівень екологічного мислення студентської молоді, але й дозволить сформувати екологічний стиль мислення, який вважаємо однією з найважливіших характеристик екологічної культури особистості, проявом та елементом екологічної свідомості, запорукою розвинутого екологічного світогляду [17, с. 29 – 30]. Екологічний стиль мислення формується у результаті виховання та набуття екологічних і еколого-правових знань, опрацювання екологічно значимої інформації, вирішення теоретичних та практичних завдань, накопичення практичного досвіду в екологічних правовідносинах. За допомогою мислення, на основі свідомого відношення людини або соціальних груп до життя в конкретних екологічних (а також еколого-правових) умовах, формується екологічний світогляд, який включає в себе світосприйняття, світорозуміння, світопереживання. Для екологічного світогляду характерний екологічний стиль мислення, наявність екологічної та еколого-правової свідомості й культури, на які значною мірою впливають процеси вдосконалення законодавства. Зрештою, екологічне мислення можна вважати показником екологічного світогляду людини.

Список використаних джерел

1. Законодавчі та інші нормативні акти наведено у відповідності з офіційним сайтом Верховної Ради України // www.rada.gov.ua.
2. Андрейцев В.І. Екологічне право і законодавство суверенної України: проблеми реалізації державної екологічної політики [текст]: моногр. / В.І. Андрейцев. – Д.: Національний гірничий університет, 2011. – 373 с.
3. Балюк Г.І. Правове забезпечення екологічної складової сталого розвитку: проблеми законодавчого регулювання, створення екологічної столиці світу та удосконалення екологічної освіти в Україні // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – 2012. – Вип. 92. – С. 9 – 13.
4. Білоус О.В. Психологічні характеристики екологічності свідомості особистості: Автореф. дис. … канд. психол. наук: 19.00.01: "загальна психологія, історія психології" / О.В. Білоус. – К.: Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2006. – 18 с.
5. Вернадский В.И. Биосфера и ноосфера / В.И. Вернадский: предисловие Р.К. Баландина. – М.: Айрис-пресс, 2009. – 576 с.
6. Дерябо С.Д. Экологическая психология: диагностика экологического сознания / С.Д. Дерябо. – М.: Московский психолого-социальный институт, 1999. – 310 с.
7. Кравченко С.А. Психологічні особливості розвитку екологічного мислення у студентів: Автореф. дис. … канд. психол. наук: 19.00.01: "загальна психологія, історія психології" / С.А. Кравченко. – К.: Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 1996. – 24 с.
8. Кравченко С.М., Костицький М.В. Екологічна етика і психологія людини / С.М. Кравченко, М.В. Костицький. – Л.: Світ, 1991. – 104 с.
9. Кравченко С.Н. Реализация права в охране окружающей среды (социально-психологические условия): Автореф. дисс. … д-ра юрид. наук: 12.00.06: "сельскохозяйственное право; земельное, водное, лесное и горное право, экологическое право" / С.Н. Кравченко. – Х.: Украинская ордена Трудового Красного Знамени юридическая академия им. Ф.Э. Дзержинского, 1991. – 42 с.
10. Кравченко С.Н. Социально-психологические аспекты правовой охраны окружающей среды / С.Н. Кравченко. – Львов: Выща школа, 1988. – 156 с.
11. Краснова М.В. Методологічні засади сучасного екологічного права / М.В. Краснова // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – 2012. – Вип. 92. – С. 5 – 8.
12. Льовочкіна А.М. Психологічні засади формування екологоорієнтованої свідомості: монографія / А.М. Льовочкіна. – Житомир: Вид-во ЖДУ ім. І. Франка, 2011. – 422 с.
13. Льовочкіна А.М. Психологія розвитку екологічної культури студентської молоді: Автореф. дис. … д-ра психол. наук: 19.00.07 "педагогічна та вікова психологія" / А.М. Льовочкіна. – К.: Інститут психології імені Г.С. Костюка НАПН України, 2013. – 38 с.
14. Оуэн Д.Ф. Что такое экология?: Пер. с англ. М.О. Долетбакова / Денис Франк Оуэн. – М.: Лесн. пром-сть, 1984. – 184 с.
15. Позняк Е.В. Принцип екосистемності в екологічному праві: поняття та зміст / Е.В. Позняк // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – 2013. – Вип. 4 (98). – С. 39 – 42.
16. Позняк Е.В. Психологічні особливості екологічної свідомості студентської молоді – майбутніх правників / Е.В. Позняк // Актуальні питання педагогічних та психологічних наук: наукові дискусії: Збірник тез міжнародної науково-практичної конференції: (м. Харків, Україна, 14 – 15 листопада 2014 року). – Харків: Східноукраїнська організація "Центр педагогічних досліджень", 2014. – С. 127 – 131.
17. Позняк Е.В. Соціально-психологічні особливості екологічного мислення студентів-правників / Е.В. Позняк // Психологія та педагогіка: необхідність впливу науки на розвиток практики в Україні. Збірник тез наукових робіт учасників міжнародної науково-практичної конференції (м. Львів, 27 – 28 лютого 2015 року): – Львів: ГО "Львівська педагогічна спільнота", 2015. – С. 27 – 31.
18. Позняк Е.В. Теоретико-правові засади екологічної культури в Україні // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – 2012. – Вип. 92. – С. 24 – 28.
19. Рудоміно-Дусятська О.В. Екологічна психологія. Навч. посіб. / О.В. Рудоміно-Дусятська. – К.: Інститут післядипломної освіти Київського національного університету імені Тараса Шевченка, 2001. – 71 с.
20. Скребець В.О. Особливості екологічної свідомості в умовах наслідків техногенної катастрофи: Автореф. дис. … д-ра психол. наук: 19.00.01: "загальна психологія, історія психології" / В.О. Скребець. – К.: Інститут психології ім. Г.С. Костюка АПН України, 2006. – 32 с.

Надійшла до редколегії 23.08.15

Э. Позняк, канд. юрид. наук, доц.
Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Киев, Украина

СОЦИАЛЬНО-ПСИХОЛОГИЧЕСКИЕ ОСОБЕННОСТИ ЭКОЛОГИЧЕСКОГО МЫШЛЕНИЯ СТУДЕНТОВ-ЮРИСТОВ В УКРАИНЕ

Статья посвящена исследованию правовых особенностей экологического мышления студентов – будущих юристов, экологическая культура, сознание, мировоззрение которых формируется под влиянием правовых норм, в процессе образования и воспитания. Предлагается внесение изменений и дополнений к законодательству Украины с целью улучшения правового регулирования эколого-образовательных отношений, экологического воспитания и формирования экологического стиля мышления у студенческой молодежи.

Ключевые слова: окружающая природная среда, студенты-юристы, экологическая культура, эколого-правовая культура, экологическое мышление, экологический стиль мышления.

E. Pozniak, PhD, Associate Professor
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

SOCIALLY-PSYCHOLOGICAL FEATURES OF ECOLOGICAL THINKING OF LAW STUDENTS IN UKRAINE.

The article investigates the legal characteristics of ecological thinking of future law students, environmental culture, consciousnessand world outlook of which are formed under the influence of legal norms in the process of education. The author suggests amendments and additions to the Ukrainian legislation in order to improve the legal regulation of ecologically-educational relations and formation of ecological way of thinking among the students and youth.

Key words: environment, law students, ecological culture, ecological and legal culture, ecological thinking, ecological style of thinking.

УДК 94 (4) "313/1453"; 347. 237

Л. Дячук, канд. іст. наук, доц., докторант
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ

ІНСТИТУТ РОЗЛУЧЕННЯ В РАННЬОВІЗАНТІЙСЬКОМУ ПРАВІ ДОБИ ЮСТИНІАНА

В статті досліджується проблема припинення шлюбу через розлучення за конституціями та новелами Юстиніана. Нормативно-правові акти імператора досліджуються на аксіологічній основі християнських цінностей з врахуванням особливостей ментальності тогочасного соціуму. Звертається увага на еволюційні зміни нормативних положень про розлучення і з'ясовуються їх соціальна та духовна обумовленність. Проблема розлучення регулюється у Юстиніана за принципом авдекватної відповідальності винної сторони і відповідної компенсації постраждалій стороні, в контексті рівності прав і обов'язків суб'єктів розлучення.

Ключові слова: припинення шлюбу, види розлучень, правові джерела, новели, причини розлучень, юридична відповідальність, майнові штрафи, кримінальні злочини, права дітей, християнські цінності.

Розглядаючи проблему припинення шлюбу у різних формах в межах другого етапу ранньовізантійського права, який пов'язаний з імператором Юстиніаном, слід зауважити, що визначення окремого етапу в межах ранньовізантійського права зумовлено не тільки особливостями конституцій імператора та його новел як нової форми права у віломій мірі тотожної з попередньою, завдяки якій відбулися суттєві правові зрушення, а також створення нового типу кодифікованих юридичних збірників, які за своїм масштабом та юридичним

© Дячук Л., 2015

призначенням не мали прецедентів в історії попереднього законодавства та права. Отже, в добу Юстиніана у сфері права відбуваються важливі зміни реформаторського змісту, що як правило, пов'язуються з його законодавчо-кодифікаційними заходами, в результаті яких з'явилися три відомих кодекси як Codexrepetitaepraelectionis, DigestaetInstitutiones, що разом з систематизованими пізніше ConstitutionesNovellae увійшли у звід права Юстиніана – CorpusJurisCivilis.

Однак, категорія *Законодавство Юстиніана* використовується також і у вузькому розумінні цього словосполучення. Мова йде про конституції і новели, які безпосередньо належали реформатору римського та греко-римського права. В контексті інституту розлучення, це стосується трьох конституцій Кодексу (С. 5.17.10; 11; 12) та низки новел, серед яких, перш за все, йдеться про новелу 535 р. (Nov. 22), 542 р. (Nov.117) та 556 р. (Nov.134).

Перші монографічні дослідження окрім Дмитрія Хоматіана, який в своїх epistulo зупинився на традиційних і нестандартних причинах розлучення, з'явилися у добу агонального, а згодом антагоністичного протистояння представників Реформації та Контрреформації. В 1551 році з'являється дослідження монографічного типу про розлучення – "Tractatio de repudiis et divortiis" [1]. Його автором був вихідець з стародавнього бургундського роду, випускник Орлеанського університету, професійний юрист, філолог-елінніст, теолог, публіцист, соратник Кальвіна та глава кальвіністської Церкви в Женеві після останнього, один з популярних громадських діячів у Франції, Німеччині та Швейцарії доби Реформації, Теодор Беза (*TheodoresdeBèze* або *de-Besze*) (*фр.*) (1519 – 1605 рр.) [2]. У цей же час і також у протестантському середовищі з'являється наступне дослідження щодо проблеми розлучення – "Libellus de Coniugio, Repudio & divortio" (1572 р.), автором якого був данський мислитель лютеранського напряму Niels Hemmingsen (відомий за публікаціями, як Nicolao Hemmingio) (1513-1600) [3, с.1-180], випускник Віттенбергського університету, учень знаменитого Меланхтона, лютеранський теолог, автор численних теологічних праць та *Синтагми християнських інституцій* (1574 р.) [4].

Наступні дослідження про розлучення з'явились вже у в кінці XVIII та на поч. XIX ст. Вони з'явилися в умовах розвитку таких наукових напрямів дослідження римського права, як desheutigenrömischenRechts [5] та Ususmodernuspandectarum [6]. Це була серія досліджень виключно про розлучення в умовах актуалізації даної проблеми на території низки німецьких держав, але переважно в Пруському королівстві. Серед них присутні *як* світські дослідники, *так і* вчені-клірики різних конфесій:Johann Karl FürchtegottvonSchlegel(1780; 1809) [7], *Anton Josef* Binterim (1819) [8], GeorgFriedrichPuchta (1843) [9], EmilWilhelmKlee (1844) [10], Ferdinand Fischer (1855) [11], Hermann Hoyer, (1859) [12], Adolf von Harleß (1861) [13], Philipp Karl LudwigZorn (1889) [14]. Більшість з праць названих авторів з'явилися для підготовкою нового закону про розлучення Пруській державі, а пізніше в Німецькій імперії [15].

В численних **дослідженнях** системи та догми (Н. Рождественский [16, с. 47-53], Г. Дернбург [17, с. 23-24], Л. Загурский [18, с. 57-65], К. Митюков[19, с. 251-253], Ю. Барон [20, с. 853-854])та історії римського і греко-римського права (IV – VI ст.) (Ф. Шулин [21, с. 226-235], В. Ефимов [22, с. 279-281], Н. Боголепов [23, с. 614-615], В. Хвостов [24, с. 394-396], Й. Покровский [25, с. 430], А. Колотинский [26, с. 267], М. Kazer [27, с. 174-179]), які опиралися на попередній юридичний досвід, правові джерела та нормативно-правові акти про розлучення законодавства Юстиніана (у вузькому розумінні), досліджувались, переважно, за системним методом та в контексті системи права чи усієї правової системи з відповідною систематизацією норм розлучення.

Звичайно, вказані дослідження не втратили наукового значення, оскільки саме в XIX ст. окрім фундаментальних досліджень юристів європейських країн, передусім німецькі дослідники-романісти створили так зване *сучаснеримське право* (*dasheutigeromanischeRecht*), було систематизовано в створеній ж ними *Pandektenwissenschaft* (Georg Fridrich Puchta, Karl Adolph von Vangerow, Georg Arnold Heise, Berchard Windscheid, Oscar von Bülow), на основі *Usus modernus pandectarum* ("*Сучасне використання пандектів*") [6], а також **"*Begriffsjurisprudenz*" ("*Юриспруденція понять*"**[28]. Здобутки німецьких дослідниківуже у ті часи застосовуються в *загальних курсах* римського права з характерними теоретичними вдосконаленням та запровадженням і застосуванням новелістичної юридичної лексики, невідомої в аутентичних римських правових текстах. Більше того, уже на основі нових теоретичнометологічних концепцій, з'явдяються окремі дослідження монографічної форми про розлучення, наприклад Л. Казанцева [29], Mireille Corbier про про розлучення і усиновлення [30], про основні поняття інституту розлучення divortium та repudium іспанської дослідниці Maria-Eva Fernandez Baquero [31], Carla Fayer – комплексне дослідження різнобічних аспектів трьох найважливіших інститутів римського права – конкубінат, розлучення та адюльтер – від Ромула і до Юстиніана [32].

Однак, на сучасному етапі римське право, за винятком Італії і, очевидно, декількох інших країн, а також європейських університетів XIX та початку XX ст., викладається переважно або й виключно в контексті системних чи догматичних підходів, що, звичайно, менш стимулює історико-правові, культурологічні, філософські, соціологічні та інші наукові дослідження. Отже, **наша мета** (в частині правового аналізу відповідних джерел) полягає в тому, щоб з врахуванням попереднього юридичного досвіду з даної проблематики, проаналізувати тенденції відповідніх зміни і дослідити правові норми інституту розлучення з конституцій та новел Юстиніана, в контексті *вимог* християнських догм і максим та особливостей суспільного життя у юстиніанівську добу ранньовізантійського права.

Розглядаючи проблему розлучення в контексті законодавства Юстиніана, ми помічаємо певні зміни у його ж конституціях (включаючи новели), які публікувались в різні часи його реформаторської діяльності. Це дає підстави умовно виділити три етапи осмислення проблеми розлучення. На *першому етапі* з'являються його три конституції, що увійшли у його *Кодекс другого видання* 534 р. (*Codex repetitae praelectionis*) (С. 5.17.10;11; 12).

Так, в Конституції від 528 року (С. 5.17.10) він лише доповнив об'ємну концепцію розлучення імператора Феодосія II (С. 5.17.8), вказавши, що підставою для законного розлучення являється обставини, "коли чоловік через природну імпотенцію впродовж 2-х років у шлюбі не може мати статевого акту (паруватися) з дружиною" (С. 5.17.10). З одного боку, правова норма імператора є цілком традиційною, і не тільки в контексті римського чи греко-римського права, оскільки такі положення зустрічаються, очевидно, в усіх правових системах Стародавнього світу. Однак, з іншої сторони, імператор, намагаючись зберегти законний шлюб, встановлює певне обмеження щодо розлучення через імпотенцію чоловіка, що полягало у встановленні 2-х річного терміну з надією на покращення його фізичного стану. Після закінчення такого терміну колишня дружина набуває пра-

во вступати у secundanuptiae без дотримання традиційного річного терміну в зв'язку з turbatio sanguinis. Проблема розлучення через імпотенцію чоловіка мала, принаймні, в тогочасному суспільстві принципове значення, оскільки йдеться про законні умови для secundanuptiae з надією, що народження та охрещення дитини продовжить існування сім'ї, роду та усього християнського соціуму. В контексті цього, слід зазначити, що право на розлучення через вказані причини не являлось безальтернативним, оскільки проблему бажаної дитини можна було вирішити у греко-римському суспільстві шляхом традиційного регулятивно-правового механізму інституту усиновлення дітей і (!) дорослих. Така практика активно використовувалась в усі періоди римської історії, а також, з меншим ентузіазмом і з певними застереженнями в греко-римському християнському суспільстві [21, с. 243 – 248]. Натомість Юстиніан, беззаперечно сприймаючи інститут усиновлення, створив для цього в вересні 530 року об'ємну конституцію з численними гіпотезами adoptio (C. 8.47.10), а в листопаді цього ж року, він формулює цілком раціональну, спрощену форму усиновлення, умовами чинності якої було наступне: 1) згода батька (особи, що адоптується), усиновителя та усиновленого; 2) занесення такого рішення в судовий протокол (C. 8.47.11). Разом з тим, опираючись на конституцію імператора Анастасія 519 року, він заборонив усиновлення власних дітей народжених в конкубінаті (C. 5.27.7).

Однак логіка еволюції поглядів щодо інститутів шлюбу, сім'ї та розлучення привела до появи у добу ранньовізантійського права нової форми появи законних дітей. Мова йде про не про усиновлення, а узаконення (legitimatio) "природних (позашлюбних) дітей", які стали, таким чином, невідомим раніше об'єктом patriapotestas. Legitimatio, як слушно підкреслив Й. Покровський, могла з'явитися тільки в період абсолютної монархії і тільки для liberinaturales [25, с. 443 – 444]. Очевидно, до цього слід додати, що це також стало можливим в процесі християнізації римського та греко-римського права, але як у Юстиніана і тим більше в правилах Св. Отців Церкви застерігається, щоб вказані діти не були народжені від блуду та інцесту (C. 5.17.7). Спочатку з'являється форма та спосіб узаконення позашлюбних дітей Феодосія II – legitimatioperoblationemcuria (шляхом приписування позашлюбних дітей до категорії декуріонів – збирачів податків, які часто змушені були розраховуватись за недоїмки власним майном) (C. 5.27.3). Імператор Анастасій створює legitimatio per subsequens matrimonium (в зв'язку з одруженням природних батьків позашлюбних дітей) (C. 5.27.6). Натомість Юстиніан, підкреслюючи, що не заперечує попередніх legitimatio, запропонував нову форму узаконення naturalesfilios ("природних дітей") – legetimatio per rescriptum principis (Nov. 74.2.1). Як підкреслює Чезаре Санфилиппо, мова йде про дітей з конкубінату, а не vulgoquaestis [33, с.143]. Окрім того, дослідник зауважує, що йдеться про дітей, з матір'ю яких їх природний батько мав право укласти шлюб (виключались союзи, в яких здійснювалось кровозмішування, перелюб та stuprum) [33, с.144]. Таким чином, в законодавстві Юстиніана були створені юридичні підстави для збереження шлюбу при наявності права дружини на законне розлучення.

Слід зазначити, що гіпотеза усиновлення дітей окрім позашлюбних, в контексті збереження шлюбу мала більш спрощений регулятивно-правовий механізм: проста процедура усиновлення (див. вище. – C. 8.47.11) та вияв волі до збереження шлюбу і сприйняття усиновлення зі сторони дружини при імпотенції чоловіка. Таке правове положення не суперечить ні римському, ні греко-римському праву, процес еволюції якого відбувався на аксіологічній основі християнських цінностей. Натомість, умовна правова модель, в якій за гіпотезою йдеться про узаконення naturalesliberis (naturalesfilios) для збереження сім'ї суперечить римській правовій традиції, але на загал відповідає християнським цінностям, оскільки це здійнювалось в контексті більш поблажливого ставлення до naturalis liberis перших християнських імператорів від Константина (з відомими обмеженнями) до Юстиніана (C. 5.27.1-12 – *Про природних дітей та їх матерів, і з яких причин вони стають законними.)* та з метою запобігання розлученню. Однак, дана гіпотеза та відповідна правова норма мала більш складну форму і регулятивно-правовий механізм, поєднуючи, по суті, дві гіпотези: a) загроза розлучення з відомої причини та b) legitimatioliberinaturales (позашлюбних дітей). Для того, щоб зберегти такий шлюб існує законний спосіб надати законній сім'ї традиційної форми: глава сімейства, законна дружина та узаконена (кровноспоріднена з природним батьком) дитина. Умовами збереження такого шлюбу (а по суті, елементами регулятивно-правового механізму) являється наступне: 1) consensus подружжя щодо збереження шлюбу у такій формі (подружжя та узаконені діти глави сім'ї) та відповідним способом (при тому, що дружина відмовлялась реалізувати своє право на законне розлучення); 2) наявність позашлюбних дітей; 3) застосування відповідної форми узаконення позашлюбних дітей.

Стосовно становища жінки, яка відмовлялась від законного права на розлучення і обмежувала себе в традиційних інтимних відносинах. Такі жінки могли бути в будь-якому етнокультурному середовищі, але саме християнство виражало можливість відмови від того, від чого в повній мірі жінка чи чоловік або обоє відмовлялись при вступі у монастирі, де особа переходила в інший світ буття. В будь-якому разі, в умовах поширення аскетизму і "сексуального зречення" в IV – V ст. як антиподу пізньоантичних проявів гедонізму (що за інерцією торкнулось юстиніанівської доби) [34, с. 271-304] жінка, яка свідомо відмовлялась від інтимних втіх, залишаючись матір'ю поновленого, через legetimatioliberinaturales, сімейства, була виразником в добу раннього християнства цілком правомірної та моральної поведінки.

До речі, в таких обставинах можна було застосувати схожу, але більш вірогідну модель збереження шлюбу через появу дітей (чим, як бачимо, особливо переймався імператор Юстиніан – Nov. 22.6). ЇЇ умовами також була наявність природних дітей та бажання зацікавленої особи усиновити дитину.Перебуваючи в шлюбі чоловік, який не міг мати дітей, народжених у matrimonium (уже після того як народилась його дитина в конкубінаті) має право як вільнонароджена особа suijuris узаконення naturalesfilios, що можна було зробити задовго до того, коли дружина отримувала право, після 2-х річного (пізніше 3-х річного) терміну, на розлучення. Звичайно, усиновлені діти в римському праві мали рівне становище з дітьми народженими в законному шлюбі. Так і в християнську добу, але уже йдеться про дві категорії дітей – узаконені та усиновлені. Дружина чоловіка, який здійснив акт узаконення чи усиновлення вважалася їх законною матір'ю, що покладало на неї перед дітьми як особисті, так і майнові зобов'язання. В будь-якому разі, поява квазі-народжених дітей, ускладнювала питання про майнові наслідки можливого розлучення, оскільки така жінка за чинним законодавством втрачала право на посагу на користь дітей (*незалежно від того чи це були кровні діти чи вони появились через механізми квазі – народження*), набуваючи на таке майно право узуфрукту при неповнолітніх дітях.В зв'язку з цим, вини-

кає цілком логічне питання: чи мала така дружина право на розлучення при наявності законних дітей, але при томо, що в чоловіка виникла відповідна проблема? Однак, така гіпотеза, як і низка інших, не була розроблена в греко-римській (візантійській) юриспруденції. Натомість християнське вчення та канонічне право визнавали лише єдину причину розлучення – перелюб, що обумовлює збереження такої сім'ї (Матв.,19. 3-6; Марк, 10.9; Карфаген. соб., 102; Вас. Вел. 9, 48, 77).

Отже, імператори не вдавались до таких складних правових механізмів, які цілком випливають з правового змісту їх нормативно-правових актів та християнської правової доктрини, очевидно, залишаючи можливість зацікавлених суб'єктів самостійно або через суд вирішувати подібні проблеми, звертаючись до публічної імператорської влади в контексті того, що було у її юрисдикції (диспозитивність у праві на розлучення, усиновлення, узаконення, штрафи за порушення правових норм закону). Імператорська влада, за винятком останньої форми legitimatio (коли поєднувались законодавчі та розпорядчо-правові функції імператора – Nov. 74.2.1), переважно шляхом законодавства гарантувала забезпечення інтересів відповідних осіб.

Звичайно, імператорська юриспруденція (IV-VI вв.), як бачимо, була в пошуку відповідних регулятивно-правових механізмів вирішення складних проблем розлучення чи його запобігання, в контексті яких імператорське право не повинно було явно суперечити християнським цінностям. Звісно, вказані правові форми (adrogatio, adoptio і legitimation) об'єктивно сприяла збереженню сім'ї, але ніякі регулятивно-правові механізми не в силі були змусити жінку, яка дотималась відповідних вимог закону, відмовлятись від цілком законного розлучення. Сам Юстиніан, правда, уже в 22 новелі, відносив таку причину розлучення до категорії форм припинення шлюбу за консенсусом (divortium communi consensus) (Nov. 22.6). Натомість дослідники в XIX та XX ст. (переважно в контексті римського права та його джерел) визначають її як divortiumbonagratia [18, с. 64-65; 23, с. 614 – 615], що з позицій модерної та посмодерної суспільної свідомості і праворозуміння більш об'єктивно виражало суть такого розлучення.

Наступна конституція Юстиніана, від 533 р. як засвідчує текст її praefatio (передмови), передбачає укладення шлюбу без відповідних майнових угод, що свідчить про радикальний характер даного нормативно-правового акту, оскільки його умови суперечать існуючій з початку римської держави і збереженій у ранньовізантійську добу стародавній правовій традиції, але цілком відповідають християнській правовій доктрині (*non enim dotibus, sed adfectu matrimonia contrahuntur – не дотальне майно, а прихильність подружжя лежить в основі шлюбної угоди*) (C. 17.5.11 pr). Отже, визначивши принцип законності шлюбу без майнової угоди, імператор створює відповідний регулятивно-правовий механізм розлучення, що являється невідомим раніше прецедентом в контексті даного правового інституту, оскільки в інших нормативно-правових актах винна особа втрачає право на відповідне шлюбне майно, якого за відповідною нормою не було. Отже, з врахуванням вказаної передмови і обох частин конституції, нормативні положення, опираючись на згаданий юридично-філософський принцип, мають наступний правовий зміст: 1) при узаконенні шлюбу без посагу перевага надається духовному над матеріальним почуттям, над майновими інтересами (praef.); 2) відсутність посагу у дружини не надає її чоловіку право на розлучення, яке дозволяється лише при тому, коли вона своїми діями обумовить появу законних підстав для repudiummittere; 3) таке нормативно-правове положення стосується і чоловіка; 4) при безпідставному припиненні шлюбу через розлучення його ініціатори несуть матеріальні штрафи, які складають ¼ вартості усього майна чоловіка чи дружини, оскільки за гіпотезою шлюбне майно відсутнє (C. 17.5.11.1). Після цього варто з'ясувати, про які причини йдеться, за якими розлучення являється законним. До цього лише імператор Феодосій II створив систему причин на основі попереднього законодавства (C. 5.17.8).

Однак, Юстиніан підійшов у 2-й частині конституції з власною візією можливостей розлучення. Додамо до причин розлучень, заявляє імператор, чоловіків і дружин вже перерахованих в законах наступне, а саме*: (1) якщо дружина за власним бажанням зробила аборт; (2) або якщо вона настільки хтива, що заради розпусти, купається з іншими чоловіками; (3) або в той час як вона все ще одружена, намагатися взяти іншого чоловіка* (C. 17.5.11.2).Фактично усі три правові положення мають відповідні джерела: перше пов'язане з правилами канонічного права (Гангр 21; Вас. Вел. 2; 8), друге повторює близьку за змістом причину у конституції Феодосія II **(C. 5.17.8.3)**, а третє є цілком новою у законодавстві християнських імператорів, але в якості джерела їй служить сентенція римського юриста Папініана, з певною зміною суб'єкта ініціативи таких дій: в Папініана порушником існуючого шлюбу та норм про розлучення являється третя особа, тобто чоловік який *з вулиці привів чужу дружину і вислав її чоловіку розвідного листа* (repudiummisset) (D. 24.2.8), а в Юстиніана таку *місію* на себе бере одружена жінка. Основний правовий зміст даного положення полягає в тому, що одружена жінка протизаконно намагається влаштувати повторний шлюб. В цьому випадку вона з ініціативи законного чоловіка втрачає право на даний шлюб (з відповідним становищем), посаг та зобов'язана утримуватись від повторного шлюбу впродовж однорічного терміну в зв'язку з питаннями turbatio sanguinis. Такі стягнення за відповідні дії торкалися і чоловіка, але часових обмежень через природні причини до нього щодо повторного шлюбу не передбачалось. Отже, в контексті усіх гіпотез, диспозицій та санкцій правових норм вказаної конституції, останні належить, за класифікацією сучасних юристів, до категорії нормативно-правових актів про розлучення –divortiumexjustiscausis [18, с. 63].

Остання конституція імператора Юстиніана 534 р. про розлучення (*видана лише грецькою мовою, рідко використовувалась дослідниками і в багатьох виданнях Кодексу, зокрема Паулюса Крюгера, вона відсутня*), на загал присвячена проблемі взаємовідносин емансипованих дітей та їх батьків в контексті розлучення при наданні останніми у свій час dos чи donationpropternuptias (C. 5.17.12). Вона, до речі, певним чином корелюється з позицією юристів Ульпіана (D. 43.30.1.5) та Гермогеніана [31, с. 226-227], а також з останньою частиною лаконічної конституції Діоклетіана (для емансипованих дітей *paterdivortiuminarbitriosuononhabet*) (C. 5.17.5.2). З відповідного тексту конституції, не позбавленої риторичного стилю й водночас спонукального спрямування, виступає цілком раціонально відображений правовий зміст: 1) емансиповані чоловіки чи жінки можуть розірвати шлюб після отримання посагу та дошлюбного дару, оскільки ***нема закону вище влади свого права*** (potestassuijuris); 2) якщо укладений шлюбний контракт, то рішення щодо такого шлюбу поза межами права батьків; 3) сина чи дочку не можна незаконно змушувати до відмови від шлюбу, навіть тоді, коли батьки давали посаг чи передшлюбний дар. В останній нормативній тезі імператор досить емоційно заперечує те, що цілком

очевидно являється юридично нікчемним і морально неприйнятним в стосунках батьків і дітей, по суті підводить підсумок усієї constitutio: абсурдно, що б діти не менше 25 років, які (таким чином) мають право розірвати власний шлюб, використовувались батьками проти їх волі, що б одружуватись чи розлучатись (C. 5.17.12). Але, очевидно, в контексті християнських цінностей, дорослі діти своїх батьків повинні переконати останніх, маючи право на шлюб чи розлучення, бо (за відомим виразом) батьківське благословення збагачує і душу і тіло, а конфлікти з батьками сіють в молодих душах черствість та пустоту.

Другий етап розробки регулятивно-правових механізмів припинення шлюбу пов'язаний з **22** новелою Юстиніана від 535 р. Вона відзначається, можна сказати, філософським praefatio і цілком помірним критичним ставленням до власних конституцій та юридичного досвіду попередніх імператорів. В різних титулах 22 новели зустрічаються окремі правові принципи розлучення: наприклад, в 3 ст. 22-ї новели, підтверджується ідея римської правової доктрини, яка гласить: *все що людьми пов'язано, людьми може бути розв'язано* (Nov. 22.3); на початку 6-ї ст. 22 новели визначає загальні принципи розлучення: 1) принцип необхідності розриву шлюбу; 2) принцип раціонального обґрунтування, всупереч ірраціональним, як вважає законодавець, мотивам розлучення; 3) ідея-принцип невичерпності передбачених підстав для розлучення. Із 48-ми титулів конституції лише декілька безпосередньо присвячені різним формам, видам і причинам розлучення: розлучення за згодою – divortiumcommuniconsenu (Nov.22. 4=C.5.17.9 – Анастасій), в зв'язку з (добровільним) чернецтвом одного з подружжя (Nov.22. 5), через імпотенцію чоловіка, після закінчення трьохрічного терміну замість 2-х років після укладення шлюбу **(**Nov. 22.6 = C. 5.17.10), через полон одного з подружжя, при зміні терміну утримування від повторного шлюб іншого суб'єкта nuptia, з чотирьох до п'яти років (Nov. 22.7 = C. 5.17.7 – Константин), які кваліфікуються як divortiumbonagratia. Через здійснення злочинів чи аморальних проступків – divortiumexjustiscausa (Nov. 22.15;16 = C. 5.17.8 – Феодосій II).

У даній новелі застосовується, як вважає сам Юстиніан, дві форми розлучення: за консенсусом (divortium communi consensus) та з відповідної причини (exjustiscausa). Якщо слідувати за логікою Юстиніана, усі вони поділяється нарозлучення через об'єктивні обставини (іпотенція, полон) та divortiumexjustiscausa суб'єктивні причини. Суб'єктивні причини можна поділити на благочинні (чернецтво) та злочинні. Однак, усі вищезгадані причини та обставини розлучення, окрім злочинних та аморальних діянь, імператор відносить до категорії *розлучення за згодою* (divortiumcommuniconsensu). Натомість, починаючи з посттрадиційних часів (XIX ст.) дослідники визначають divortiumcommuniconsensu, коли підставою розлучення являється спільна домовленість без додаткових причин, з чим співпадає лише стаття 4-го титулу 22 новели Юстиніана ("Шлюби іноді розчиняються за спільною згодою протягом життя договірних сторін …").

Наступна категорія припинення шлюбу repudium або divortium (як у Гая) exjustiscausis, пов'язана з ініціативою розлучення одного з подружжя у випадку злочинних дій іншого (Nov. 22.15). З метою посилити легітимність власних положень (що ми не завжди бачимо пізніше), Юстиніан діє відповідно до традиції, вказавши на джерельну основу статей про розлучення, до якої належать "кілька різних причин для розлучення, які встановили стародавні імператори", норми Феодосія та власне Юстиніана ("ми додали деякі інші причини"), кожна з яких визначає вину чоловіка чи дружини (Nov. 22.15. pr.). Так, посилаючись на відому конституцію імператора Феодосія II імператор Юстиніан визначає наступні причини розлучення, які давали підстави дружині відмовитись від шлюбу з чоловіком та отримати dosetdonationantenuptia, при тому, якщо вона доведе його вину: a) перелюб, вбивство, отруєння; b) підбурювання до заколоту (проти влади) або участь у змові проти уряду; підробка монет; c) порушення гробниць або *крадіжка* речей церкви; d) ведення нечесного (способу) життя; крадіжка, якщо він злодій, який краде тварин; d) розпусне життя з іншими жінками, замах на життя дружини різними способами (за допомогою отрути, зброї та ін.), або якщо він побив її. "Вони, – констатує імператор, – є дійсні причини для розлучення… та отримання dosetdonationantenuptia, але які підлягають доведенню" (Nov. 22.15.1). Юстиніан виклав причини розлучення в такому порядку, коли їх можна класифікувати, не порушуючи послідовності в наступні групи: 1) дії, які здійснюють порушення християнського правопорядку і загрожують через перелюб та вбивство, як смертні гріхи, божественній світобудові, оскільки нищення сім'ї рівнялось вбивству особи, а останнє означало знищення людини, створеної за образом божим за для сакрального призначення, збереження християнської спільноти та її суб'єктів, кожен з яких знаходиться в євхаристичному зв'язку з Спасителем, тобто вбивство – це знищення творіння Божого; 2) друга група причин – змова проти влади – підриває іманентні засади та інститути державного управління і соціального буття. Важливо розуміти, що йдеться не про замах на імператора, як еманації божого промислу, а на загрозу його сакральним функціям, які він здійснює для соціальної та духовної рівноваги в християнському суспільстві, створюючи передумови, зокрема, шляхом законодавства та суспільних практик, для його неперервного буття; 3) наступна причина являється дотичною до вищесказаного, оскільки злочинна дія підриває основи існуванню державної та соціально-економічної системи, а в особистісному сенсі засвідчує про аморальні якості індивіда, як обман та спроба незаконного збагачення через нищення загального блага; 4) крадіжка церковного майна та нищення могил в метафізичному сенсісприймається як порушення непорушного, оскільки Церква вважалася відображенням божественного таїнства та Божим місцеперебуванням, де здійснюється через таїнство євхаристії постійний індивідуальний зв'язок особи з Вседержителем. В контексті християнського вчення, канонічного права та відповідної ментальності християнської спільноти вказані злочини спрямовані проти божественного промислу і світобудови, оскільки йдеться, окрім іншого, про святотатство, тобто про привласнення собі того, що належить Богові і Церкві. Тоді як руйнування могил – це нищення того, що для християнина являється традиційноюцінністю в контексті духовного зв'язку, та і пам'яті про тих, хто був частиною чи смислом життя індивіда. Порушення могил та крадіжка церковного майна стосувалось сакральних феноменів взаємопов'язаних в контексті християнських таїнства і обрядів, які супроводжують людину від народження до переходу в потойбічний світ, тобто зв'язок між церквою і освяченням могил має метафізичний зв'язок та зміст. Сакральність таких могил пов'язана з тим, що за християнським вченням тіло, що залишалось в могилі, при земному житті вважається храмом душі християнина. В *профанному* сенсі злочинець завдає матеріальної шкоди християнській спільноті, а в частині нищення могил, – йдеться про порушення

опредмечених сакральних об'єктів в контексті завдання матеріальної шкоди християнській сім'ї. Звичайно, що такого рівня злочини, які в усіх релігіях, а особливо в християнстві, вважаються замахом на першооснови земного та потойбічного життя, обумовлювали кримінальні покарання і неможливість підтримування з їх суб'єктом шлюбно-сімейних відносин, оскільки такий шлюб через злочинця втрачав священний смисл, наданий йому в контексті однойменного таїнства.

В часи Юстиніана, коли ще миряни не завжди дотримувались здійснення християнських обрядів і таїнств, злочинець, який здійснив кримінально карані дії проти сакральних явищ, не тільки втрачав зв'язок з громадою поселення через відлучення від Церкви, а також в тому, що він втрачав своє становище і в контексті ментального сприйняття громадян не міг бути повноправним членом міської чи сільської громади. В зв'язку з цим, римський юрист Ульпіан, сентенції якого завдяки Дігестам мали юридичну силу і в VI ст., однозначно констатував: *Позов з приводу осквернення гробниць накладає безчестя* (infamia) (D. 47.12.1). 5) п'ята група причин розлучення пов'язана з різними видами крадіжки (D.47.2.1-93), що у всіх суспільствах сприймалось як небезпека для благополуччя сім'ї чи для матеріальних інтересів особи. Звичайно, всім християнам імперії було відомо, що крадіжка, це не тільки кримінальний злочин, але й порушення 8-ї заповіді Всевишнього. Разом з тим, очевидно, в часи Юстиніана збереглись найбільш стійкі античні ментальні стереотипи, відповідно до яких усе майно власника являється неначе продовженням його суспільної природи в якості paterfamilias, тобто в контексті відповідного статусу в сім'ї та становища в суспільстві. Тому викрадення майна особи сприймалась не тільки як порушення права власності, але й замах на його особисті права (patriapotestas, імені, честі, нащадка своїх предків і т.ін.) та права його сім'ї (право на спадщину, на посаг, дошлюбний дар та ін.). За уявленнями християнських імператорів і, передусім, Феодосія II та Юстиніана такий злочин чоловіка являється цілком вмотивованою причиною для законного розлучення жінки з чоловіком і правовою підставою для останньої, щоб отримати у власність усе шлюбне майно. 6) Тематично поєднуються також причини розлучення про розпусне життя чоловіка з іншими жінками, замах на життя дружини різними способами (за допомогою отрути, зброї та ін.) та побиття чоловіком дружини. Розпусне життя завдає моральної шкоди дружині і якщо вона не розлучається, то втрачає авторитет в родині та громаді, як самодостатня особистість з часів появи шлюбу sinemanu і як особи, рівної перед Богом серед чоловіків і жінок християнської спільноти. Тобто, розпусне життя чоловіка, при відсутності відповідної реакції дружини, знищує її як особистість. Натомість, наступна причина розлучення загрожує її фізичному існуванню, а побиття без відповідної дії з її сторони, має такі ж наслідки як перелюб чоловіка, але ще більше принижує її як особистість. Такі дії чоловіка в добу поширення християнських цінностей набувало публічно-релігійного резонансу, що посилює його юридична відповідальність. Об'єктом побиття за класичним римським правом могли бути раби, а побиття вільнонародженої особи суперечило правовій традиції і вважалося образою. Змістовне теоретичне визначення лексеми *образа* сформулював на основі позиції Лабеона пізньо-римський юрист Ульпіан*: будь-яка образа наноситься або тілу, або гідності, або завдає безчестя* (D. 47.10.1.1)

В процесі християнізації суспільних відносин у Візантії збереглись окремі ментальні позитивні стереотипи античності, які сприймались в контексті свободи вільнонародженої особи, посилені християнськими цінностями релігійного та правового змісту. В контексті християнського вчення та канонічного права особа володіла свободою волі і особисто несла відповідальність за ті чи інші проступки, передусім, перед Всевишнім. Чоловік відповідними діями, про які йдеться в гіпотезах вказаних норм, знищив підстави для шлюбного союзу колишнього подружжя. Наявність загрози честі, гідності і життю дружини обумовлювала безальтернативне рішення жінки про розлучення з таким чоловіком.

Майже таким же чином Юстиніан систематизує причини для розлучення з ініціативи чоловіка при правопорушеннях чи злочинах дружини (Nov. 22.15.2). Однак, при збереженні тих же причин, за винятком тих, які могли стосуватися лише жінки, окремі з них систематизовані інакше або в іншій формі**.** Отже, причинами для розлучення за ініціативою чоловіка, коли жінка вчиняла відповідні дії було наступне: перелюб, вчинення чи підготовка до отруєння, вбивство, крадіжка, порушення гробниць, вчинення святотатства, допомога злодіям, бенкетування без дозволу чоловіка, неодноразове залишення без поважних причин власного дому у нічний час, відвідування цирку, амфітеатру (бої чоловіків з дикими звірами), зрадницьке посягання на життя чоловіка за допомогою отруєння, зброї або інших засобів, участь у змові проти влади (*створення тиранії*), підробку монет, насильницьке підняття руку на чоловіка. При таких обставинах, констатує імператор, закон надає чоловікові право відмови від дружини, якщо він зможе довести хоч би одну з вище перерахованих причин і уповноважує його взяти dos і donatioantenuptias (Nov. 22.15.2). Оригінальними в проступках дружини являється те, що для чоловіка являється нормою – відвідування без дозволу чоловіка низки публічних місць (цирк, театру, амфітеатру та ін.). Всі інші правопорушення та злочини як підстави для розлучення, як в контексті вини чоловіка так і дружини, цілком ідентичні. Щоправда, перелюб та інші форми аморальної поведінки могли мати особисті негативні наслідки для жінки, пов'язані з вірогідністю народження позашлюбної дитини. В будь-якому разі, як зазначає імператор, вищезгадані злочинні та аморальні дії дружини, при їх доведенні, були законними причинами для розлучення і отримання чоловіком у власність шлюбного майна (*отримання dos та повернення donatioantenuptias*).

Якщо у першій та другій статтях 15 титулу 22 новели йдеться окрім причин легітимності розлучення та про матеріальну відповідальність того з подружжя, який вчинив злочин, то в *третій* статті того ж 15-го титулу йдеться про заборону колишній дружині, яка спровокувала розлучення через правопорушення чи злочин, в продовж п'яти років після розірвання шлюбу вступати у повторний шлюб. Тут законодавець керувався тим, що жінка, яка "була винна в одному з вищезазначених злочинів, або послала повідомлення про відмову (від шлюбу) без достатніх підстав, їй буде заборонено одружуватися знову цілих п'ять років; і будь-який шлюб, щодо якого вона може укласти контракт до закінчення цього часу, розглядається як не законний, і будь-яка людина може з'явитися до суду і звинуватити її в порушенні закону" (Nov. 22.15). Така необхідність запровадження 5-річного терміну була цілком логічною, особливо коли це стосувалось жінки, яка вчинила перелюб, знищивши таким чином першу сім'ю і до появи вказаного обмеження, втративши право на шлюбне майно, після дотримання традиційного однорічного терміну, безперешкодно вступала в secundanuptiae. Тому в якості покарання, окрім майно-

вих втрат така жінка вперше в історії римського і греко-римського права була обмежена в можливості в будь-який час вступити у другий шлюб (Nov.22.15.3).

В кожному розлученні імператор бачив велике зло для роду людського і, навпаки – збереження шлюбу, як форму збереження християнської eclessio (не як інституту, а в сенсі християнської спільноти). Це прямо підтверджують два титули вказаної новели, в яких скасовується розлучення: при засудженні на каторгу (Nov.22.8) та в зв'язку з "депортацією і стародавньою забороною вогню і води" (Nov.22.13). При засудженні на каторгу, як підкреслює сам Юстиніан, особа (за існуючою традицією) підлягала зміні статусу свободи і отримувала статус раба. В зв'язку з цим, імператор забороняє перетворення вільного в раба і підтверджує чинність шлюбу без визначення умови, як у імператора Олександра Севера про збереження такого шлюбу, якщо дружина виявляла прихильність до засудженого чоловіка (C.5.17.1). Таким чином, у своїх новелах Юстиніан керувався ціннісними орієнтаціями, які навіть в злочинцеві давали можливість побачити людину, рівну з іншими перед Богом і перед законом, і намагався полегшити його життя тим, що його шлюб, очевидно при згоді дружни (про що імператор не говорить), міг бути збережений.

Третій етап розробки регулятивно-правових механізмів припинення шлюбу пов'язаний з новелами Юстиніана від 542 та 556 р.р., які відзначалися більшою незалежністю від римської традиції і частково від юридичного досвіду його попередників – християнських імператорів. Разом з тим, як підкреслювалось вище, в останніх новелах є певні відмінності концептуального рівня і фактичні зміни порівняно з власними конституціями (C. 5.17.10; 11; 12) і частково з правовими нормами 22-ї новели.

Так, в 117 новелі від 542 р., Юстиніан, окрім декількох загальних положень, остаточно встановив перелік причин для односторонніх розлучень і кілька форм двостороннього розлучення та припинення шлюбу за divortiumbonagratias, три з яких були імплементовані з 22-ї новели від 535 р. (Nov. 117.10). Перед переліком причин розлучення, у преамбулі тит. 8 новели 117 імператор встановлює порядок застосування та скасування чинності стародавніх нормативно-правових актів з відповідними причинами розлучення у нормах імператорського законодавства. "*Ми вважаємо за доцільне,* зауважує Юстиніан, (…) *залишити в цьому законі тільки ті (норми), за якими чоловік або дружина цілком спокійно може повідомити про відмову (від шлюбу)"* (Nov. 117.8). Санкціонуючи ***визначений*** *(нижче)* ***перелік причин***розлучення, імператор латентно виражає позицію, що вони набирають чинності в контексті вирішення проблеми шлюбного майна, потенційними власниками якого вважаються законні діти (Nov. 117.8. praef.). Необхідно зазначити, що вказана проблема найбільш успішно була вирішена Юстиніаном ще в 22 новелі (Nov. 22.22-23) з відповідними деталями регулятивних механізмів в окремих титулах цієї ж новели (Nov. 22.21-29) та ін. [35, с. 854-855].

Отже, перед нами сім причин, за якими чоловік набуває право на одностороннє розлучення з вини дружини (Nov. 117.8) (пер. з лат.): 1) *Якщо жінка знає, що певні особи (організували) змову проти уряду, але не інформує про це свого чоловіка. Але, якщо чоловік, дізнавшись про це від своєї дружини і змушує її мовчати, останній буде дозволено повідомити уряд за допомогою будь-яких осіб, для того, щоб її чоловік не міг скористатися цим як приводом для відмови (від шлюбу).* Вперше розлучення пов'язав з кримінальними злочинами імператор Константин I (C.Th. 3.16.1), але вони не торкались тих підстав для розлучень, про які йдеться у Юстиніана. Джерелом більшості правових норм 8-ї та 9-ї ст. являється конституція імператора Феодосія II від 449 року (C.5.17.8.). Дана норма, окрім причини розлучення з жінкою через її злочинне бездіяння, вказує на обставини правомірної поведінки дружини, при яких шлюб зберігається або розривається, але в контексті відповідальності чоловіка за недотримання закону. 2) *Якщо чоловік звинуватить дружину в перелюбі і доведе своє звинувачення. В цьому випадку чоловік попередньо повинен подати письмову скаргу проти дружини, а також проти її співучасника перелюбу, і коли звинувачення буде визнано правильним, тоді чоловік посилає дружині лист про розлучення (repudium) і отримує в своє користування передшлюбний дар і посаг дружиниі, але якщо (в сім'ї) немає дітей, з іншого майна дружини (він отримує) третю частину вартості її посагу; якщо ж є діти від цього шлюбу то посаг та інше майно дружини зберігається для дітей, а дружина і по закону звинувачений перелюбник підлягає тілесному покаранню.* Звинувачуючи дружину в перелюбі, як догматичній причині розлучення, чоловік повинен здіснити передбачену законодавцем процедуру: а) лист у суд з відповідним звинуваченням дружини;) посилання чоловіком дружині, якщо її вина визнана, листа про розлучення, який засвідчує уже в момент вислання про зміну їх сімейного статусу. 3) *Якщо жінка загрожує життю чоловіка в будь-якій формі, і якщо вона усвідомлює небезпеку від інших осіб і не повідомляє (про це) йому*. Відповідний замах на життя чоловіка передбачає як цивільне (втрата статусу матері сімейства в зв'язку з розлученням з її вини та вказані майнові штрафи), так і кримінальне покарання. 4) *Якщо вона відвідує банкети з незнайомими людьми, або купається з ними проти волі чоловіка*. 5) *Якщо вона залишається далеко від дому чоловіка без його згоди, за винятком якщо відвідує власних батьків.* 6) *Якщо вона без відома чи проти заборони чоловіка відвідує або цирк, або театр, або амфітеатр.* Останні причини розлучення передбачають втрату жінкою права на lucranuptialis.Окрім того, їй заборонялось як такій, що створла своїми аморальними діями підстави для розлучення впродовж п'яти вступати у другий шлюб (Nov. 22.15.3). 7) *Якщо, чоловік, без жодної з вищевказаних причин відправляє дружину від свого власного будинку, і вона, не маючи жодних родичів, в яких може жити, провела ніч на вулиці, Ми наказуємо, що чоловік не повинен, при таких обставинах, відправляти повідомлення про розірвання шлюбу, так як він сам несе відповідальність за те, що вона зробила* (Nov. 117.8). Таким чином, дружина при вказаних обставинах не обмежувалась в особистих та майнових правах, а лист про розлучення, який міг вислати чоловік, вважається нікчемним.

Частково тотожний виклад причин розлучення представлений у 9-му титулі 117 новели Юстиніана, де йдеться про розірвання шлюбу з вини чоловіка. В лаконічній преамбулі до 9-го титулу мова йде про доктринальне положення щодо викладеного матеріалу, не в якості доповнення власних чи інших імператорських джерел, а про систему розлучень через "єдині причини" та їх цілком однозначні правові наслідки: Causas autem pro quibus rationabiliter potest viro a muliere mitti repudium <et> ex quibus potest et dotem accipere et propter nuptias donation nem exigere (similiter filiis servanda donationis proprietate, aut filiis non extantibus habere etiam huius dominium) has esse solas disponimus : [(Імператор визначив) єдині причини, за якими дружина може повідомлення про відмову від чоловіка (тобто від шлюбу), отримати своє придане та donatiopropternuptias, в разі, якщо немає дітей, зберігати його на свою користь, або

(при їх наявності, зберігати його) для дітей): 1) *Якщо чоловік був замішаний у змову проти imperium; або, будучи поінформованим, про інших змовників, він не інформував про це владу (уряд) особисто, або через іншу особу.* Специфіка такої норми, якої не було у римському праві, полягає в тому, що шлюб припинявся в зв'язку з кримінальним покаранням чоловіка, але очевидно для того, щоб отримати право на шлюбне майно жінка розучалась з таким чоловіком. Відповідно до конституції імператорів Аркадія і Гонорія від 397 року учасник змови проти влади страчувався, його особисте майно конфісковувалось, майнові обмеження терпіли його сини, які позбавлялись права на шлюбне майно як батька, так і матері, а дочки отримували з передшлюбного дару їх батька лише так звану Фальцідієву частку. Натомість дружина кримінального злочинця повертає принесений нею у шлюб посаг і після річного терміну очікування має законне право вступати у 2-й шлюб (C. 9.8.5). 2) *У випадку, якщо чоловік будь-яким чином намагався вбити свою дружину, а не вжити заходів, щоб помститися їй відповідно до законів, або якщо, будучи поінформованим, що інші мають мають такі злі умисли, не попередити її.* Зрозуміло, що такий замах на життя дружини був однозначною підставою для розлучення, як в природно-правовому сенсі, так і в контексті християнської правової доктрини (намагання вчинити смертний гріх при сакральній цінності життя людини). 3) *Якщо чоловік спробував порушити цнотливість дружини, прагнучи доставити її до інших чоловіків з метою здійснення перелюбу.* Звісно, у такій ситуації чоловік здійснював чи намагався здійснити звідництво, щодо власної дружини, з метою створення підстав для розлучення з дружиною через її перелюб. У римському праві така особа, яка займалась звідництвом своєї дружини, підлягала кримінальному покаранню. Така правова норма, що з'явилась в Lex Julia de adulteriis, увійшла в Дигести (сентенція Ульпіана) та Кодекс Юстиніана (конституція Олександра Севера) і передбачала покарання чоловіка за звідництво дружини засланням (D. 48.5.2.2,5; C. 9.9.2). 4) *У випадку, якщо чоловік подав звинувачення в перелюбі проти своєї дружини, але був не в змозі довести це, (в зв'язку з цим) його дружина отримувала право на відмову від нього з цієї причини, а також, окрім повернення посагу з відповідним приростом, отримання передшлюбного дару, їй передбачалась частина загального майна чоловіка, яка відповідала третій частині donationante nuptias, якщо у них немає дітей; якщо ж у них є діти, то усе це майно (перебуваючи у її користуванні) зберігається матір'ю на їх користь; окрім усього цього, чоловік підлягав тим тілесним покаранням, на які наражалася дружина, якщо була б правдиво звинувачена (перелюбі).* Таким чином, чоловік, який звинуватив дружину в перелюбі і не довів його, підлягає цивільному та кримінальному покаранню, що тотожне з тим, як каралась дружина, якби її вина за перелюб була доведена. Відмінність між юридичною відповідальністю чоловіка та дружини полягала лише в тому, що тільки жінку-перелюбницю в часи Юстиніана відправляли у монастир, з різними диспозитивними можливостями для неї при волевиявленні чоловіка (Nov. 134.10). 5) *Якщо чоловік живе разом з іншою жін*кою в тому ж будинку, в якому живе і зі своєю дружиною, або в іншому будин*ку того ж самого міста і, незважаючи на умовляння дружини і родичів та інших заслуговують поваги осіб, не відмовився від цього беззаконня; і в цьому випадку дружина повертає свій посаг і (отримує) передшлюбний дар, а за образу ще третю частину вартості предшлюбного дарунка з решти майна чоловіка, а інше майно зберігається дітям від цього шлюбу; якщо ж дітей немає, то все майно чоловіка надходить у власність дружини* (Nov. 117.9).

Відмінність положень, які стосуються тільки чоловіка, полягає у його відповідальності за неправдиве або недоведене протиправне діяння дружини, а також відсутність відповідальності за *випадок* його перелюбу**.** Однак, юридична відповідальність наступає (на відміну від жінки) тільки тоді, коли звичайний перелюб чоловіка обтяжується незаконним і аморальним проживанням з іншою жінкою, що продовжувався не дивлячись на численні вмовляння дружини та родичів. Після цього дружина перелюбника має право послати йому листа про розлучеення (repudium libellus). Таке ставлення жінки до чоловіка у випадку його перелюбу корелюється з позицією Юстиніана, який по суті закликає жінок до збереження шлюбу у випадках приватних правопорушень чоловіка. Окрім того, імператор мабуть враховував, що за римським правом відповідальність за перелюб стосувалася лише жінки, а відповідальність чоловіків, яка весь час зростала за імператорським право християнської доби, була немислима за римською правовою доктриною. Більш поблажливо ставились до чоловіків навіть Святі отці Церкви (Bac. Вел. 35).

В продовження підстав до розлучення за аморальну поведінку того чи іншого з подружжя слід назвати норму 117-ї новели про розпусну жінку, яка бажає розлучитись з чоловіком (гл.13), про побиття дружини в контексті різних варіантів гіпотези (гл.14), про бажання чоловіка за допомогою інших позбавити жінку цнотливості і гідності, а також інші аморальні дії чоловіка (гл. 15). Звісно, такі протиправні та аморальні дії жінки-роспусниці та чоловіка, який наніс образу та намагався здійснити аморальні дії щодо дружини обумовлюють право постраждалої сторони на розлучення і отримання lucranuptialis та відповідні штрафні санкції для винуватої сторони. Окрім причин розлучення, пов'язаних з аморальними діями та злочинами суб'єктів розлучення, передбачалось розлучення за об'єктивними та благословенними причинами (частина з яких була імплементована з 22-ї в 117 новелу Юстиніана): імпотенція чоловіка, перебування в неволі одного з подружжя, вступ у монастир дружини чи чоловіка (Nov.117.12) (див. 2-й етап) Такий вид розлучення без вини чоловіка в першоджерелах та в науковій отрима назву divortiumbonagratia. До них дотична правова норма 117 новели щодо припинення шлюбу з безвісти зниклим чоловіком-воїном (гл. 11), історія (екзегеза) якої триває від конституції імператора Константина 337 р. (C. 5.17.7) і 31-го правила Св. Василя Великого (329 – 379) та вказаної правової норми Юстиніана до часів діяльності судді та упорядника Шестикнижжя (1345) Константина Арменопуло. Звичайно, відповідні норми 117 новели (гл.11-12) передбачають необхідні юридичні процедури, в основі яких лежать ті чи інші терміни очікування повернення шлюбного життя до statusquo (за винятком вступу у монастир), безрезультатно дотримавшись яких, той з подружжя, що за гіпотезою не зазнав відповідних страждань, набуває право на повторний шлюб. Такі терміни, зазвичай, пов'язані з різними видами розлучння, яке являється однією з форм припинен шлюбу.

Окрім цього, Юстиніан вперше в історії римського та греко-римськогоо права заборонив безпричинне divortium communi consenum, дозволивши його при умові негайного вступу чоловіка та дружини у монастир і визначив такий вид припинення шлюбу як divortiumproptercastitatem (розлучення через цнотливість [18, с. 65] (propter castitatem ex consensu solvitur matrimonium – розірвання

законного шлюбу за згодою через цнотливість (Nov.117.10).

Імператор Юстиніан визначив найбільш принципові причини розлучення, залишивши низку відомих йому положень 22-ї новели поза системою інституту розлучення, сформованої за нормами 117 новели, імлементованих в останню з 22-ї новели та з доповненням правовими положеннями 134 новели. Він зупинився на тих причинах розлучення, які пов'язані з діями, що загрожують існуючій владі, одному з подружжя та існуванню законної сім'ї, скасувавши положення про невичерпність причин для розлучення (Nov.117.12).

І так, останні штрихи в концепції розлучення імператора Юстиніана були здійсненні у нормативно-правовових положеннях 134 новели в контексті невідомих раніше регулятивно-правових механізмах. В гуманних цілях, а також, як варіант, для збереження шлюбу, дружина, яка вчинила перелюб, назавжди направляється не у в'язницю, що заборонив Юстиніан (Nov. 134.9), а в монастир (Nov. 134.10). Однак, імператор на цьому не зупинився, а передбачив можливість повернути дружину в сім'ю впродовж 2-х років, але виключно за волевиявленням чоловіка (ibid). Виявлення волі чоловіка, щодо її повернення у шлюб являється своєрідною формою прощення дружини в зв'язку з завданою йому морально-психологічною травмою. Термін у два роки, який визначив законодавець, очевидно був пов'язаний з тим, що за два роки жінка, яка мала статус послушниці, через відповідні ступені (рясофорна послушниця, інокиня) могла прийняти чернечий постриг. Переходячи в статус черниці жінка незалежно від волевиявлення чоловіка чи, тим більше, за своїм бажанням, не могла повернутись в сім'ю, оскільки ставши черницею, вона змінює власне ім'я та потрапляє в інший не мирський світ монастирського життя. Натомість чоловік, який не готовий її пробачити отримує наступні переваги: 1) право на зміну свого сімейного статусу в контексті вступу secundanuptiae; 2) на повернення (з правом власності) donatioantenuptia; 3) отримує право на дотальне майно (dos).

Окрім правових причини і відповідної санкції за перелюб жінки 134-ї новели, принципове значення (в межах 3-го етапу розробки інституту розлучення) має правова норма про заборону divortiumcommuniconsensu, яке з'явившись 117 новелі Юстиніана (Nov. 117.10), що було підтверджено в його ж 134 новелі (Nov. 134.11). Такий підхід цілком відповідає християнським цінностям, оскільки свобода розлучень без будь-якої причини, зокрема, за консенсусом подружжя, а також вступ кожного з них у наступний шлюб за християнською догмою рівняється з одним з найбільших гріхів – перелюбом (Матв., 19.9; Марк., 10.11-12).

Отже, в перелік причин розлучення потрапили переважно такі норми, що свідчать про неможливість християнського світського шлюбу з особою, яка своїми діями засвідчувала втрату людської подоби і перетворювалась на біологічну істоту, що задовольняє свої інстинкти за відсутності буль-яких принципів, при існуванні лише одного, – максимального забезпечення будь-якими засобами неконтрольованих, рефлективних природних інстинктів (які не відрізняють таку істоту від тварини) та відповідних матеріальних інтересів. Звичайно, перелік причин розлучення засвідчує існування в межах відповідного соціуму суб'єктівзлочинних та аморальних дій, які в тій чи іншій мірі знаходяться на меньшій чи більшій відстані від крайніх проявів інстинктивної жадоби.

Таким чином, правові норми 22, 117 та 134 новел Юстиніана остаточно врегулювали проблему розлучень за принципом християнської справедливості. Фактично зрівнявши в правах чоловіка та дружину, як в контексті юридичної відповідальності за правопорушення у шлюбі, так і в частині віддяки за перенесену несправедливість з боку того чи іншого з подружжя, законодавець передбачив окремі відмінності у відповідальності та в компенсації за моральну шкоду процесуального та матеріального змісту. Так дружина несла відповідальність за перелюб, якщо це буде доведено, за судовою приватною процедурою, яку запровадив Константин Великий (C.Th. 9.7.2), що здійснювалась чоловіком чи найближчим родичем, а не будь-якою (як раніше) посторонньою особою [36, с.294]), то чоловік, який здійснюював перелюбство в принизливих для дружини формах, притягувався до відповідальності після того, як не зважив на прохання родичів чи авторитетних осіб, продовжуючи вести аморальне життя.

Розглянувши законодавство Юстиніана щодо припинення шлюбу, слід зазначити наступне: 1) законодавець досить ефективно поєднував традицію і новеліс-тику, створивши необхідні регулятивно-правові механізми у названих нормативно-правових актах, які в результаті такого правового синтезу набирали цілком оригінальних форм та правового змісту; 2) його нормативно правові акти, передусім, 117 та 134 новели, в контексті застосування традиційних положень різних періодів назагал і в багатьох деталях відповідають християнським цінностям; 3) цілком новелістичними явищами в контексті розлучення являється відмова імператора від обмеження волі жінок за важкі злочини перебуванням у в'язниці: a) перебування в монастирі для осіб, що вчинили важкий аморальний злочин – перелюб, являється очевидно найбільш гуманним вирішеням проблеми, оскільки монастир в масовій свідомості тогочасних християн сприймався як одна з найбільш сакральних християнських форм співжиття, метою якої являється досягнення досконалого християнського буття і самовдосконалення в контексті християнської догми в умовах статутної дисципліни та обмеження впливу негативних суспільних факторів; b) перебування особи яка вчинила вказаний злочин, що став причиною для розлучення, в монастирі має багатофункціональне значення. По-перше, в оптимальному варіанті в атмосфері максимальної відповідності вимогам християнського вчення і канонічного права були таким чином створені умови для зміни ментальних орієнтацій в напрямку відповідності в думках і діях християнським цінностям. По-друге, особа яка залишалась прихильною до попереднього способу життя була обмежена в можливостях аморального діяння. По-третє, очевидно в контексті спокути (яка продовжувалась після залишення монастиря), чоловік мав законне право повернути впродовж 2-річного терміну жінку-послушницю, здійснивши таким чином реституцію шлюбу; 4) в умовах, коли посилювалась відповідальність за різного роду правопорушення та злочини і, *разом з тим*, знаходились форми збереження чи відновлення сім'ї її суб'єктами, право на розлучення за консенсусом, яке суперечило християнській правовій доктрині і в ментальному сенсі сприймалось імператором і частиною суспільства як релікт епохи пізньої республіки та періоду принципату.

Разом з тим, саме інститут розлучення, в контексті усієї системи шлюбно-сімейного права Юстиніана, найбільш відповідав вимогам християнського вчення та канонічного права. Таким чином, часто декларуючи і фактично застосовуючи досвід римської юриспруденції і законодавства дохристиянських, пізньоантичних імператорів (Олександр Север, Діоклетіан) та християнських правителів ранньовізантійської доби (від Констинтина І до Анастасія), Юстиніан створив власну концепцію інституту розлучення, реалізувавши її на законода-

вчому рівні в контексті нової форми права – Novellae Constitutiones.

Список використаних джерел

1. Theodores de Beze, Eustache. Tractatio de repudiis et divortiis: in qua pleraeque de causis matrimonialibus (quas vocant) incidentes controversiae ex verbo Dei deciduntur: Additur iuris civilis Romanorum, & veterum his de rebus canonum examen, ad eiusdem Verbi Dei, & aequitatis normam. – Vignon, Eustashe, 1573. – 293 s.

2. Schlosser, Friedrich Christoph Leben des Theodor de Beza und des Peter Martyr Vermili : ein Beytrag zur Geschichte der Zeiten der Kirchen-Reformation. Heidelberg : Mohr und Zimmer, 1809. – 250 s.; Baum, Johann Wilhelm. Theodor Beza. Nach Handschriftlichen und anderen gleichzeitigen Quellen. Zweite Theil – Leipsig, Beidman'niche Buchhandlung, 1851. – 731 s.; Heppe, Henrich.Theodor Beza: Leben und ausgewählte Schriften. – Elberfeld, R.L. Friderichs, 1861 – 384 s.

3. *Nicolao Hemmingo* [Niels Hemmingsen] Libellus de Coniugio, Repudio & divortio: in gratiam fratrum, qui iudices causarum matrimonialium in Regnis Dania & Norvegia constituti sunt. – Lipsia, Joh. Steinmann, 1572. – 180 s.

4. *Rordam H. F.* Niels Hemmingsen // DANSK BIOGRAFISK LEXIKON,tillige omfattende Norge for Tidsrummet 1537-1814.Udgivet af C. F. Bricka Gyldendalske Boghandels Forlag (F. Hegel & Søn). Græbes Bogtrykkeri. 1887 – 1905.

5.*Hugo, Gustav*: Lehrbuch des heutigen römischen Rechts / Vom Hugo – 2., ganz von neuem ausgearb.Versuch Berlin : Mylius, 1799 – XV, 160 s.

6.Usus modernus pandectarum //de.wikipedia.org/wiki/Usus_modernus_pandectarum#cite_ref-1.

7.*Schlegel, J.K.F.von*.Ueber Ehescheidung, besonders die Ehescheidung durch landesherrliche Dispensation. – Hannover: Hahn, 1809 – 119 s. (перше видання 1780 р.). *Wagenmann, Julius August*.Schlegel, Johann Karl Fürchtegott// Allgemeine Deutsche Biographie 31 (1890), S. 388.

8.*Binterim, A. F*. Über Ehe und Ehescheidung. Nach Gotteswort und dem Geiste der Katholischen – Dusseldorf, 1819. – 360 s.

9. *Puchta, Georg Friedrich*: Die Ehescheidungsfrage. – Berlin : Besser, 1843 – 43 s.

10.*Klee, Emil Wilhelm.*Ehescheidungsfrage.*Eine wissenschaftliche Kritik des protestantischen* Ehescheidungs-Princips mit Bezug auf den Preuss. Gesetz-Entwurf [Unknown Binding].– Berlin, Verlag: Duncker und Humblot, 1844. – 94 s.

11.*Fischer, Ferdinand.* Die Ehescheidungsfrage, erwogen vom sittlichen, conservativen und protestantischen Standpunkte. – Breslau, Verlag: Max, 1855. – 31 s.

12. *Hoyer, Hermann.* Ehescheidungsfrage: Ein versuch zur ausgleichung der differenzen zwischen Staat und Kirche. – Berlin, T.C.F. Enslin, 1859. – 28 s.

13. *Adolf von Harleß*.Die Ehescheidungsfrage: Eine erneute Unters. d. Neutestamentlichen. – Stuttgart, Verlag von Samuel Gottlieb Liesching, 1861. – 132 s.

14. *Zorn, Philipp Karl Ludwig.*Die Ehescheidungsfrage und der Entwurf des Burgerlichen Gesetzbuches – Berlin, 1889. – 31 s. (Harvard, Kessinger Publishing Company, 2010, 32 s.)

15. Die Ehescheidungsfrage vor den Preussischen Kammern: Enthaltend: die Regierungsvorlage nebst Motiven, den Bericht der Justiz-Kommission der I. Kammer und die Plenar-Verhandlungen der I. Kammer, Том 1. – Berlin,1855. – 176 s.

16. [Рождественский Н.] Римское гражданское право, изложенное (по Маккельдею) Николаем Рождественским. Том первый. – С.- Петербург, Тип. Карла Крайя,1829. – 528 с.

17. *Дернбург, Генрих*. Пандекты. Т. III (книги IV и V). Семейственное и наследственное право. Перевод с последнего (7) издания А.Г. Гойхбарга и Б.И. Элькина. Под редакцией проф. А.С. Кривцова. – С.Петербург, Изд.-е юридического склада "ПРАВО", 1911. – 123 с.

18. *Загурский Л.Н.* Элементарный учебник римского права. Особенная часть. Семейное право. Вып. I и II. Втор. испр. и доп. изд. – Х., Тип. Н.М. Варшавчика, 1898 – 201 с.

19. [*Митюков К.А.*]Курс римського права К.А. Митюкова, засуженного ординарного профессора университета Св. Владимира. Изд. 3-е, с добавлениями А.К. Митюкова. – К., Типография т-ва И.Н. Кушнерев и К., 1912. – 408 с.

20. *Барон Ю.* Система римского гражданского права: В 6 кн. – СПб.: Издательство Р. Асланова "Юридический центр Пресс", 2005. – 1102 с.

21. *Шулин Ф.* Учебник истории римского права. Пер. с нем. И. И. Щукина. Под ред. В.М. Хвостова. – М., Тип. Э. Лисснера и Ю. Романа, 1893. – 609 с.

22. [*Ефимов В.В.*] Лекции по истории римского права, профессора С.-Петербургского университета В.В. Ефимова. – С.-Петербург, Типография В.С. Балашова, 1898 – 491 с.

23. *Боголепов Н.* Учебник римського права. Пособие к лекциям. Изд. третье. – М., Унивеситет. тип., 1907. – 633 с.

24. *Хвостов В.М.* История римского права. Пятое издание. – М., Изд. Т-ва И.Д. Сытина, 1910. – 464 с.

25. *Покровский И. А.* История римского права. – Минск: Харвест, 2002. – 528 с.

26. *Колотинский А.Д.* История римского права. Пособие к лекциям. – Казань, Издат. В.В.Вороксина, 1912. – 344 с.

27. *Kaser M.* Das römische Privatrecht. Zweite Abschnitt. Die nachklasische Entwichlungen. – Müncen, Verlag C.H.Beck, 1975. – 680 s.

28. Haferkamp, Hans-PeterGeorg Friedrich Puchta und die "Begriffsjurisprudenz" Frankfurt am Main : Vittorio Klostermann, 2004. – 534 s.

29. [Казанцев Л.Н.] О разводе по римскому праву в связи с историческими формами римского брака. Период языческий. Историко-юридическое иссследование Л.Н. Казанцева. – К, Университетские Известия,1891 – 1892 – 245 с.

30. Corbier, Mireille. Divorce and Adoption as Roman Familial Strategies// Marriage, Divorce, and Children in Ancient Rome,eds. Beryl Rawson. Oxford: Oxford University Press, 1991. – 47 – 78 s.

31. Baquero Fernández M.-Eva. Repudium – Divortium (origen y configuracion juridica hasta la legislacion matrimonial de Augusto) // Faculta de derecho. Universidad de Granada. Departamento de derecho romano y derecho mercantile (Area de derecho romano). – Granada, 1987. – 155 p.

32. Fayer, Carla La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari. Parte III. Concubinato, divorzio, adulterio. – Roma, L'Erma di Bretschneider, 2005. – 452 p.

33. Санфилиппо, Ч. Курс римского частного права: Учебник / Под. ред. Д.В. Дождева. – М.: Издательство БЕК, 2000. – 400 с.

34. Браун П. Тіло і суспільство. Чоловіки, жінки і сексуальне зречення в ранньому християнстві. – К., Видавництво "Мегатайп". – 520 с.

35. *Барон Ю.* Система римского гражданского права: В 6 кн. – СПб.: Издательство Р. Асланова "Юридический центр Пресс", 2005. – 1102 с.

36. Дождев Д.В. Римское частное право. – М., Издат. группа ИНФРА М – НОРМА, 1997. – 704 с.

Надійшла до редколегії 28.08.15

Л. Дячук, канд. ист. наук, доц., докторант
Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Киев, Украина

ИНСТИТУТ РАЗВОД В РАННЕВИЗАНТИЙСКОМ ПРАВЕ ЭПОХИ ЮСТИНИАНА

В статье исследуется проблема прекращения брака в связи с разводомза конституциями и новеллами Юстиниана. Нормативно-правовые акты императора исследуются на аксиологической основе христианских ценностей с учетом особенностей ментальности тогдашнего социума. Обращается внимание на эволюционные изменения нормативных положений о разводе и выясняются их социальная и духовная обусловленность. Проблема развода регулируется в Юстиниана по принципу авдекватной ответственности виновной стороны и соответствующей компенсации пострадавшей стороне, в контексте равенства прав и обязанностей субъектов прекращеня брака.

Ключевые слова: прекращение брака, виды разводов, правовые источники, новеллы, причины разводов, юридическая ответственность, имущественные штрафы, уголовные преступления, права детей, христианские ценности.

L. Dyachuk, PhD. History, Associate Professor, doctoral
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

THE INSTITUTE OF DIVORCE IN EARLY-BYZANTINE LAW OF THE JUSTINIAN EPOCH

The issues of termination of marriage via divorce according to the constitutions and novels of Justinian are investigated in the article. Research of the legal acts of the emperor is based on axiological foundation of the Christian values, taking into consideration specific mentality of the socium of that time. Evolutionary changes of the normative provisions on divorce, their social and spiritual conditionality are discussed in the article. The divorce is governed by the principles of adequate responsibility and respective compensation for the injured party in the light of the equality of rights and duties of the subjects of the divorce.

Key words: termination of marriage, types of divorce, legal sources, novels, causes of the divorces, legal responsibility, property penalties, crimes, childrens' right, Christian values.

УДК 343.9.01

М. Кікалішвілі, канд. юрид. наук, доц.
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ

СОЦІОЛОГІЧНІ ТЕОРІЇ ДЕВІАНТНОЇ ПОВЕДІНКИ (теорії аномії Е. Дюркгейма, Р. Мертона та теорії соціального контролю і регулювання Т. Хірши, К. Реклеса)

Стаття присвячена аналізу деяких соціологічних теорій девіантної поведінки, а саме теорій аномії та теорій соціального контролю і регулювання.

Ключові слова: девіантна поведінка, девіація, теорія аномії, соціальний контроль, регулювання.

Девіантні форми порушення поведінки або відхилення від загальноприйнятих норм виявляють за останні десятиліття тенденцію стрімкого збільшення і являють собою проекцію всіх тих проблем, які накопичились у суспільстві та вимагають свого невідкладного розв'язання. При цьому характер порушень поведінки може бути найрізноманітнішим. Найчастіше вони виявляються в протилежних діях, ігноруванні існуючих вимог і порядків, пияцтві й алкоголізмі, сексуальній розбещеності, бродяжництві, вживанні наркотичних і токсичних речовин, суїцидальних тенденціях, вчиненні злочинів.

Сьогодні таке соціальне явище, як девіація поведінки не тільки стало об'єктом пильної уваги вітчизняної науки (педагогіки, психології, соціології, кримінології тощо), але соціум ставить конкретні завдання щодо розв'язання цієї проблеми.

Поняття "девіантність" (від пізньолат. deviatio – відхилення, від лат. de –від + лат. via –дорога; відхилення від нормалі, відхилення від головного шляху руху, від правильної лінії). Це поняття набуло поширення у філософії, соціології, психології та правознавстві, де під девіантною (такою, що відхиляється) поведінкою розуміється поведінка, яка порушує загальноприйняті у даному суспільстві норми і правила. Умовно кажучи, відхилення можуть бути як зі знаком "мінус", так і зі знаком "плюс", коли вчені, діячі культури порушують усталені стереотипи, закладаючи підґрунтя нових світоглядних парадигм і стилів мислення. Юристів не цікавлять ті форми поведінкового відхилення, які не порушують чинні правові норми та не завдають шкоди правовідносинам, проте предметом їхнього постійного зацікавлення є девіантність зі знаком "мінус", оскільки остання так чи інакше стосується нормативно-правових основ життєдіяльності сучасного суспільства. Саме під таким кутом в межах філософії, соціології, психології і кримінології в науковій літературі розглядається проблема девіантної поведінки (Е. Дюркгейм, Е. Гофман, Р. Мертон тощо), до категорії якої зазвичай відносять правопорушення, злочинність, наркоманію, самогубство тощо.

В наукові літературі існують деякі концепції, що пояснюють девіації:

1. Біологічне пояснення девіації (теорії У. Шелдона і Ч.Ломброзо) [4, С. 3].

2. Психологічні пояснення (концепції А.Бандури, А.Баса, М.Лазаруса, З.Фрейда) [4, С. 3].

3. Соціологічні пояснення (теорії аномії Е. Дюркгейма і Р. Мертона; теорія соціального контролю і регулювання (Т. Хірши і К. Реклеса); культурологічні пояснення (Т.Селлі, У.Міллер); теорія стигматизації або наклеювання ярликів (Г.Беккер); конфліктологічний підхід (А.Турк, Р.Квінні) [4, С. 3].

В цій статті ми розглянемо деякі із соціологічні теорій девіантної поведінки, а саме теорії аномії Е. Дюркгейма і Р. Мертона та теорії соціального контролю і регулювання Т. Хірши і К. Реклеса.

Соціологічне пояснення враховує соціальні та культурні чинники, на основі яких людей вважають девіантами.

У центрі уваги теорій аномії, відчуження та ідентифікації стоять питання збігу світогляду індивіда та існуючої в суспільстві системи соціальних цінностей. Кожна з цих теорій розглядає питання злочинної і девіантної поведінки в своєму особливому ракурсі. Аномія – це стан дезорганізації особистості, що виникає в результаті її дезорієнтації, що є наслідком або соціальної ситуації, в якій має місце конфлікт норм – особистість стикається із суперечливими вимогами, або ситуації, коли норми відсутні. Під відчуженням розуміється відхід індивіда від оточуючого його світу або його недостатня внутрішня інтеграція.

Термін "аномія" вперше з'явився в англійській мові в 1591 р. і в XVII ст. і часто використовувався теологами, позначаючи нехтування правом, зокрема божественним. Термін був включений до словника Джонсона в 1755 р. в двох варіантах – англійською та французькою. В даний час більше поширена французька вимова, мабуть, це пояснюється тим, що в мову соціології термін "аномія" був введений в 1897 р. Е. Дюркгеймом. Одна з найважливіших теоретичних конструкцій включає в себе поняття соціального відчуження – явища, вивчення якого кримінологія почала зі звернення Дюркгейма до ідеї аномії. Розробкою цієї концепції займалися Роберт К. Мертон, Річард Клауорд і Ллойд Оулін, Джекоб Гвост та інші.

Вперше соціологічне пояснення девіації було запропоновано саме в теорії аномії, розробленої Емілем Дюркгеймом [6].

Е. Дюркгейм стверджував, що девіація грає функціональну роль в суспільстві, оскільки девіація і покарання девіанта сприяють усвідомленню меж допустимої поведінки, і виконують роль факторів, що спонукають людей підтвердити свою прихильність моральному порядку суспільства. Е. Дюркгейму належить ідея аномії – громадського стану, який характеризується розкладанням системи цінностей, обумовлених кризою всього суспільства, його соціальних інститутів, протиріччям між проголошеними цілями і неможливістю їх реалізації для більшості. Е. Дюркгейм використовував цю теорію в своєму класичному дослідженні сутності самогубства. Він вважав однією з причин самогубства явище, назване аномією (буквально "розрегульованість"). Пояснюючи це явище, він підкреслював, що соціальні правила відіграють важливу роль в регуляції життя людей. Норми керують їхньою поведінкою, вони знають чого слід очікувати від інших і що чекають від них.

Життєвий досвід людей (тобто їх задоволення і розчарування) більш-менш відповідає очікуванням, які обумовлені соціальними нормами. Однак під час криз чи радикальних соціальних змін, наприклад у зв'язку зі спадом ділової активності та нестримної інфляцією, життєвий досвід перестає відповідати ідеалам, втіленим в соціальних нормах. В результаті люди відчувають стан заплутаності і дезорієнтації.

Люди усвідомлюють, що їм важко координувати свою поведінку відповідно до норм, які в даний момент стають слабкими, неясними або суперечливими. У пе-

© Кікалішвілі М., 2015

ріоди швидких суспільних змін люди перестають розуміти, чого чекає від них суспільство, і відчувають труднощі в узгодженні своїх вчинків з діючими нормами. "Старі норми" вже не представляються слушними, а нові, що зароджуються ще занадто туманні і нечітко сформульовані, щоб служити ефективними і значущими орієнтирами в поведінці. У такі періоди можна чекати різкого зростання кількості випадків девіацій.

Е.Дюркгейм наголошував необхідність пояснення різних форм соціальної патології саме як суспільних явищ. Наприклад, кількість самогубств залежить не стільки від внутрішніх властивостей індивіда, скільки від зовнішніх причин, які керують людьми [5].

Е.Дюркгейм настільки не сумнівався в об'єктивній природі соціальних відхилень, що стверджував "нормальність" злочинності. На його думку, немає ніякого іншого феномену, який володів би настільки безперечними ознаками нормального явища, бо "злочини спостерігаються у всіх суспільствах всіх типів... злочинність не знижується по мірі розвитку людства " [6, с. 86]. Більш того, девіації є складовою частиною всякого здорового суспільства, "фактор суспільного здоров'я" [6, с. 86]. У "Соціології" Е.Дюркгейм пише: "Злочин є необхідним... корисним для нормальної еволюції моралі та права... буває, що він готує зміни " [6, с. 90]. Наприклад, згідно афінському праву, Сократ (470 – 399 рр. До Р. Х.) був злочинцем – людиною, яка розбещує розуми молоді. Тим часом його злочин – самостійність думки – був корисним і для його батьківщини і для людства. Його погляди були підґрунтям нової моральності, якої тоді потребували Афіни, оскільки традиції вже не відповідали умовам життя.

Таким чином, Е.Дюркгейм розглядав соціальні відхилення переважно як наслідок нормативно-ціннісної дезінтеграції суспільства. Його ідеї отримали подальший розвиток у роботах дослідників (в тому числі В.Парето, Л.Козера), які визнають в якості ведучих причин девіантної поведінки протиріччя між класами і різними соціальними силами, наприклад новаторськими і консервативними [3, с. 6].

Американський соціолог Роберт К. Мертон (1938) вніс деякі зміни в концепцію аномії, запропоновану Е. Дюркгеймом. Він вважає, що причиною девіації є розрив між культурними цілями суспільства та соціально схвалюваними засобами їх досягнення. Р. Мертон спробував застосувати дюркгеймівські поняття аномії та соціальної солідарності, аналізуючи соціальну дійсність США. Для більшості американців життєвий успіх, особливо виражений у матеріальних благах, перетворився на культурно визнану мету. При цьому тільки певні чинники, наприклад, гарна освіта і високооплачувана робота, отримали схвалення в якості засобів до досягнення успіху. Але коли ми стикаємося з реальним станом справ в американському суспільстві, стає ясно, що ці соціально схвалювані засоби є недоступними для більшості населення.

Багато людей не можуть платити за освіту, а кращі підприємства приймають на роботу лише обмежену кількість фахівців. Згідно Р. Мертону, коли люди прагнуть до фінансового успіху, але переконуються в тому, що його не можна досягти за допомогою соціально схвалюваних коштів, вони можуть вдатися до незаконних способів, наприклад, рекету, спекуляції на скачках або торгівлі наркотиками [8].

Однак "відсутність можливостей" і прагнення до матеріального благополуччя недостатньо для девіантної поведінки. Суспільство з жорсткою класовою або кастової структурою може не давати всім своїм членам рівних шансів для збагачення, але в той же час вихваляти багатство; так було в феодальних суспільствах середньовіччя. Тільки тоді, коли суспільство проголошує загальні символи успіху для всього населення, обмежуючи при цьому доступ безлічі людей до визнаних засобів досягнення таких символів, створюються умови для антигромадської поведінки. Р. Мертон виділив п'ять реакцій на дилему мети – засоби, чотири з яких представляють собою девіантні адаптації до умов аномії.

Конформізм має місце, коли члени суспільства приймають як культурні цілі досягнення матеріального успіху, а також затверджені суспільством засоби для їх досягнення. Подібна поведінка становить опору стабільного суспільства.

Інновація спостерігається, коли індивіди твердо дотримуються культурно встановлених цілей, але відкидають схвалені суспільством засоби їх досягнення. Такі люди здатні торгувати наркотиками, підробляти чеки, шахраювати, привласнювати чуже майно, красти, брати участь в розбійних пограбуваннях чи займатися проституцією, здирництвом і купувати символи успіху.

Ритуалізм має місце, коли члени суспільства відкидають культурні цілі або принижують їх значимість, але при цьому механічно використовують схвалені суспільством засоби для досягнення таких цілей. Наприклад, цілі організації перестають бути важливими для багатьох бюрократів, проте вони культивують засоби в якості самоцілі, фетішизують правила і паперову тяганину.

Ретрітизм полягає в тому, що індивіди відкидають і культурні цілі, і визнані засоби їх досягнення, нічого не пропонуючи натомість. Наприклад, алкоголіки, наркомани, бродяги стають ізгоями у власному суспільстві; "вони живуть у суспільстві, але не належать до нього".

Бунт полягає в тому, що бунтарі відкидають культурні цілі суспільства та засоби їх досягнення, але при цьому замінюють їх новими нормами. Такі індивіди поривають зі своїм соціальним оточенням і включаються в нові групи з новими ідеологіями, наприклад, радикальні суспільні рухи.

Типи індивідуальної адаптації Р. Мертона характеризує рольова поведінка, а не типи особистості. Людина може міняти думку і переходити від одного типу адаптації до іншого.

Деякі соціологи застосували теорію аномії при вивченні проблеми підліткової злочинності. Так, А. Коен припустив наступне: хлопчиків, що належать до нижчих верств суспільства, приваблюють бандитські угруповання, тому що їх постійно оцінюють за мірками середнього класу, і вони виявляють, що програють у своєму шкільному середовищі, де цінуються добре володіння мовою, охайний зовнішній вигляд і здатність заслуговувати похвали. У відповідь на ці вимоги хлопчики "збиваються" в підліткові угрупування, де в пошані "круті", "нахабні хлопці", "порушники спокою", – стандарти, що дозволяють підліткам з нижчих класів досягати успіху. Згідно з дослідженнями Делберта С. Еліота, юні хулігани, що залишили школу, рідше вчиняють правопорушення, ніж ті, які продовжують її відвідувати. Очевидно, що коли хлопці залишали ненависну їм школу, то вони вирішували проблеми, з якими стикалися в шкільному середовищі, де до них ставилися із завищеними вимогами.

Теорія аномії Р. Мертона акцентує увагу на тих процесах встановлення визнаних культурних цілей і засобів, за допомогою яких суспільство ініціює девіантну поведінку. Зокрема, за допомогою цієї теорії можна розкрити суть і причини злочинів, пов'язаних з матеріальним збагаченням, вчинених на ґрунті наживи і жадібності, злочинів у середовищі "білих комірців" і корпоративних злочинів, злочинів, які "розпалюють війни" і злочинів серед представників владних структур, і тих, хто прагне до влади.

Однак критики теорії Р. Мертона вказують, по-перше, що він випускає з уваги процеси соціальної взаємодії, за допомогою яких люди формують свої уявлення про світ і планують свої вчинки. Р. Мертон описує порушників соціальних норм як індивідуалістів – людей переважно самодостатніх, що приймають для себе рішення про вихід зі стресових ситуацій без урахування вчинків оточуючих. По-друге, не всю девіантну поведінку можна пояснити розривом між базовими цінностями та цілями. Але його критики стверджують, що американському суспільству з безліччю субкультур властивий плюралізм. Життя американського суспільства дає безліч прикладів, коли девіантну поведінку індивіда можна пояснити неприйнятністю для нього деяких норм, що носять превалюючий характер в більшості груп населення.

Теорії Т. Хірши і К. Реклеса роблять акцент на тому як людина в процесі соціалізації стає девіантом.

Теорія соціального контролю Тревіса Хірши. Т. Хірши вважає, що людина в основному є антигромадською істотою і марно запобігати делінквентності, вводячи певні вимоги. Основне питання в поясненні делінквентності повинно бути "чому вони не роблять цього?". Відповідаючи на це питання, Т. Хірши посилається на твердження, що ступінь інтеграції індивіда в групі є дуже важливим моментом в поясненні протистояння і делінквентності. Для Т. Хірши інтеграційне сприйняття норм і необхідних відповідних вчинків інших є основним елементом протистояння в суспільстві. Так якщо індивід байдужий до поглядів інших і не відчуває необхідності слідувати нормам (особливо якщо норми в суспільстві слабо виражені), то він вільний утворювати нові відносини з іншими, які схвалюють девіантну активність і відповідний стиль життя.

Т. Хірши вважає, що делінквентний акт є результатом, коли особистісний борг до суспільства слабкий або зруйнований. Він вводить такі елементи зв'язку, як прихильність, вручення, залучення. Особистість, яка прив'язана до суспільства має схильність бути більш залученою в активність цього суспільства і сприймати його договірні зв'язки, як основу нормативної поведінки. У своїх фантазіях люди більш девіантні, ніж вони це проявляють [10].

Теорія регулювання К. Реклеса. Запропонована К. Реклесом теорія регулювання виходить з факту існування внутрішньої і зовнішньої контрольних систем.

В основі цієї теорії лежать уявлення про зовнішні і внутрішні імпульси, що спонукають або до делінквентної, або до законослухняної поведінки. Якщо внутрішні і зовнішні імпульси спонукають до делінквентної поведінки, то результатом і буде делінквентна поведінка. Для внутрішнього регулювання необхідні самосвідомість, самоконтроль, сильне *его*, добре розвинене *суперего*, висока здатність переносити фрустрацію, опірність різного роду відволікаючим моментам, розвинене почуття відповідальності, цілеспрямованість, здатність знаходити задоволення в "замінниках", здатність до раціоналізації, яка послаблює напругу. Зовнішнє регулювання являє собою складний механізм, який діє у безпосередньому соціальному оточенні індивіда і утримує його в рамках соціальних норм. Стійкий моральний клімат, наявність розумних соціальних очікувань, дисципліна і ефективний нагляд за дітьми, забезпечення нормальної сфери діяльності, можливість отримати схвалення, можливість виходу зі стану напруги і фрустрації, ідентичність і почуття приналежності до певної групи – все це фактори зовнішнього регулювання. Зовнішнє і внутрішнє регулювання є головною опосередкованою ланкою між тиском, який чинить на індивіда навколишня дійсність, і його внутрішніми спонуканнями. Факторами зовнішнього тиску можуть бути бідність і нестатки, конфлікти, зовнішні обмеження, статус групи меншості, обмежений доступ до можливостей досягнення успіху та інші стресові ситуації. Розваги, спокуси, приклади злочинної поведінки, реклама – все це імпульси, які дає навколишнє середовище. Зовнішнє регулювання може складатися також з таких компонентів, як щасливе сімейне життя, зацікавленість у діяльності громади, членство в організаціях, дружба з хорошими людьми.

Внутрішнє регулювання включає в себе контроль над спонуканнями, мотивами, свободою самовираження, а також над такими почуттями, як фрустрація, нетерплячість, розчарування, обурення, ворожість, приниження. Воно вимагає здатності протистояти зовнішнім і внутрішнім імпульсам, успішно вирішувати конфлікти, утримуватися від спокус і стійко переносити неприємності. Внутрішнє регулювання набуває особливо важливе значення в мобільному, мінливому суспільстві, оскільки воно само породжує відчуження людей, ускладнює їх участь у житті групи і вибиває їх з звичної колії.

Теоріїї Т. Хірши і К. Реклеса носять індивідуальний характер, не приймається до уваги те, що в суспільстві існують девіантні субкультури,також вони розглядають девіантів як осіб, що позбавлені почуття провини и не беруть до уваги, що злочини часто вчиняються з необережності або помилково[10].

Список використаних джерел

1. Американская социология: Перспективы, проблемы, методы. М. – 1972. – 390 с.
2. Гилинский Я. Соціологія девіантної поведінки – СПб.: Пітер, 2009. – 507 с.
3. Гилинский Я., Афанасьев Социология девиантного (отклоняющегося) поведения: Учебноепособие. СПб.,1993. – 213 с.
4. Деларю В.В. Психология отклоняющегося поведения. Учебно-методическое пособие. Волгоград, 2004. – 78 с. // http://lib.druzya.org/deviant/.view-delaru-deviant.txt.full.html.
5. Дюркгейм Э. Самоубийство (социологический этюд) /Пер. с фр. с сокр.; Под ред. В. А. Базарова. – М.: Мысль, 1994. – 399 с.
6. Дюркгейм Э. Социология. Ее предмет, метод, предназначение / Пер. с фр., составление, послесловие и примечания А. Б. Гофмана. – М.: Канон, 1995. – 352 с. – (История социологии в памятниках).
7. Клейберг Ю.А. Психология девиантного поведения: Учебное пособие для вузов. – М.: ТЦ Сфера, при участии "Юрайт-М", 2001. – 160 с.
8. Миллз Р. Властвующая элита. – М.: Директмедиа Паблишинг, 2007. [Електронний ресурс] http://allconspirology.org/books/Mills-R_Vlastvuyushchaya-elita/.
9. Фокс В. Введение в криминологию. – М. – 1980. – С. 239.
10. Хомич А.В. Психология девиантного поведения: Учебное пособие. – Ростов-на-Дону, 2006. [Електронний ресурс]: http://khomich.narod.ru/DEVIANTNOE-POVEDENIE/Deviantnoe-posobie.htm

Надійшла до редколегії 29.08.15

М. Кикалишвили, канд. юрид. наук, доц.
Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Киев, Украина

СОЦИОЛОГИЧЕСКИЕ ТЕОРИИ ДЕВИАНТНОГО ПОВЕДЕНИЯ (теории аномии Э. Дюркгейма, Р. Мертона и теории социального контроля и регулирования Т. Хирши, К. Реклеса)

Статья посвященаанализунекоторых социологических теорий девиантного поведения, а именно теорий аномии и теорий социального контроля и регулирования.

Ключевые слова: девиантное поведение, девиация, аномия, социальный контроль, регулирование.

M. Kikalishvili, Ph.D., docent,
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

SOCIOLOGICAL THEORIES OF DEVIANT BEHAVIOR
(anomie theory of Emile Durkheim, Robert Merton
and the theory of social control and regulation of T. Hirsch, K. Reklesa)

This article analyzes the sociological theories of deviant behavior.Sociological explanations of deviant behavior included social and cultural factors on which people believe deviants. The theory of anomie Emile Durkheim emphasizes the role of regulatory uncertainty and disorientation resulting experience of people stop responding to social norms of society. On the other hand, the proposed concept, devianta necessary to society, because it helps to understand and maintain standards (E. Erickson). The theory of anomie Robert Merton based on the analysis of the factors contributing to acceptance or denial of the purposes of trafficking society, socially acceptable means of achieving them, or both together. Typology deviations: innovation (with consent approval purposes, but objections endorse ways to achieve them), ritualism (denial goals, but use endorse drugs) retreatizm (escape from reality) and rebellion.

Keywords: deviant behavior, deviant behavior, deviation, anomie, social control, regulation.

УДК 347.22

Г. Харченко, канд. юрид. наук, доц.
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ

РЕЧОВИЙ ІНТЕРЕС ЯК САМОСТІЙНИЙ ОБ'ЄКТ ЗАХИСТУ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

У статті розглядається проблематика захисту речового інтересу в цивільному праві України. На підставі проведеного аналізу відзначено, що на сьогодні на нормативному рівні способи захисту цивільних прав та інтересів не розмежовані, внаслідок чого ані в судовій практиці, ані у науковому середовищі немає єдиної точки зору якими саме способами захисту, вказаними, зокрема, у ЦК України, можуть захищатись цивільні, і в тому числі речові, інтереси.

Ключові слова: речове право, речовий інтерес, захист речового інтересу, способи захисту.

Для цивілістичної науки питання захисту цивільного інтересу, не поєднаного із суб'єктивним правом особи, навряд чи, можна вважати другорядним. За своєю складністю воно нічим не поступається питанню захисту цивільного права, а за деякими своїми аспектами вимагає навіть більшої уваги. Отож, невипадково, що у цивільному праві воно здавна знаходиться у полі зору багатьох видатних вчених-правознавців різних часів – Р. Ієринга, О. С. Іоффе, Д. М. Чечота, І. В. Венедіктової, Р. А. Майданика, У. Маттея, Є. О. Крашеніннікова тощо. Однак, ними питання захисту охоронюваного законом інтересу в цивільному праві в більшій мірі досліджувалось узагальнено без його прив'язки до конкретних різновидів цивільних інтересів.

Метою ж цієї статті є висвітлення проблемних питань та особливостей захисту в цивільному праві України речового інтересу як самостійного об'єкта такого захисту, визначення тих способів, за якими останній може захищатися.

Варто відзначити, що сьогодні новелою чинного Цивільного кодексу України [1] /далі – ЦКУ/ є визнання можливим захисту у цивільному праві двох об'єктів – цивільного права та інтересу /ст.ст. 3, 15 ЦКУ тощо/. Звісно, що інтерес у цивільному праві, так само як і суб'єктивні права, може мати різний характер. Коли в його основі є прагнення до панування над майном, ми його характеризуємо як майновий, а відтак, за аналогією ч. 2 ст. 190 ЦКУ, і як речовий одночасно. Захист такого інтересу ускладнений специфікою самого об'єкта, що імовірно може підлягає захисту. Зрозуміло, що на протязі всього свого життя у людини, а через неї й у інших учасників цивільних відносин (юридичних осіб, держави тощо) може з'являтися безліч різноманітних речових інтересів, однак не всі вони обов'язково підлягають правовому захисту. На відмінну від суб'єктивного речового права, факт наявності якого у особи вже сам по собі означає для неї можливість захистити його у разі порушення або навіть реальної загрози такого, речовий інтерес не захищається лише по факту того, що він у особи існує. Особа, зазначав Д. М. Чечот, що знаходилась на утриманні померлого спадкодавця менше року, можливо й буде претендувати на спадщину, однак його інтерес позбавлений юридичної природи, оскільки він не створює жодних передумов для виникнення суб'єктивних спадкових прав та обов'язків. Тобто він має виключно соціальний характер, однак не кожний соціальний інтерес, вказує правознавець, має юридичний характер. Не виключено, продовжує Д. М. Чечот, що законодавець може змінити порядок спадкування утриманців, і вказаний соціальний інтерес утриманця зможе набути юридичного характеру. Отож, звідси робиться висновок, що юридичний інтерес виникає на базі соціального інтересу і відповідної норми об'єктивного права. Норма права конкретизує соціальний інтерес, визначаючи ті суб'єктивні права та обов'язки, що може набути заінтересована особа [2, с. 35-36].

Маючи речовий інтерес, особа об'єктивно прагне інтегрувати його у зміст відповідного суб'єктивного права на майно, хоча б тому, що набутий нею правовий статус носія речового права надає останній значно більше правових гарантій порівняно із попереднім станом. Крім того, потенційно можливе панування над майном, що відповідає юридично захищеному речовому інтересу, підвищується до рівня остаточно закріпленого, з відповідним посиленням захисту того інтересу, що втілений у зміст суб'єктивного речового права, порівняно з тим інтересом, що існує самостійно. У разі якщо між речовим інтересом щодо панування над майном та конкретним речовим правом іншої особи на те ж саме майно виникає протиріччя, інтерес захисту не підлягає. Такий висновок слідує, зокрема, з ч. 3 ст. 16 ЦКУ, що дозволяє суду відмовити у захисті цивільного інтересу, застосовуючи за аналогією закону норму ч. 2 ст. 13 ЦКУ. Остання передбачає обов'язок утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб.

Наочно дію цього загального правила можна побачити й у матеріалах судової практики. Так, у своєму рішенні Верховним Судом України від 22 жовтня 2008 року у справі № 6-14073св08 зазначалось, що особа, яка офіційно зареєстрована у одному будинку, не будучи його власником, самочинно, без згоди самих власників, вирішила провести капітальний ремонт частини будинку, для чого закупила будівельні матеріали, уставила металеві двері, частково демонтувала покрівлю та перекрила її.

© Харченко Г., 2015

Після демонтажу всього цього з боку одного із власників будинку, вона звернулася до суду з позовом про відшкодування завданої матеріальної та моральної шкоди. Аналізуючи матеріали справи, Верховний Суд України дійшов висновку, що оскільки своїми діями по проведенню ремонту будинку особа порушила право власника на користування майном і між інтересом позивача та правом власності відповідача виникло протиріччя, то інтерес останнього захищатися не може [3].

Таким чином, можемо констатувати, що відповідно до положень цивільного законодавства України речовий інтерес особи, у разі якщо його реалізація порушує речове право іншої особи, не може бути кваліфікований як той інтерес, що підлягає захисту як інтерес, що охоронюваний законом.

Серед інших проблем, пов'язаних із захистом речового інтересу у цивільному праві, маємо також зазначити, що на сьогодні на нормативному рівні, на жаль, не має чіткого розведення способів захисту правоохоронюваного цивільного інтересу та суб'єктивного права. Стаття 16 ЦКУ надає лише загальний перелік таких способів, не зосереджуючи увагу, які способи захисту можуть, а які не можуть бути використані для захисту цивільного інтересу. Як наслідок, зауважує І. В. Венедіктова, суди неоднозначно підходять до застосування переліку способів захисту охоронюваних законом інтересів судом у ст. 16 ЦКУ [4, с. 21].

Цієї наявної законодавчої проблематики у своєму рішенні від 1 грудня 2004 року № 18-рп/2004 по справі № 1-10/2004 почасти торкнувся і Конституційний Суд України /далі – КСУ/. На його думку, у цивільному законодавстві, а саме у Цивільному кодексі України (ст. 16), прописані, зокрема, такі способи захисту інтересів як: визнання правочину недійсним; припинення дії, яка порушує право; відновлення становища, яке існувало до порушення; примусове виконання обов'язку в натурі; зміна правовідношення; припинення правовідношення; відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди; відшкодування моральної (немайнової) шкоди; визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб. Такий перелік способів захисту інтересів у Цивільному кодексі України, зауважує суд, не є вичерпним, оскільки стаття 16 ЦКУ вміщує ще й припис про те, що "суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, що встановлений договором або законом" [5, с. 6].

Враховуючи те, що серед перелічених способів захисту інтересу КСУ не зазначив такий спосіб як – визнання права, то це начебто повинно наштовхнути нас на думку, що у своєму рішенні суд перераховує лише способи захисту такого інтересу, який перебуває виключно у логічно-смисловому зв'язку із суб'єктивними правами, але прямо ними не опосередковується, тобто виходить за межі останніх. Однак, аналіз перерахованих способів покаже, що такий висновок може бути, принаймні, спірним.

Посильну допомогу у розмежуванні способів захисту речового права та речового інтересу може надати ст. 6 Цивільний кодекс УРСР 1963 року [6] /далі – ЦК УРСР/, де на відмінну від ст. 16 ЦКУ 2003 р., законодавець зазначав лише способи захисту цивільних прав, якими, зокрема, визнавались: визнання цих прав; відновлення становища, яке існувало до порушення права, і припинення дій, які порушують право; присудження до виконання обов'язку в натурі; компенсації моральної шкоди; припинення або зміни правовідношення; стягнення з особи, яка порушила право, завданих збитків, а у випадках, передбачених законом або договором, – неустойки (штрафу, пені), а також іншими засобами, передбаченими законом.

При порівнянні цих способів із тими, що визначені у ст. 16 ЦКУ, можна побачити, що такий спосіб захисту цивільного права як то – відновлення становища, яке існувало до порушення права у чинному Цивільному кодексі України був замінений на інший – відновлення становища, яке існувало до порушення. Зміни у назві способу невипадкові, а закономірні, в контексті того, що за чинним цивільним законодавством України захисту можуть підлягати не лише цивільні права, а й інтереси. Логіка цих змін вказує, що такий спосіб як відновлення становища, яке існувало до порушення, є комплексним, тобто він може бути використаний для захисту як цивільного (речового) права, так й цивільного (речового) інтересу як самостійного об'єкта захисту, що знаходиться поза межами суб'єктивного права.

До комплексних відноситься й інший спосіб – визнання правочину недійсним. Право на такий висновок дає ч. 3 ст. 215 ЦКУ. Зазначено, що якщо недійсність правочину прямо не встановлена законом, але одна із сторін або *інша заінтересована особа* заперечує його дійсність на підставах, встановлених законом, такий правочин може бути визнаний судом недійсним (оспорюваний правочин). До того ж, у ч. 5 ст. 216 ЦКУ також вказується, що вимога про застосування наслідків недійсності нікчемного правочину може бути пред'явлена будь-якою *заінтересованою особою*.

У судовій практиці можна знайти немало конкретних прикладів, коли через визнання правочину недійсним захищались речові (майнові) інтереси заінтересованих осіб, що не були сторонами такого правочину. Приміром, іпотечний договір укладений між позивачем та відповідачем був визнаний судом недійсним через порушення при його укладені інтересів неповнолітніх дітей, що проживали та були зареєстровані в квартирі (предмет договору) під час вчинення означеного правочину без дозволу органу опіки та піклування [7].

Серед інших способів захисту інтересів, згаданих КСУ у вище наведеному його рішенні, значаться, зокрема, зміна правовідношення та припинення правовідношення. Ці способи у ст. 6 ЦК УРСР зазначені як способи захисту цивільних прав. Закономірно виникає питання – в якій мірі вони можуть бути використані для захисту цивільного, у тому числі й речового, інтересу?

Із статті 525 ЦКУ, приміром, слідує, що одностороння відмова від зобов'язання або його одностороння зміна можлива, якщо це встановлено договором або законом. Відповідно до ст. 11 ЦКУ цивільні права учасники цивільних відносин можуть набувати і за договором, і безпосередньо з актів органів державної влади. Отож, якщо одностороння відмова від правовідношення або його одностороння зміна передбачені у договорі або законом, то мова має йти про відповідне суб'єктивне право особи, через реалізацію якого вона може досягти жаданого результату – припинити чи змінити правовідношення. Без такого суб'єктивного права одностороння відмова від зобов'язання або одностороння зміна його умов не допускається. Крім того, відповідно до приписів ст.ст. 610-611 ЦКУ зміна умов зобов'язання є правовим наслідком невиконання або неналежного виконання умов, визначених змістом зобов'язання, іншими словами порушення суб'єктивного права.

У практиці, дійсно, відомі випадки, коли у договорі сторони прописують можливість одностороннього його

розірвання однією з сторін із завчасним попередженням про це іншої сторони. Прикладом іншого роду таких випадків може бути ч. 1 ст. 665 ЦКУ, де вказано, що у разі відмови продавця передати проданий товар, покупець *має право* відмовитися від договору купівлі-продажу. Припинення, звичайно, може стосуватися не лише зобов'язальних, а й речових правовідносин також. Через відмову, приміром, можуть бути припинені відносини власності на підставі ст. 347 ЦКУ, для чого власнику і надається відповідне суб'єктивне право.

В контексті суб'єктивного права, а не правоохоронюваного інтересу вважаємо правильним інтерпретувати й зміст ст. 652 ЦКУ, де на вимогу будь-якої із сторін договору передбачена можливість розірвати або змінити укладений договір через суд, у разі істотної зміни обставин, якими сторони керувалися при укладенні договору. Слушно звернути увагу, що тут заінтересованими особами не можуть бути, як у випадку з визнанням правочину недійсним, особи, які не брали участь у його укладенні. Відповідно до приписів ст. 652 ЦКУ ними можуть бути лише сторони договору, а не учасники цих договірних відносин.

Певні сумніви виникають і щодо можливості використання для захисту цивільного інтересу такого способу як примусове виконання обов'язку в натурі. У своєму рішенні Конституційний Суд України сам звернув увагу, що відмінність між суб'єктивним правом та правоохоронюваним інтересом у користуванні матеріальним або нематеріальним благом полягає, зокрема, в тому, що благо, до якого має інтерес особа, не передбачає можливості вимагати певних дій від інших осіб або чітко встановлених меж поведінки [5, с. 7]. Іншими словами, правоохоронюваний інтерес, на відміну від суб'єктивного цивільного права, не існує у системі координат "правоохоронюваний інтерес – обов'язок".

У способах захисту правоохоронюваного інтересу не можна погодитись також з позицією суду стосовно можливості захисту інтересу позовом щодо припинення дії, яка порушує право, оскільки сам об'єкт захисту такого способу вже визначений у його назві безпосередньо.

Продовжуючи далі, зазначимо, що у правовій літературі висловлюється думка, що відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди слід відносити до способів захисту не цивільного права, а інтересу. Такої позиції притримується, зокрема, У. Маттеі. Відшкодування збитків, каже він, по суті, не може вважатися охороною права, а є компенсацією втраченого [8, с. 39]. На його думку, відшкодування збитків відноситься до категорії таких засобів захисту, які охороняють інтерес, але не суб'єктивне право [8, с. 259]. Зі свого боку, російський вчений Є. О. Крашенінніков пояснює, що задовольняючи вимогу про відшкодування шкоди, завданої внаслідок протиправного знищення майна, суд захищає не право власності, якого у позивача вже немає, та не здійснювану ним деліктну вимогу, а охоронюваний законом інтерес колишнього власника у відновленні свого майнового становища [9, с. 6]. Солідаризується з такою думкою й О. П. Сергєєв, вказуючи, що коли річ загибла, а відтак, припинилось право власності на неї, засоби захисту вже спрямовані не на захист права власності, а на захист майнових інтересів власника [10, с. 466]. Цю точку зору підтримує й І. В. Венедіктова також зазначаючи, що об'єктом захисту в даному випадку виступають охоронювані законом інтереси [11, с. 209-210].

З такою позицією науковців, на нашу думку, не можна погоджуватися беззастережно. Вважаємо, що у своїх висновках маємо притримуватися того причинно-наслідкового зв'язку, за яким у цивільному праві відбувається притягнення винної особи до цивільно-правової відповідальності.

Відшкодування завданої матеріальної шкоди є санкцією, яка покладається на правопорушника. Санкція є наслідком вчиненого раніше особою правопорушення. Правопорушення, у разі протиправного знищення майна власника, було скоєно щодо права власності, а не якогось іншого правоохоронюваного інтересу. І хоча після знищення майна право власності, дійсно, припиняється, втім, питання щодо відшкодування завданої матеріальної шкоди все ж таки виникає через порушення суб'єктивного цивільного права, а не законного інтересу, про що кажуть окремі науковці.

У своєму баченні виходимо з того, що після скоєння правопорушення, а воно теж припинилось відразу після знищення майна, будь-який інший правоохоронюваний інтерес колишнього власника правопорушник не порушував, а тому з правової точки зору прив'язувати відшкодування завданої матеріальної шкоди до захисту нібито порушеного правоохоронюваного інтересу є некоректним.

Таким чином, притягнення у цій ситуації правопорушника до цивільно-правової відповідальності у вигляді відшкодування завданої ним власнику матеріальної шкоди є звичайною реакцією держави на порушення права власності, тобто того його інтересу, що ґрунтується на відповідному речовому праві власника на річ, а не порушення інтересу як самостійного об'єкта захисту, який імовірно міг виникнути у вже колишнього власника після припинення його права власності на знищене майно. В посилення наведеної аргументації також хочеться послатися й на правову позицію законодавця у цьому питанні. Стаття 22 ЦКУ передбачає, що право особи на відшкодування завданих їй збитків виникає у неї через порушення її цивільного права, а не інтересу.

Окрім відшкодування збитків та інших способів відшкодування майнової шкоди, КСУ до способів захисту правоохоронюваного цивільного інтересу долучив також й відшкодування моральної шкоди. Такий крок, принаймні, мав би бути також пояснений судом, зокрема в контексті того, що нормою ч. 1 ст. 23 ЦКУ прописано, що особа має право на відшкодування моральної шкоди, завданої внаслідок порушення її **прав.**

Серед способів захисту цивільного інтересу, якими може здійснюватися захист речових інтересів, окрім визначених вище, є й визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб. Цей спосіб, так само як і визнання правочину недійсним та відновлення становища, яке існувало до порушення, відноситься до комплексних. Статтею 21 ЦКУ передбачена можливість визнання судом незаконними та скасування актів суб'єктів владних повноважень, у разі якщо вони суперечать актам цивільного законодавства і порушують цивільні права *або інтереси*.

З аналізу положень глави 3 ЦКУ "Захист цивільних прав та інтересів" можна побачити, що окремі її норми прописані саме як способи захисту цивільних прав, а не інтересів. Такою, зокрема, є норма ст. 18 ЦКУ "Захист цивільних прав нотаріусом". Вказано, що нотаріус здійснює захист цивільних прав шляхом вчинення виконавчого напису на борговому документі у випадках і в порядку, встановлених законом. Між тим, у правовій літературі, часто зауважується, що нотаріус може здійснювати захист не лише цивільних прав, а й інтересу також.

Зазначається, що посвідчуючи договори, заповіти, довіреності; вживаючи заходів до охорони спадкового майна; посвідчуючи факт, що фізична особа є живою; даючи роз'яснення з питань вчинення нотаріальних дій і консультацій правового характеру тощо, нотаріус тим самим охороняє і захищає інтереси осіб [11, с. 215].

Окрім судового порядку, речові інтереси можуть бути захищені й в адміністративному порядку через діяльність інших, не судових, органів державної влади. Тут можна, приміром, згадати про діяльність Апеляційної палати Державної служби інтелектуальної власності України, що уповноважена розглядати заперечення проти рішень Державної служби інтелектуальної власності України щодо набуття прав на об'єкти інтелектуальної власності та заяв щодо визнання знака добре відомим в Україні [12]; про діяльність Антимонопольного комітету України як органу оскарження, до якого учасники цивільних відносин мають право згідно з Законом України "Про здійснення державних закупівель" [13] звернутися з метою захисту своїх прав та охоронюваних законом інтересів з приводу рішення, дії чи бездіяльності замовника, генерального замовника, що суперечать законодавству у сфері державних закупівель і внаслідок яких порушено право чи законні інтереси такої особи тощо.

Перелік способів захисту речового інтересу можна було б продовжувати й далі. Законодавство в цьому плані дає широкі можливості учасникам цивільних відносин. Однак, оцінюючи чіткість та ясність змісту правових норм і головним чином норм Цивільного кодексу України щодо захисту цивільних прав та інтересів, вбачаємо доцільним сформулювати наступні висновки проведеного аналізу.

Речовий інтерес як самостійний об'єкт захисту у цивільному праві має, так само як й речові права, майновий характер. Він не поєднаний із змістом речових прав, а тому, на відміну від суб'єктивного права, є лише прагненням до панування над майном, що має імовірний по відношенню до реальної дійсності характер.На нашу думку, є необхідність розмежувати у главі 3 ЦКУ способи захисту цивільних прав та інтересів: чітко прописати у кодексі, які способи є способами захисту виключно цивільних прав, а які – цивільних інтересів (наразі таких способів у главі 3 ЦКУ не передбачено), і окремо згадати про ті способи, що мають комплексний характер і можуть використовуватися щодо обох об'єктів цивільно-правового захисту. Здається, що такий підхід законодавця, якщо й не покладе край науковим спорам – як і чим можуть бути захищені цивільні права та інтереси, то, принаймні, зробить саме цивільне законодавство більш досконалим і зрозумілим у його прикладному значенні.

Список використаних джерел

1. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV : за станом на 21 листопада 2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/435-15.

2. Чечот Д. М. Субъективное право и формы его защиты / Д. М. Чечот. – Л. : Изд-во Ленинград. ун-та, 1968. – 72 с.

3. Рішення Колегії суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 22 жовтня 2008 року у справі № 6-14073св08 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/2320841.

4. Венедіктова І. В. Захист охоронюваних законом інтересів у цивільному праві : автореф. дис… д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03 / І. В. Венедіктова; КНУ ім. Тараса Шевченка. – К., 2013. – 43 с.

5. 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) : Рішення Конституційного Суду України від 1 грудня 2004 року № 18-рп/2004, справа № 1-10/2004. – 10 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=9874.

6. Цивільний кодекс Української РСР : Закон УРСР від 18.07.1963 № 1540-VI [Електронний ресурс].– Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1540-06.

7. Ухвала Колегії суддів Судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України від 25 квітня 2013 року у справі № 6-5049св13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/31130437.

8. Маттеи У. Основные положения права собственности / У. Маттеи, Е. А. Суханов. – М. : Юристъ, 1999. – 384 с.

9. Крашенинников Е. А. Давность притязаний / Е. А. Крашенинников // Очерки по торговому праву : сб. науч. тр. / под ред. Е. А. Крашенинникова. – Ярославль : Изд-во Яросл. ун-та, 2003. – Вып. 10. – С. 5-16.

10. Гражданское право / Н. Д. Егоров [и др.] ; под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М. : Проспект, 1999. – Ч. 1. – 632 с.

11. Венедіктова І. В. Методологічні засади охоронюваних законом інтересів у приватному праві / І. В. Венедіктова. – Х. : Нове слово, 2011. – 260 с.

12. Про затвердження Регламенту Апеляційної палати Державного департаменту інтелектуальної власності : Наказ Міністерства освіти і науки України від 15.09.2003 № 622, затверджено в Міністерстві юстиції України 30.09.2003 р. за № 877/8198 : за станом на 21 листопада 2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0877-03.

13. Про здійснення державних закупівель : Закон України від 10.04.2014 № 1197-VII : за станом на 21 листопада 2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1197-18.

Надійшла до редколегії 24.08.15

Г. Харченко, канд. юрид. наук, доц.
Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Киев, Украина

ВЕЩНЫЙ ИНТЕРЕС КАК САМОСТОЯТЕЛЬНЫЙ ОБЪЕКТ ЗАЩИТЫ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ УКРАИНЫ

В статье рассматривается проблематика защиты вещного интереса в гражданском праве Украины. На основании проведенного анализа отмечено, что сегодня на нормативном уровне способы защиты гражданских прав и интересов не разграничены, в результате чего ни в судебной практике, ни в научной среде нет единой точки зрения какими именно способами защиты, указанными, в частности, в ГК Украины, могут защищаться гражданские, и в том числе вещные, интересы.

Ключевые слова: вещное право, вещный интерес, защита вещного интереса, способы защиты.

G. Kharchenko, Candidate of Law, Associate Professor
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

PROPRIETARY INTEREST AS A SEPARATE OBJECT OF DEFENSE IN THE CIVIL LAW OF UKRAINE

The article examines the problems of a proprietary interest defense in the civil law of Ukraine. Based on the resultsof the research,the author states that the ways to protect civil rights and interests are not differentiated by law today. As a result, among lawyers and scientists there is no common point of view which ways of defense, noted, in particular, in the Civil Code of Ukraine, can be used to protect civil and proprietary interests alike.

Keywords: property law, proprietary interest, defense of proprietary interest, ways of defense.

УДК 343.343.9.343.97

Д. Цехан, канд. юрид. наук, доц.
Национальный университет "Одесская юридическая академия", Одесса

ИНФРАСТРУКТУРА ПРЕСТУПНОСТИ: ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ

Статья посвящена анализу теоретических подходов к пониманию инфраструктуры преступности. На основании анализа наработок ученых, предложено авторское определение понятия "инфраструктура преступности", обоснована необходимость его трактовка в широком значении за счет включения в его состав субъектов инфраструктуры. Предложена классификация элементов инфраструктуры преступности.

Ключевые слова: преступность, инфраструктура преступности, уголовные агенты, субъекты инфраструктуры преступности.

Перманентное развитие общества приводит к трансформациям отдельных общественных явлений, в том числе и преступности. В современных условиях разработка эффективных моделей и стратегий противодействия преступности невозможна без учета ее взаимосвязей с другими общественными явлениями и процессами, поскольку, как отмечают криминологи, в основе преступности лежат не уголовно-правовые дефиниции, а человеческая деятельность, или социальная практика, реализующаяся в рамках конкретных социальных систем [1, с. 123]. Более того, как показывает практика работы оперативных подразделений, эффективное предупреждение преступлений достигается в значительном количестве случаев путем разрушения и нейтрализации негативного воздействия явлений и институтов, которые способствуют развитию и воспроизводству криминальной активности. Следует отметить, что исследования явлений и процессов, которые сопровождают преступность, всегда находилось в поле научного внимания. Так, аналитический обзор научных источников позволяет выделить отдельные терминологические конструкции, используемые исследователями, в частности: "фоновые для преступности явления", "инфраструктура преступности", "криминогенные фоновые явления".

Понимая сложность обозначенных явлений, автор не претендует на системный анализ каждого из них, а основное внимание в данной публикации будет уделено инфраструктуре преступности. Прежде всего, следует обратить внимание, что исследования инфраструктуры преступности сегодня носят междисциплинарный характер и проводятся преимущественно в рамках криминологии и теории оперативно-розыскной деятельности. В теории оперативно-розыскной деятельности на монографическом уровне первым к этой проблеме обратился А.Ф. Долженков, рассмотрев методологические вопросы формирование политики противодействие инфраструктуре организованной преступности средствами и методами оперативно-розыскной деятельности [2]. В данном исследовании автор определил инфраструктуру организованной преступности как своеобразную среду и базис, которые внешне не проявляют криминальных признаков, поскольку носят латентный характер, в тоже время способствует консолидации криминальных элементов, созданию ими организованных группировок и обслуживает материальные, финансовые, защитные, субкультурные, кадровые и иные потребности преступной системы [2, с. 393].

Также определяя содержательные элементы инфраструктуры преступности, ученый полагает, что целесообразно делить инфраструктуру преступности на две сферы. В первую он включает элементы, которые непосредственно обслуживают процессы преступной деятельности: удобные пути подхода к месту совершения преступной и ухода из него; безопасные с точки зрения преступников и прибыльные каналы сбыта похищенного; легальные предприятия, через которые осуществляется "отмывания" незаконно полученных средств (казино, пункты обмена валюты, фирмы, которые облегчают операции с недвижимостью и т.д.); компьютерные и телекоммуникационные сети, облегчающие достижение преступного результата; базы, хранилища преступников, так называемые "малины"; учреждения, осуществляющие физическую реабилитацию преступников (сауны, дачи, медицинские учреждения и т. д.).

Вторую сферу составляют структуры, опосредованно связанные с уголовными процессами: подготовка и воспроизводства кадров для преступной сферы; "идеологические" центры поддержки и развития воровских законов и традиций; "школы", "семинары" по обмену преступным опытом; "общаки", используемые для "подогрева" арестованных преступников и членов их семей; "мозговые центры" организованной преступности; в целом преступная субкультура; отдельные средства массовой информации и политические институты ("лобби") на службе преступных обществ и т.д.

В дальнейшем, базируясь на теоретических наработках ученых, к проблеме инфраструктуры организованной корыстно-насильственной преступности обратился А.А. Подобный [3, с. 362], определив, что инфраструктура корыстно-насильственной организованной преступности – это комплекс взаимосвязанных обслуживающих структур или объектов, которые обеспечивают базис для функционирования организованных преступных группировок, составляющими которой являются: 1) среда, обслуживающая их; 2) среда, из которой пополняются резервы организованной преступности; 3) места концентрации криминальных элементов, а также лица, работающие там; 4) места сбыта похищенного имущества, а также лица занимающиеся таким сбытом; 5) средства массовой информации и Интернет коммуникации, контролируемые преступными группировками; 6) экономическая основа преступных группировок, а также лица, работающие на таких объектах; 7) субкультура.

Разрабатывая проблематику оперативно-розыскного противодействия преступности в сфере хозяйственной деятельности, В.А. Некрасов определил инфраструктуру преступности в сфере хозяйственной деятельности как систему легальных предприятий, учреждений, организаций и искусственно созданных образований, объединенных в единую цепь, обеспечивающих противозаконное движение товаров, капиталов, ценных бумаг, услуг, в том числе незаконного происхождения, а также человеческих ресурсов для обновления участников криминальной среды с целью обеспечения долговременного функционирования технологий, схем и способов совершения хозяйственных преступлений [4].

Нужно акцентировать внимание на том, что, несмотря на важность проблематики, ученые в сфере оперативно-розыскной деятельности не уделяют ей достаточного внимания при исследовании проблем борьбы с отдельными видами преступности. Так, анализ авторефератов диссертационных исследований свидетель-

© Цехан Д., 2015

ствует о том, что предмет анализа сужается до следующих позиций:

– анализа информационных моделей отдельных форм преступности (формирование оперативно-розыскных характеристик). При этом следует обратить внимание, что инфраструктурные элементы учеными, как правило, не рассматриваются, а проводится анализ традиционных элементов (личность преступника, способы совершения преступлений, технологии преступной деятельности, обстановка совершения преступления и т.д.). Более того, в значительном количестве исследований основу оперативно-розыскной характеристики занимает анализ уголовно-правовых составляющих преступного деяния, что не всегда имеет приоритетное значение для организации и тактики борьбы с конкретными формами преступной деятельности.

– изучение отдельных составляющих инфраструктуры преступности и преступной деятельности, которые представляют реальную угрозу для различных видов безопасности государства (например, экономической).

– анализа отдельных фоновых к преступности явлений, которые в значительной мере влияют на оперативную обстановку на территории обслуживания либо по линии роботы оперативных подразделений;

– систематизации факторов, влияющих на масштабы преступности организованных преступных группировок.

Таким образом, следует обратить внимание на то, что системного научного исследования требует инфраструктура преступности в целом, что обусловлено транзитивным состоянием украинского общества и постоянным изменением социальных, экономических и политических институтов, которые активно используются преступностью, позволяя последней проводить активную экспансию в политическую и социальную жизнь.

Отдельно необходимо обратить внимание на изучение этой проблематики криминологами в рамках институционального подхода. Институциональные исследования преступности обращают серьезное внимание на анализ элементов, которые, по мнению ученых, составляют базис инфраструктуры современной преступности. В частности В.Н. Дрёмин, обосновывая концепцию преступности как социальной практики и институциональную теорию криминализации общества, обстоятельно проанализировал вопросы взаимодействия преступности и средств массовой коммуникации, роль интернета в механизме институционализации преступности, связь теневой экономики и преступности [1].

Взяв за основу методологический подход к пониманию преступности, предложенный профессором В.Н. Дрёминым, удачную попытку анализа, с точки зрения социальной практики, подкупа в сфере публичной служебной деятельности предпринял В.Я. Цытряк. Особо следует подчеркнуть, что анализируя такое сложное явление как коррупция, автор уделил значительное внимание анализу инфраструктуры подкупа в сфере публичной служебной деятельности. Исследовав проблему на базе значительного количества эмпирического данных, автор пришел к выводу, что инфраструктура подкупа в сфере публичной служебной деятельности – это система кадровых, организационно-вспомогательных и идеологических ресурсов, которые опосредствуют незаконную куплю/продажу услуг должностных лиц публичной сферы, обеспечивают функциональность и способствуют институционализации подкупа [5, с. 15].

Анализ данного определения позволяет выделить два принципиальных аспекта, которые носят важное теоретическое и прикладное значение: *во-первых,* определение инфраструктуры преступности через категорию "система", что подчеркивает масштабность, структурированность и наличие устойчивых корреляционных зависимостей между ее элементами; *во-вторых,* акцент автора на том, что инфраструктура преступности не только обеспечивает преступную деятельность, а приводит к ее институционализации, что требует от государства активных мер по ее разрушению или минимизации негативного воздействия.

Исследуя инфраструктуру преступности на современном этапе, полагаем, что существует необходимость более широкой трактовки данной категории, в частности, включение в ее структуру и активное исследование категории *"субъекты инфраструктуры преступности".* В доктрине уголовного права сегодня активно изучается институт прикосновенности к преступлению, что обусловлено необходимостью максимально точной фиксации границ между преступлением и непреступным поведением [6, с. 109]. В свою очередь криминологи активно разрабатывают самостоятельное направление – атумологию, посвященное изучению деятельности специфических субъектов, получивших название "криминальные агенты". По мнению Д.В. Жмурова, под криминальными агентами следует понимать лиц, намеренно стимулировавших

преступное поведение без нарушения соответствующего уголовно-правового запрета [7]. В последующих исследованиях автор обосновывает, что само понятие стимулирования включает в себя несколько аспектов. Во-первых, различные формы открытого воздействия на потенциального преступника с целью побудить его к совершению криминального акта. При этом такое воздействие в силу его неоднозначности не может трактоваться как соучастие. Во-вторых, манипулирование, т.е. совершение действий, поступков с целью провокации криминального акта в скрытой, завуалированной форме. В-третьих, бездействие, демонстрация безразличного отношения, молчаливое одобрение возможных действий потенциального преступника [8, с. 45]. Развивая свою концепцию, Д.В. Жмуров предлагает классификацию криминальных агентов:

– *агенты первого круга*. Значимые для потенциального преступника лица, оказывающие существенное влияние на мотивацию, решимость и криминальную направленность индивида (могут присутствовать или не присутствовать на месте совершения преступления). Чаще всего такими лицами выступают родственники, близкие знакомые или любые авторитетные люди.

– *агенты второго круга*. Незначимые для потенциального преступника лица, являющиеся участниками криминогенной ситуации. Они оказывают влияние своим присутствием или поведением. Нередко такое воздействие описывают термином "эффект третьей стороны", но для признания таких лиц криминальными агентами необходимо еще и наличие умысла на криминальную провокацию.

– *криминальные агенты третьего круга*. Незначимые для потенциального преступника лица, не являющиеся участниками криминогенной ситуации, но влияющие на мотивацию, решимость и криминальную направленность индивида. В абстрактной плоскости эффект "криминальных агентов" третьего круга может изучаться в контексте влияния социальных авторитетов; символов (почерпнутых из литературы, СМИ); интернализованных норм криминальной субкультуры.

Представленные наработки криминологической науки имеют ценность для теории оперативно-розыскной деятельности в контексте организации противодействия как преступности в целом, так и ее инфраструктуре в частности. В связи с этим считаем, что в рамках теории оперативно-розыскной деятельности роль крими-

нальных агентов в преступной деятельности должна изучаться путем их включение в состав инфраструктуры преступности в качестве ее субъектов. При этом изучение криминальных агентов в рамках теории оперативно-розыскной деятельности позволит оптимизировать и практическую деятельность оперативных подразделений по таким направлениям:

– оптимизация индивидуальной профилактики преступного поведения путем опосредованного влияние на преступника через его окружение или криминальных агентов первого круга;

– привлечение криминальных агентов к негласному сотрудничеству, что позволит повысить качественный состав агентурных сетей;

– использование криминальных агентов для установления оперативного контакта с представителями криминальной среды;

– использование этих лиц для выбора оптимальных оперативных подходов к отдельным представителям криминальной среды.

Учитывая вышеизложенные положения, ***инфраструктуру преступности*** *можно определить как систему субъектов и средств, не обладающих четкими криминогенными признаками, которые обеспечивают преступную деятельность, а также выступают инструментом взаимодействия между преступностью и социально-экономическими институтами.*

С целью оптимизации деятельности правоохранительных органов целесообразно предложить классификацию элементов инфраструктуры преступности. В качестве первого классификационного критерия можно предложить способ их формирования, согласно которому в инфраструктуре можно выделить элементы созданные:

– непосредственно криминальной средой;

– государством, но использующиеся преступностью;

– гражданским обществом и взятые под контроль криминальной средой (например, общественные организации, профсоюзы). Здесь следует обратить внимание на разработки экономистов, в частности работы А. Аузана, который анализируя негативные селективные стимулы, писал, что там, где действуют профсоюзы, немедленно появляется мафия, поскольку это выгодно обеим сторонам, так как мафия гарантировала их существование, она была эффективным инструментом поддержания коллективного договора [9].

По критерию легальности функционирования:

– функционирование не запрещено законом;

– деятельность запрещена уголовным законом (например, учреждения занимающиеся организацией игорного бизнеса);

– административно наказуемая деятельность;

По критерию обеспечения конкретного этапа преступной деятельности элементы направлены на оптимизацию: 1) подготовки к преступной деятельности; 2) непосредственно преступной деятельности; 3) сокрытия преступное деятельности; 4) использование благ полученных в результате преступной деятельности; 5) противодействие уголовному преследованию и исполнению наказания.

Закономерно, что различные элементы инфраструктуры преступности в силу своих особенностей поразному влияют на преступное поведение и в связи этим их можно разделить на элементы: интенсивно обеспечивающие преступное поведение; редко используемые в преступной деятельности; обеспечивающие отдельные виды преступного поведения. Также следует обратить внимание, что реально функционирование не всех элементов инфраструктуры преступности может быть приостановлено правоохранительными органами, и поэтому следует выделить элементы, которые могут ликвидироваться непосредственно правоохранительной системой и элементы ликвидация или нейтрализация негативного воздействия которых требует иных мер воздействия (социально-экономических, политико-правовых и т.д.).

Также следует обратить особое внимание на то, что в условиях социальной аномии, инфраструктура преступности выступает "площадкой" воспроизводства преступности и криминализации общества по модели "законопослушный гражданин – криминальный агент – преступник".

Подводя предварительный итог можно сделать следующие выводы: *во-первых*, возрастает роль инфраструктуры преступности в ее воспроизводстве и криминализации общества; *во-вторых*, инфраструктура преступности требует изучения в контексте теории систем с обязательным включением в ее структуру субъектов – криминальных агентов; *в-третьих*, существует острая необходимость максимально детальной классификации элементов инфраструктуры отдельных видов преступной деятельности; *в-четвертых*, анализ инфраструктуры отдельных видов преступной деятельности в контексте теории оперативно-розыскной деятельности должен рассматриваться как обязательный элемент ее характеристики.

Список использованных источников

1. Дрьомін В.М. Злочинність як соціальна практика: інституціональна теорія криміналізації суспільства: Монографія. – О.: Юридична література, 2009. – 616 с.

2. Долженков О.Ф. Теоретичні проблеми становлення політики протидії створенню інфраструктури злочинного світу засобами оперативно-розшукової діяльності органів внутрішніх справ : дис… докт. юрид. наук.: спец. 21.07.04. – Одеса, 2002. – 433 с.

3. Подобний О.О. Теоретичні, правові та організаційно-тактичні основи оперативно-розшукової діяльності органів внутрішніх справ у боротьбі з корисливо-насильницькою організованою злочинністю: дис… докт. юрид. наук.: спец.: 12.00.09 / О.О. Подобний. – Одеса, 2014. – 486 с.

4. Некрасов В.А. Инфраструктура организованной преступности в сфере хозяйственной деятельности // Весник Нижнегородской академии МВД России, 2014. №1. – С.129-133

5. Цитряк В.Я. Підкуп у сфері публічної службової діяльності: кримінологічне дослідження : автореф. дис… канд. юрид. наук.: 12.00.08 / В.Я. Цитряк. – Одеса, 2014. – 20 с.

6. Абакина-Пилявська Л.М. Причетність до злочину як кримінально-правовий інститут / Л. М. Абакіна-Пілявська // Митна справа. – 2014. – № 2(2.1). – С. 108-114.

7. Жмуров Д.В. Атумология. Что это такое? / Д.В. Жмуров // Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права. – 2014. – № 1. – С. 59–63.

8. Жмуров Д.В. Криминальные агенты: эмпирическое исследование / Д.В. Жмуров // Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права. – 2014. – № 2. – С. 41–45.

9. Аузан А. Экономика всего. Как институты определяют нашу жизнь. М.: Манн, Иванов и Фербер, 2014. – 150 с.

Надійшла до редколегії 17.08.15

Д. Цехан, канд. юрид. наук, доц.
Національний університет "Одеська юридична академія", Одеса, Украина

ІНФРАСТРУКТУРА ЗЛОЧИННОСТІ: ТЕОРЕТИЧНИЙ АНАЛІЗ

Статтю присвячено аналізу теоретичних підходів щодо розуміння інфраструктури злочинності. На підставі аналізу напрацювань вчених, запропоновано авторське визначення поняття "інфраструктура злочинності", обґрунтовано необхідність його трактування у широкому значені через включення до його складу суб'єктів інфраструктури. Запропоновано класифікацію елементів інфраструктури злочинності.

Ключові слова: злочинність, інфраструктура злочинності, кримінальні агенти, суб'єкти інфраструктури злочинності.

D. Cehan, Ph.D., docent
National University "Odessa Law Academy", Odessa, Ukraine

INFRASTRUCTURE OF CRIME: THEORETICAL ANALYSIS

The article is dedicated to the analysis of theoretical approaches for understanding the infrastructure of criminality. Based on the analysis of studies by scientists, the author's definition of the notion of "infrastructure of criminality" is given, the necessity of its interpretation in wide meaning is justifies by inclusion the subject of the infrastructure in this notion. The classification of infrastructure elements is proposed.

Keywords: crime, infrastructure, crime, criminal agents, subjects of infrastructure of crime.

УДК 346.54/ JEL K 23

К. Апанасенко, канд. юрид. наук, доц.
Чернігівський національний технологічний університет, Чернігів

ПРАВОВА ПРИРОДА ПРАВ ЗА ДОКУМЕНТАМИ ДОЗВІЛЬНОГО ХАРАКТЕРУ: ПОСТАНОВКА ПИТАННЯ

У статті розпочато дослідження правової природи прав, які отримуються на підставі документів дозвільного характеру. Проаналізована можливість визнання таких прав складовою господарської компетенції суб'єктів господарювання та майновими правами. Розглянуто питання про допустимість обліку цих прав в якості нематеріальних активів суб'єктів господарювання.

Ключові слова: дозвільні відносини; дозвільна система; документ дозвільного характеру; господарська компетенція; привілей; нематеріальні активи.

ВСТУП. До основних засад внутрішньої політики в економічній сфері Законом України "Про засади внутрішньої і зовнішньої політики" від 1 липня 2010 р. (абз. 3, 17 ст. 7) віднесено створення сприятливих умов для розвитку підприємництва, спрощення умов започаткування бізнесу, зменшення втручання держави в економічну діяльність суб'єктів господарювання, спрощення системи отримання дозволів. Однією з першочергових реформ у рамках Стратегії сталого розвитку "Україна 2020" визнано дерегуляцію та розвиток підприємництва. Зараз в Україні діє 659 центрів надання адміністративних послуг, складовими яких є дозвільні центри. За 2014 рік зафіксовано 400 195 звернень до державних адміністраторів дозвільних центрів (до центрів надання адміністративних послуг – загалом 2 932 950) [I]. З огляду на масштабність роботи з надання послуг в рамках дозвільної системи у сфері господарської діяльності, засадничість цієї системи для внутрішньої економічної політики Української держави, актуальним є теоретико-правове дослідження дозвільних правовідносин у сфері господарської діяльності.

Слід враховувати, що успіх будь-якої реформи залежить, серед іншого, від чіткості у формулюванні поставлених задач та етапів їх досягнення. Неможливо реформувати систему видачі (анулювання) документів дозвільного характеру без правильного уявлення про об'єкт і ціль відповідної реформи. Для визначення вірних напрямків і змісту законодавчих змін у дозвільній системі у сфері господарської діяльності, започаткування господарсько-правових досліджень відносин у рамках дозвільної системи необхідно насамперед дослідити правову природу прав, які надаються документами дозвільного характеру, що і виступає основною метою цієї роботи. Вважаємо за необхідне проаналізувати, чи наявні усі ознаки суб'єктивних прав у прав, які надаються документами дозвільного характеру, чи можна ці права трактувати як майнові, чи є вони складовою частиною господарської компетенції суб'єкта господарювання, чи можливим є бухгалтерський облік таких прав. Отже, об'єктом нашого дослідження виступатимуть права за документами дозвільного характеру, а предметом дослідження – сутнісні особливості (характеристики) таких прав. При цьому плануємо використовувати спеціально-юридичний і теоретико-юридичний методи дослідження, а також методи аналізу, синтезу, ідеалізації та абстрагування, узагальнення, послуговуючись науковими роботами вчених-правознавців з питань про поняття й ознаки суб'єктивних прав, господарську компетенцію, майнові права, нематеріальні активи.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Указана проблематика взагалі не аналізувалась у науковій літературі. Протягом останніх п'ятнадцяти років науковими дослідженнями діяльності дозвільних органів займаються фахівці у галузі адміністративного права, внаслідок чого права за документами дозвільного характеру не стали об'єктом наукових досліджень.

Так, Солошкіна І.В. присвятила своє дисертаційне дослідження [II] організаційним основам дозвільної діяльності органів державної влади щодо підприємництва (тобто діяльності з видачі документів дозвільного характеру): поняттю, принципам, окремим видам і суб'єктам дозвільної діяльності. Практично ідентичною є дисертаційна робота Завірюхи Г.С. [III].

Лихачов С.В. розробив теорію дозвільного провадження в адміністративному процесі, яке взагалі не охоплює провадження з видачі документів дозвільного характеру [IV]. Дозвільне провадження він розглядає як особливий вид управлінської діяльності уповноважених державних органів. Учений виділяє два види дозвільного провадження: реєстраційно-ліцензійне провадження (реєстрація, ліцензування, сертифікація, видача торгового патенту), установчо-дозвільне провадження, яке здійснюється органами внутрішніх справ, іншими органами виконавчої влади та місцевого самоврядування. Аналіз цих видів "дозвільного провадження", їх предмета, завдань, правового статусу суб'єктів і проведено в дисертаційній роботі Лихачова С.В.

Харитонов О.В. вважає "одержання спеціальних дозволів на здійснення певних дій" [V, с. 173] однією з форм дозвільної системи нарівні з такими формами, як державна реєстрація суб'єктів підприємницької діяльності, ліцензування, патентування, сертифікація. Центральним суб'єктом здійснення дозвільної системи автор визначає органи внутрішніх справ [V, с. 2]. Загалом в його дисертаційному дослідженні проведено аналіз організаційних аспектів функціонування дозвільної системи, яку він розуміє як сукупність правовідносин, що виникають з метою забезпечення суспільної безпеки між органами державної виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, уповноваженими видавати дозволи, з однієї сторони,а також фізичними або юридичними особами з іншої, щодо можливості

© Апанасенко К., 2015

здійснення останніми дій, спрямованих на придбання в особливому порядку певних прав або повноважень заявником, з приводу користування такими речовинами, матеріалами, предметами або зайняття видами діяльності, які можуть бути небезпечні для життя і здоров'я людини, загрожувати державним інтересам.

Джафарова О.В. досліджує категорію дозвільної діяльності як вид управлінської діяльності з надання публічних послуг, дозвільні правовідносини – як вид адміністративних відносин [наприклад: VI; VII].

Романяк М.М. дослідив проблематику дозвільної діяльності в екологічній сфері [VIII]. Учений трактує таку діяльність як правовий засіб забезпечення екологічної безпеки, за допомогою якого запроваджується контроль за дотриманням встановлених законодавством обмежень в екологічній сфері. Дослідник розглянув принципи та статус суб'єктів дозвільної діяльності у сфері забезпечення екологічної безпеки, описав її правові форми, проаналізував окремі процедури дозвільної діяльності у сфері забезпечення екологічної безпеки.

Як бачимо, наявні у вітчизняній правовій науці дослідження дозвільних правовідносин здійснюються з адміністративно-правових позицій, в рамках яких вони розглядаються як адміністративні відносини, а дії дозвільних органів – як різновид управлінської діяльності органів державної влади. Причому в ряді випадків під дозвільним провадженням, дозвільною діяльністю розуміються не дії з видачі документів дозвільного характеру, їх анулювання тощо, а дії (діяльність) органів ліцензування, сертифікації, державної реєстрації суб'єктів господарювання тощо, тобто відповідні дослідження стосуються дозвільних правовідносин лише за назвою. Господарсько-правові аспекти дозвільних правовідносин поки що залишаються не розробленими у правовій теорії, серед іншого – й питання правової природи прав, які засвідчуються документами дозвільного характеру.

Методологія дослідження. З огляду на завдання дослідження, в процесі роботи планується застосувати визначення таких понять, як: суб'єктивне право, господарська компетенція, нематеріальні активи, привілей. Передбачається, що результатів дослідження можна досягнути за допомогою аналізу наявності у прав, які надаються документами дозвільного характеру, ознак суб'єктивних прав, майнових прав, характеристик нематеріальних активів, привілею. Виявлення змісту господарської компетенції, як вона розуміється в науковій літературі, може послужити основою для висновків про можливе включення вказаних прав до складу господарської компетенції.

Результати.

Права за документами дозвільного характеру як суб'єктивні права господарюючих суб'єктів.

Права на провадження певних дій щодо здійснення господарської діяльності або видів господарської діяльності, які підтверджуються документами дозвільного характеру, слід трактувати як суб'єктивні права відповідного суб'єкта господарювання. Традиційно суб'єктивне право визначається як вид і міра можливої (або дозволеної) поведінки суб'єкта права, встановлена юридичними нормами для задоволення інтересів правомочної особи і забезпечувана державою [IX, с. 68; X, с. 231; XI, с. 390]. Ознаками суб'єктивного права є: 1) можливість певної поведінки; 2) відповідна можливість належить правомочному суб'єкту; 3) надається з метою задоволення інтересів правомочної особи; 4) існує у правовідносинах; 5) є мірою можливої поведінки, порушення якої є зловживання правом; 6) існує лише відповідно до юридичного обов'язку; 7) встановлюється юридичними нормами; 8) забезпечується (гарантується) державою [XII, с.529]. Перелічені ознаки наявні у прав, які надаються згідно з документами дозвільного характеру.

Аналізовані права закріплені у законах, зазначених у Законі України "Про Перелік документів дозвільного характеру у сфері господарської діяльності" від 19 травня 2011 р. Права за документами дозвільного характеру надають можливість проводити певні господарські операції (наприклад, здійснити вивезення культурних цінностей на підставі свідоцтва на право вивезення (тимчасового вивезення) таких цінностей відповідно до Закону "Про вивезення, ввезення та повернення культурних цінностей") або систематично здійснювати певний вид господарської діяльності (наприклад, промислове рибальство на підставі дозволу на спеціальне використання водних біоресурсів у рибогосподарських водних об'єктах згідно із Законом "Про рибне господарство, промислове рибальство та охорону водних біоресурсів"). Закон "Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності" від 6 вересня 2005 р. прямо забороняє здійснювати визначені законом види господарської діяльності або господарські операції без отримання належного документа дозвільного характеру (абз. 4 ч. 1 ст. 1). Отже, відповідні правові можливості мають лише ті суб'єкти господарювання, які отримали документ дозвільного характеру. Останній видається тільки тій особі (правомочній особі), яка підтвердила здатність провадити відповідну господарську діяльність (ч. 3 ст. 7 Закону "Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності").

Отримання прав відбувається в інтересах суб'єктів господарювання, які створюються для того, щоби здійснювати господарську діяльність (ст. 55 Господарського кодексу України). Причому суб'єкти господарювання мають використовувати відповідні права у межах, окреслених законом, підзаконними нормативно-правовими актами і виданим документом дозвільного характеру. У разі здійснення суб'єктом господарювання певних дій щодо провадження господарської діяльності або видів господарської діяльності, на які отримано документ дозвільного характеру, з порушенням вимог законодавства, щодо яких дозвільний орган видавав припис про їх усунення із наданням достатнього часу для їх усунення, відповідний документ може бути анульовано (абз. 7 ч. 7 ст. 4-1 Закону "Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності").

Реалізація прав за документами дозвільного характеру здійснюється суб'єктами господарювання у межах абсолютних господарських правовідносин з ведення власної господарської діяльності. Такі відносини, за характеристикою Віхрова О.П. [XIII, с. 168], виникають у зв'язку з веденням суб'єктом власної господарської діяльності, яка і виступає об'єктом правовідносин. Зміст цих відносин визначається правами й обов'язками суб'єкта у сфері господарювання, які носять абсолютний характер.У межах цих відносин суб'єкт господарювання, якому видано документ дозвільного характеру, реалізує свої права щодо здійснення визначеної документом господарської діяльності (окремі господарські операції), водночас інші учасники господарського обороту зобов'язані не перешкоджати йому.

Права за документами дозвільного характеру гарантуються державою. Так, чинний Закон України "Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності" встановлює ряд правових запобіжників для унеможливлення незаконної відмови у видачі документів дозвільного характеру (ст. 3, чч. 5, 6 ст. 4-1 Закону). Документи дозвільного характеру дають можливість суб'єкту здійснювати господарську діяльність або безстроково, або протягом визначеного законом строку, і позбавлення відповідного права допустимо лише з підстав, визначе-

них законом, в порядку анулювання документа дозвільного характеру (ч. 7 ст. 4-1 Закону). На забезпечення таких прав спрямовані також заходи з контролю за додержанням вимог законодавства з питань видачі документів дозвільного характеру, заходи юридичної відповідальності суб'єктів за порушення у дозвільних правовідносинах (ст.ст. 9-1, 10 Закону).

Традиційно зміст суб'єктивного права виражається через такі правомочності: 1) правомочність на власні позитивні правозначущі дії; 2) правомочність на чужі дії (правовимагання), тобто право вимагати відповідної поведінки (виконання обов'язків) від правозобов'язаної особи; 3) правомочність праводомагання, тобто право звертатися за підтримкою і захистом держави у разі порушення суб'єктивного права з боку зобов'язаної особи; 4) правомочність на користування соціальними благами (правокористування) на основі певного суб'єктивного права [X, с. 231; XI, с.390 – 391]. Частково такі правомочності у володільця прав за документами дозвільного характеру уже розкриті вище. Щодо правомочності праводомагання, то вона також наявна у відповідного суб'єкта. Зокрема, відповідно до чч. 2 – 4 ст. 10 Закону "Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності" дії або бездіяльність посадових осіб дозвільних органів і державних адміністраторів можуть бути оскаржені до суду в порядку, встановленому законом. Шкода, завдана фізичним або юридичним особам посадовими особами дозвільного органу внаслідок їх неправомірних діянь, відшкодовується у встановленому законом порядку. У разі застосування дозвільним органом нормативно-правових актів, прийнятих з порушенням вимог частини першої статті 4 цього Закону, суб'єкт господарювання, законні права якого були порушені у зв'язку з прийняттям та застосуванням таких нормативно-правових актів, має право звернутися до суду з позовом про захист (поновлення) своїх прав та відшкодування завданої шкоди.

Отже, права за документами дозвільного характеру, безумовно, є суб'єктивними правами для тих суб'єктів господарювання, які отримали ці документи. Далі логічним видається розглянути питання, чи є такі права складовою господарської компетенції (господарської правосуб'єктності) суб'єкта господарювання.

Господарська компетенція і права за документами дозвільного характеру.

У науковій літературі виокремлюється кілька підходів до розуміння понять "господарська компетенція" і "господарська правосуб'єктність" суб'єктів господарювання [XIV, с. 280-281, 285 – 287]:

1) одні автори (наприклад, Лаптєв В.В., Пилипенко А.Я., Щербина В.С.) до складу господарської компетенції включають усі права й обов'язки по керівництву та безпосередньому здійсненню господарської діяльності. При цьому виокремлюють права й обов'язки, які для своєї реалізації не вимагають обов'язкового вступу у правовідносини, і ті, які можуть бути реалізовані шляхом вступу у правовідносини (правоздатність) [XV, с. 43-44; XVI, с. 43]. Пилипенко А.Я. і Щербина В.С. розрізняють засновницькі, управлінські та майнові права, у числі останніх – право вести господарську діяльність [XVI, с.49];

2) за іншим підходом компетенція включає в себе конкретні права й обов'язки, якими суб'єкт володіє безпосередньо в силу закону, в тому числі право отримувати інші права й обов'язки (правоздатність) [XVII]. Мамутов В.К. зазначає, що права й обов'язки, отримані суб'єктом у правовідносинах, можна називати "вторинними" і такими, що виходять за рамки компетенції, оскільки вони належать йому не на основі закону [XVIII, с. 62]. Згідно з цим підходом визнається, що задачі й функції суб'єкта можуть охоплюватись поняттям компетенції у тій мірі, в якій вони відображають права й обов'язки суб'єкта [XVIII, с. 10];

3) деякі вчені поряд з господарською компетенцією, властивою будь-якому суб'єкту господарського права (і схожою за об'ємом і змістом для окремих груп суб'єктів певного виду), виділяють індивідуальну компетенцію кожного окремого суб'єкта господарського права, яка включає всю сукупність належних йому господарських прав і обов'язків, включно з отриманими при вступі у правовідносини [XIX, с. 75]. Такий підхід близький до першого із названих підходів;

4) Хахулін В.В. вказує на спеціальний характер правосуб'єктності суб'єктів господарювання, тобто її підпорядкованість цілям діяльності кожного з них, та помилковість включення до компетенції усіх прав і обов'язків суб'єкта, необхідних як для здійснення господарської діяльності, так і для керівництва нею. На його думку, компетенція повинна розглядатись як система юридичного забезпечення реалізації функцій суб'єктів господарювання. В основі цієї системи прав – права-обов'язки здійснювати властиві суб'єкту господарювання функції (найбільш стабільний елемент компетенції). Компетенція включає наявні у суб'єкта права й обов'язки, постійно закріплені за ним законом; у загальній формі господарська правосуб'єктність закріплюється статутними документами суб'єкта [XIV, с. 281, 284 – 287].

На думку Лаптєва В.В., Хахуліна В.В., існує єдина для всіх суб'єктів господарського права господарська компетенція, яка забезпечує у необхідних межах і згідно з індивідуальним призначенням конкретних суб'єктів функціонування кожного з них у сфері господарювання. У рамках такої єдності розрізняють кілька видів господарської компетенції, що є результатом необхідності встановити конкретні господарські права й обов'язки різних суб'єктів господарського права в залежності від виконуваних ними функцій у процесі господарювання [XIV, с. 287; 19]. Лаптєв В.В. пропонував розрізнювати компетенцію суб'єктів як за об'ємом, так і за можливістю участі у господарських правовідносинах усіх видів чи тільки певного виду. З цієї точки зори він визначав повну, внутрішньогосподарську і змішану компетенцію. Російські дослідниці Єршова І.В., Іванова Т.М. виділяють загальну, обмежену (установчими документами) і спеціальну компетенцію. Остання включає можливості мати права, які відповідають цілям діяльності, передбаченим в законі та установчих документах (наприклад, правосуб'єктність кредитних і страхових організацій) [XX, с. 22];

5) видатний вчений-господарник Пронська Г.В. визначала господарську компетенцію як видову компетенцію, що притаманна організаціям певного виду (це сукупність прав і обов'язків, прямо закріплених чинним законодавством для господарських організацій певного виду). До складу компетенції вчена включала: коло питань, які може вирішувати господарська організація певного виду, її обов'язки і права, форми відповідальності і способи захисту порушених прав. Господарська компетенція є складовою господарської правосуб'єктності, що включає також господарську правоздатність. Остання визначається як визнана державою здатність господарюючого суб'єкта мати й інші права та обов'язки, окрім точно визначених законом. Саме господарська правоздатність має індивідуальний характер і є різною у різних організацій; відповідні додаткові права й обов'язки випливають з угод і рішень самих господарських організацій по реалізації своєї компетенції [XXI, с. 525, 526].

Таким чином, науковці по-різному трактують поняття господарської компетенції суб'єктів господарювання,

спільним є розуміння компетенції як сукупності прав і обов'язків, однак можливим є включення до її складу і правоздатності чи функцій суб'єкта господарювання. Різниця у позиціях дослідників полягає також у розумінні того, в яких саме документах закріплюється компетенція (законодавчі акти, установчі документи чи те й інше разом), у визнанні єдності господарської компетенції для різних суб'єктів чи можливості визнання видової або навіть індивідуальної компетенції. Одні автори кваліфікують компетенцію як сукупність тих прав і обов'язків, які властиві певним групам суб'єктів господарювання, і відповідно – які закріплюються законом; інші вчені розрізняють господарську компетенцію кожного окремого суб'єкта господарювання з урахуванням його прав згідно з установчими документами та правами, набутими у процесі вступу у правовідносини. Перший підхід можна визнати статичним, другий підхід – динамічним.

Видається, розглядати права за документами дозвільного характеру як елемент господарської компетенції можна в рамках саме динамічного підходу, коли визнається можливість індивідуальної компетенції різних суб'єктів господарювання. У науковій літературі не обговорюється питання щодо визначення господарської компетенції документами дозвільного характеру, в поодиноких випадках у визначенні компетенції вказується про наділення суб'єктів правами, серед іншого, також на підставі ліцензії [XX, с.22]. Документи дозвільного характеру після їх отримання надають суб'єкту господарювання можливість здійснювати відповідну господарську діяльність (господарські операції) (абз. 4 ст. 1 Закону), тобто такі права набуваються в процесі діяльності суб'єкта господарювання в результаті вступу у дозвільні правовідносини з дозвільним органом щодо отримання документа дозвільного характеру. Отже, аналізовані права можуть бути складовою господарської компетенції тих суб'єктів господарювання, які в установленому порядку, після виконання встановлених законодавством вимог отримали документ дозвільного характеру.

Зважаючи на викладене, вважаємо за доцільне у визначенні господарської компетенції суб'єктів господарювання уточнювати, що суб'єкти господарювання можуть набувати окремі права, які стають складовою частиною їх господарської компетенції, не тільки на підставі закону й установчих документів, а й на підставі документів дозвільного характеру.

Майнові права та права за документами дозвільного характеру.

Окремі суб'єктивні права законодавець відносить до категорії майнових прав, які в сучасних ринкових умовах виступають об'єктом обороту. Вважаємо актуальним і перспективним (для подальших досліджень можливості обігу прав за документами дозвільного характеру) науковим завданням проаналізувати, чи мають права за документами дозвільного характеру ознаки майнових прав.

Категорія майнових прав мало досліджувалась у господарсько-правовій літературі. Вчена-господарник Заменгоф З.М. під майновими правами розуміла права підприємств та об'єднань на закріплені за ними матеріальні ресурси та фінансові засоби [XXII, с. 4], тобто пов'язувала майнові права з конкретною річчю. Господарський кодекс України допускає такий підхід, однак це лише один із можливих варіантів трактування майнових прав господарським законом. Адже Кодекс не містить визначення майнових прав суб'єктів господарювання, хоча в ряді статей ГК вони згадуються (чч. 3, 4 ст. 47, ч. 7 ст. 66, ч.4. ст.133, ч. 3 ст. 136, ч.1 ст. 222, ч. 2 ст. 418, ст. 144, ч.1 ст. 145). Окремі підходи до розуміння цього поняття, на нашу думку, містяться в ст.ст. 147, 391, 392 ГК. Так, майновим правом визнається право власності (ч.4 ст. 147 ГК), є вказівка на можливість виникнення майнових прав відносно рухомого і нерухомого майна (ч. 1 ст. 391), згадуються "майнові права на землю та інші природні ресурси в Україні" (ч. 3 ст. 392).

Російський дослідник Туктаров Ю.Є. узагальнив наукові підходи до трактування категорії майнових прав у російській правовій науці наступним чином [XXIII, с. 117 – 123]:

1) згідно з моністичним поглядом на об'єкт права майнові права – це тільки ті права, які прямо чи опосередковано пов'язані з речами (має витоки в римському поділі приватних прав на "права у речах" (jure in rem) і "права на речі" (jure ad rem)). Відповідно сфера приватних майнових прав поділяється на дві частини: речові й зобов'язальні права. Такий підхід панував і в радянській цивілістичній доктрині, і підтримується деякими дослідниками зараз [XXIV];

2) двочленна концепція (зокрема, Д.І. Мейєр, Г.Ф. Шершеневич), за якою цивільні права характеризуються як майнові: це такі права, об'єктом панування яких є певне благо (майно), тобто речі й чужі дії;

3) плюралістичний підхід, за яким об'єктами цивільних прав можуть бути будь-які мінові цінності, перелік яких є відкритим. При цьому підкреслюється можливість грошової оцінки таких прав (Регельсбергер Ф. [XXV, с. 240]) або те, що ці права мають своїм предметом господарські блага чи господарські цінності (Гамбаров Ю.С. [XXVI, с. 423]). Такий підхід сформувався з появою нових об'єктів обороту, він найбільше відповідає ринковим умовам.

У рамках плюралістичного підходу Туктаров Ю.Є. визначає майнові права як такі права, що мають безпосередню економічну значимість для їх правоволодільця та інших учасників обороту, причому здійснення цих прав може служити джерелом задоволення потреб. Права, які не є майновими, не мають своєю безпосередньою метою задоволення потреб правоволодільця; їх цінність випливає із допоміжної (забезпечувальної) функції по відношенню до реалізації цінних прав, завдяки цим правам, що здійснюються через процедурні, контрольні та інформаційні відносини, цінні права стають реальними [XXIII, с. 109-110; XXVII, с. 310; XXVIII, с. 57].

Дослідники наводять наступні характеристики майнових прав: вони пов'язані з майном, це цінні права й оборотні права [XXIII, с. 111]. При цьому оборотні права є різновидом цінних прав, останні – різновидом прав, пов'язаних з майном. Майнові права як такі, що мають грошову оцінку, здатні до передачі від однієї особи до іншої і при цьому володіють об'єктивною цінністю [XXIII, с. 127].

Можна допустити, що згідно з плюралістичним підходом права за документами дозвільного характеру є майновими правами за своєю сутністю. Такі права мають безпосередню економічну значимість для їх правоволодільця та інших учасників обороту, адже вони надають володільцю виключні права здійснювати окремі види господарської діяльності або окремі господарські операції, за результатами чого ці суб'єкти мають змогу отримувати прибуток від реалізації виготовленої продукції, робіт і послуг.

Питання про оборотоздатність таких прав слід розглядати детальніше в наступних дослідженнях, воно потребує ґрунтовного аналізу з огляду на норми чинного українського законодавства, зарубіжний досвід відповідних правовідносин і міжнародну практику. Попередньо можна вказати на оборотоздатність в Україні окремих документів дозвільного характеру (прав за ними) (наприклад, спеціальних дозволів на користування надрами згідно з постановою КМУ "Про затвердження Порядку проведення аукціонів з продажу спеціальних

дозволів на користування надрами" від 30 травня 2011 р. № 594) та об'єктивну неможливість до обороту інших (дозволу на будівництво, експлуатаційного дозволу тощо). Науковці відмічають [XXIII, с.113], що здатними до передачі є в основному права, які мають приватно-правову природу. У дореволюційній літературі також зазначалось [XXIX, с. 2; XXX, с. 225], що права, засновані на нормах публічного права (такими можна вважати й аналізовані права, що надаються уповноваженими державою дозвільними органами), носять суворо "особистий" характер і в більшості не допускають передачі.

У числі найважливіших характеристик майнових прав – їх пов'язаність із майном. З визначення поняття документа дозвільного характеру не прослідковується прямий зв'язок відповідного права з майном (у значенні майна, як воно трактується в ЦК і ГК України). Згідно з Законом України "Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності" (абз. 4 ч. 1 ст. 1) документ дозвільного характеру підтверджує права на провадження певних дій щодо здійснення господарської діяльності або видів господарської діяльності. Тобто об'єктом таких прав, за їх законодавчим визначенням, виступає не майно, а господарська діяльність. Незважаючи на це, у рамках плюралістичного підходу можна визнати аналізовані права майновими: об'єктом цих прав є господарські блага чи господарські цінності (правові можливості здійснювати господарську діяльність (господарські операції)), значить, відповідні права є майновими згідно з цим науковим підходом.

Уважне ознайомлення з Переліком документів дозвільного характеру у сфері господарської діяльності, затвердженим Законом України від 19 травня 2011 р., засвідчує, що в більшості саме такі правові можливості надаються документами дозвільного характеру (наприклад, права на здійснення днопоглиблювальних робіт, виконання будівельних робіт, ввезення з-за кордону радіоелектронних засобів та випромінювальних пристроїв спеціального призначення, розміщення зовнішньої реклами). Водночас деякі дозволи видаються власне на право використання майнових об'єктів, належних державі чи територіальній громаді, в інтересах заявника чи на передачу їх у власність конкретним суб'єктам або на використання об'єктів, належних самому заявнику. Зокрема, це стосується дозволу на спеціальне використання природних ресурсів у межах територій та об'єктів природно-заповідного фонду (ст. 9-1 Закону "Про природно-заповідний фонд України"), дозволу на спеціальне використання об'єктів тваринного світу (ст. 23 Закону "Про тваринний світ"), дозволу на спеціальне використання природних рослинних ресурсів (ст. 10 Закону "Про рослинний світ"), дозволу на спеціальне водокористування (ст. 49 Водного кодексу України), рішень про передачу у власність, надання у постійне користування та оренду земельних ділянок, що перебувають у державній або комунальній власності, рішень про продаж земельних ділянок державної та комунальної власності (Земельний кодекс України) та деяких інших документів дозвільного характеру.

Безумовно, майновий характер мають права на користування природними ресурсами, оскільки вони пов'язані з доступом до використання відповідних об'єктів. Як зазначає Сліпченко С.О., цінність даної категорії прав обумовлена відсутністю такої ж можливості на присвоєне благо в усіх інших учасників обороту [XXXI, с.20]. Однак слід враховувати, що окремі дозволи, які пов'язані зі здійсненням операцій відносно належного суб'єкту майна (наприклад, дозвіл на зняття та перенесення ґрунтового покриву земельної ділянки згідно із Земельним кодексом України), а також деякі дозволи щодо здійснення операцій з державним чи комунальним майном (наприклад, дозвіл на перенесення (переміщення) пам'ятки національного або місцевого значення відповідно до Закону "Про охорону культурної спадщини") не стільки засвідчують права, які можуть мати грошову цінність, скільки безпечність відповідних господарських операцій для суспільства, об'єктів суспільної власності та навколишнього природного середовища. Тому не можна стверджувати про майновий характер прав згідно з такими документами дозвільного характеру або про їх майнову цінність – використання відповідних прав може лише створювати організаційні передумови для здійснення господарської діяльності, тобто мова йде про згадану вище допоміжну (забезпечувальну) функцію прав по відношенню до реалізації власне цінних прав (на здійснення господарської діяльності).

Як бачимо, питання про визнання майновими прав за документами дозвільного характеру не можна вирішити однозначно, некоректним буде називати майновими права за усіма документами дозвільного характеру. Тому доцільно провести подальшу наукову розробку порушеного питання.

Поняття "привілей" і права за документами дозвільного характеру.

На нашу думку, з огляду на зміст та особливий порядок набуття і реалізації, права, що аналізуються, наближені за своєю правовою природою до поняття "привілей". Протягом історії людства привілеї є його атрибутом, під ними розуміють надане особі виключне право або перевагу, звільнення від юридичного обов'язку [XXXII, с. 195 – 196]. Український словник іншомовних слів (2000 р.) характеризує привілей як виключне право, перевагу, яка надається кому-небудь [XXXIII, с. 761]. Тлумачний словник В. Даля дає схоже визначення поняття "привілеї": це "виключне право в ремеслах і промислах, особисте право, перевага".

В історії людства привілеї були: класовими, що надавались певній групі (класу) людей в силу їх походження, привілеї індивідуальні, які надавались в основному за заслуги перед державою чи монархами, і торгово-промислові привілеї [XXXII, с. 197]. В історії України привілеї також отримували окремі міста (т.з. локаційні привілеї, які окрім права на заснування міста, надавали новому місту міські права і право проводити торги), представники національних меншин [XXXIV; XXXV]. Ближче до нашого часу, відносно українських земель, привілеї регулювались у законодавстві Російської імперії. Під привілеєм визначалось право, що надається окремій особі як виняток із загального закону, встановлено на його користь як виключення [XXX, с. 260]. Правову природу та види привілеїв за тогочасним російським законодавством досліджував Мейєр Д.І. [XXX, с. 260-263].

У сучасній правовій науці привілей пов'язують з певними виключними правами для фізичних осіб [наприклад: XXXVI]. Однак в історичному минулому привілеї надавались не тільки окремим групам громадян (підданих) чи окремим особам, а й містам, монастирям і церквам, цеховим майстрам, одним із різновидів привілеїв був привілей на здійснення певних видів господарської діяльності (насамперед, торговельної).

Варто дослідити права за документами дозвільного характеру як сучасний аналог привілею на провадження господарської діяльності. Так, на підставі дозволу на користування надрами у межах конкретних ділянок суб'єкт господарювання може отримати привілей видобувати корисні копалини, на підставі дозволу на будівництво – забудовувати земельну ділянку, на підставі інших можливим є для конкретних суб'єктів господарювання вироблення харчової

продукції тваринного походження, розміщення відходів, передача в управління пам'яток архітектури та інші дії господарського характеру, що є недоступними для переважної більшості інших організацій.

Схожість сучасної конструкції прав за документами дозвільного характеру з правовим інструментом привілею присутня. Адже відповідне право надається конкретній особі (наприклад, законному власнику земельної ділянки – право на її забудову) або певному колу осіб, які виконали встановлені законом вимоги (наприклад, експлуатаційні дозволи видаються тим потенційним виробникам продукції тваринного походження, які виконали встановлені державою вимоги до організації такого виробництва), решта учасників господарського обігу не може претендувати на отримання й реалізацію такого права, хоча, безумовно, відповідною правоздатністю володіють. Своєрідна виключність відповідного права має наслідком те, що документи дозвільного характеру здобувають майнову цінність для учасників господарського обігу і відносно прав за окремими з них можна ставити питання про визнання їх майновими правами (для порівняння зазначимо: науковці визнають, що теорія привілеїв стала відправною для самостійного чи запозиченого формування національних систем права інтелектуальної власності [XXXII]).

Права за документами дозвільного характеру – складова нематеріальних активів суб'єкта господарювання.

Останнім часом дослідники у галузі економічних наук та господарського права у роботах з питань правового режиму нематеріальних активів аналізують можливість обліку прав на здійснення господарської діяльності як нематеріальних активів.

Трактування права на провадження окремих видів господарської діяльності як складової нематеріальних активів у законодавстві та науковій літературі не є однозначним. Як дійшла висновку після серйозного дослідження юридичної та економічної літератури Гусь А.В., "... в сучасній науці відсутня єдність підходів не лише до визначення категорії "нематеріальний актив", але й до визначення його структури та видів об'єктів, що можуть бути обліковані в якості нематеріальних активів" [XXXVII, с. 188]. У своїй монографії вона аналізує численні визначення і класифікації нематеріальних активів і визнає, що "...більшість авторів розкриває нематеріальні активи з економічної точки зору як нематеріальні ресурси, що постають визначеними правами та перевагами, які дозволяють власнику здійснювати підприємницьку діяльність з метою отримання економічних вигід" [XXXVII, с. 40]. Гусь А.В. розглядає права на ведення ліцензованих видів господарської діяльності (що є організаційним привілеєм) та права користування майном (включно з правами на користування природними ресурсами) як допоміжний нематеріальний актив суб'єкта господарювання. Ці права відповідають основним критеріям віднесення об'єктів до числа нематеріальних активів: строк дії, формальна визначеність, нематеріальна природа, здатність приносити економічну вигоду [XXXVII, с. 175; XXXVIII, с. 12-13]. Авторка підкреслює, що "...права на ведення господарської діяльності, які не входять до ліцензованих видів, не належать до нематеріальних активів, оскільки не відповідають основним вимогам" [XXXVII, с. 142, 174, 187]. Деякі інші дослідники підтримують ідею обліку в групі ідентифікованих нематеріальних активів прав користування різного роду природними ресурсами [XXXIX, с. 53; XL], прав на провадження ліцензованих видів господарської діяльності [XLI, с. 29].

Вчені-правознавці не зараховують до числа нематеріальних активів ті права, які можуть надаватись згідно з документами дозвільного характеру, обмежуючись лише правами на користування майном (включно з правами на користування природними ресурсами) (наприклад, права за лісорубними квитками, спеціальними дозволами на користування надрами тощо). Подібною є точка зору дослідників-економістів. Так, Ягнюк В.А. пропонує відносити права користування природними ресурсами та майном до однієї групи нематеріальних активів. Ці права передбачають однаковий обсяг правомочностей (право користування та право на провадження діяльності припускають можливість виділяти з об'єкта корисні властивості, не розпоряджаючись ними та не змінюючи на свій розсуд його основні властивості та параметри) [XLI, с. 29]. Бігдан І.А. також вважає нематеріальними активами, серед іншого, права користування природними ресурсами і права користування майном [XLII, с. 31]. Розглянемо актуальний стан правового регулювання відносин з обліку прав на здійснення господарської діяльності згідно з документами дозвільного характеру як складової майна суб'єктів господарювання.

Нагадаємо, що активами є ресурси, контрольовані підприємством у результаті минулих подій, використання яких, як очікується, приведе до отримання економічних вигод у майбутньому (абз. 2 ст. 1 Закону України "Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні", п. 3 Національного положення (стандарта) бухгалтерського обліку 1 "Загальні вимоги до фінансової звітності", затвердженого наказом Міністерства фінансів України від 7 лютого 2013 р. №73).

Податковий кодекс України визначає нематеріальні активи (п. 14.1.120 ст.14) як право власності на результати інтелектуальної діяльності, у тому числі промислової власності, а також інші аналогічні права, визнані об'єктом права власності (інтелектуальної власності), *право користування майном* та *майновими правами* платника податку в установленому законодавством порядку, в тому числі набуті в установленому законодавством порядку *права користування природними ресурсами, майном та майновими правами*. У статті 138 ПК України (пп. 138.3.4 п. 138.3) до права користування природними ресурсами віднесено: право користування надрами, іншими ресурсами природного середовища, геологічною та іншою інформацією про природне середовище; під правом користування майном розуміється право користування земельною ділянкою, крім права постійного користування земельною ділянкою, право користування будівлею, право на оренду приміщень. До *інших нематеріальних активів відносяться право на ведення діяльності, використання економічних та інших привілеїв* тощо.

Положенням (стандартом) бухгалтерського обліку 8 "Нематеріальні активи", затвердженим наказом Міністерства фінансів України від 18 жовтня 1999 р. № 242, прямо передбачено, що *право на провадження діяльності*, разом з правом на використання економічних та інших привілеїв є групою нематеріальних активів (як "інші нематеріальні активи") (абз. 8 п. 5). Іншими групами нематеріальних активів визнаються, зокрема, права користування природними ресурсами (право користування надрами, іншими ресурсами природного середовища, геологічною та іншою інформацією про природне середовище тощо); права користування майном (право користування земельною ділянкою відповідно до земельного законодавства, право користування будівлею, право на оренду приміщень тощо) (абз. 2, 3 п. 5). Міжнародний стандарт бухгалтерського обліку 38 "Нематеріальні активи" від 1 січня 2012р. (п. 9) наводить такі

розповсюджені приклади об'єктів, що належать до нематеріальних активів: комп'ютерне програмне забезпечення, патенти, авторські права, кінофільми, переліки клієнтів, права на іпотечне обслуговування, ліцензії на риболовлю, квоти на імпорт, франшизи, взаємовідносини з клієнтами чи постачальниками, лояльність клієнтів, частка ринку та маркетингові права.

Отже, бухгалтерське законодавство трактує права на провадження діяльності як нематеріальні активи. У такому випадку вони повинні володіти тими ж ознаками, що й інші нематеріальні активи. У науковій юридичній літературі виділяють наступні ознаки нематеріальних активів: відсутність матеріально-речової форми або її вторинність стосовно об'єкта; немонетарність; можливість вартісної оцінки; можливість ідентифікації; можливість отримання майбутньої економічної вигоди [XXXVIII, с. 7]. Згідно з МСФЗ 38 "Нематеріальні активи" від 1 січня 2012 р. (п. 9) в структуру нематеріальних активів входять нематеріальні ресурси, які відповідають таким вимогам: ідентифікації, контролю над ресурсом та наявності майбутніх економічних вигод. Дослідження питання про наявність ознак нематеріальних активів відносно права на здійснення господарської діяльності дозволяє зробити наступні висновки.

Щодо першої ознаки, вона, з очевидністю, характерна для аналізованих прав, які не мають матеріально-речової форми.

Можливість ідентифікації означає, що актив можна розпізнати як самостійну одиницю і що у власника нематеріального активу наявні відповідні підтвердження такого права, наприклад, патент або свідоцтво [XXXVII, с. 64]. Міжнародний стандарт фінансової звітності "Нематеріальні активи" (п. 12) визначає перелік критеріїв, за якими актив може бути ідентифікований:

• є відокремленим, тобто може бути від'єднаний або відокремлений від підприємства і проданий, переданий, захищений ліцензією, наданий в оренду або обмінений індивідуально або разом з належним до нього договором, активом чи зобов'язанням, незалежно від того, чи має підприємство так вчинити;

• є результатом договірних чи інших юридичних прав, незалежно від того, чи можна ці права передавати або відокремлювати від підприємства або від інших прав і зобов'язань.

Думається, варто розглядати права за документами дозвільного характеру як самостійні об'єкти нарівні з аналогічними нематеріальними правами – правом користування майном, правом інтелектуальної власності та іншими. Права на здійснення господарської діяльності, які розглядаються, отримуються у порядку, встановленому Законом "Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності", тобто належать зацікавленому суб'єкту господарювання в результаті участі у дозвільних правовідносинах і юридично закріплені за ним. У багатьох випадках такі права є строковими, вони отримуються суб'єктом господарювання на певний, визначений законодавством і конкретним документом дозвільного характеру термін, і на цей термін вони можуть бути обліковані як його майно. На відповідний термін право на провадження господарської діяльності усамостійнюється як окремий чинник (складова) господарської компетенції суб'єкта господарювання. За відсутності таких прав суб'єкт господарювання не може здійснювати відповідну діяльність і отримувати від цього економічні вигоди. Зрозуміло, що аналізовані права підтверджуються документами дозвільного характеру (дозвіл на будівництво, експлуатаційний дозвіл та ін.). Отже, формалізована у законодавстві ознака нематеріальних активів – їх ідентифікація – може бути визнана за цими правами.

Щодо ознак немонетарності та можливості вартісної оцінки, то вони також характерні для аналізованих прав. Ці права не мають прямого монетарного визначення, але водночас права на провадження діяльності, права на користування майном і природними ресурсами можуть бути об'єктом оцінки згідно із Законом України "Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні" (абз. 2 ч. 2 ст. 3).

У МСФЗ 38 "Нематеріальні активи" підкреслюється (пп. 21, 22), що нематеріальний актив слід визнавати, якщо і тільки якщо:

а) є ймовірність того, що майбутні економічні вигоди, які відносяться до активу, надходитимуть до суб'єкта господарювання; та

б) собівартість активу можна достовірно оцінити.

До майбутньої економічної вигоди, що виникає з нематеріальних активів, може відноситися виручка від продажу продуктів або послуг, зниження витрат або інші вигоди, що виникають від використання активу підприємством (п. 17 МСФЗ). Досліджувані права дають широкі можливості для отримання економічних вигод у вигляді прибутку від їх прямого використання (здійснення будівельних робіт, виробництва продукції тощо).

Відносно передбаченого Міжнародним стандартом критерію контролю над нематеріальним активом, то він полягає у праві власника активу на отримання майбутніх економічних вигод від ресурсу, що в основі активу, та можливості обмежити доступ інших організацій і осіб до цих вигод. Даному критерію права на здійснення господарської діяльності відповідають, оскільки вигоди від такої діяльності отримує суб'єкт господарювання, інші суб'єкти не мають на них право за законом (абз. 6, 7 ст. 6, ст. 44 ГК).

Дослідники-економісти розділяють ознаки нематеріальних активів як об'єктів податкового і бухгалтерського обліку. Щодо останніх виділяють такі критерії: немонетарність; відсутність монетарної форми; можливість ідентифікації; використання більше року; ймовірність отримання вигод; достовірно визначена вартість; документарне оформлення (прийняття до обліку оформлюється відповідним первинним документом) [XLIII; XLI, с. 28]. За цими ознаками права на здійснення ліцензованих видів господарської діяльності Ягнюк В.А. зараховує до числа нематеріальних активів; щодо решти видів діяльності, на думку автора, не дотримуються ознаки встановленості вартості, можливості ідентифікації і документарного оформлення [XLI, с. 29]. Вважаємо, що вказані ознаки присутні також щодо прав на здійснення господарської діяльності за документами дозвільного характеру. Як зазначалось, вартість цих прав може бути встановлена, вони можуть бути ідентифіковані і документарно оформлюються документами дозвільного характеру. Тому, з урахуванням наведених вище висновків, можна позицію Ягнюка В.А. переглянути.

Ягнюк В.А. не вважає за можливе визнавати права на здійснення господарської діяльності нематеріальними активами для цілей податкового обліку (не дотримується критерій контролю і критерій наявності права власності на такі об'єкти) [XLI, с. 30, 31]. Дійсно, складно визнати останній критерій щодо прав на здійснення господарської діяльності, а тому з наведеним висновком дослідника можна погодитись.

ВИСНОВКИ. Таким чином, правова природа прав за документами дозвільного характеру має кілька означень (характеристик). Вони є суб'єктивними правами відповідних суб'єктів господарювання. Такі права, після отримання їх конкретною особою, можна розглядати як елемент господарської компетенції – в рамках динамічного підходу до трактування поняття господарської

компетенції (коли визнається можливість індивідуальної компетенції різних суб'єктів господарювання, що може доповнюватись правами у процесі функціонування цих суб'єктів). Тому, на нашу думку, доцільно у визначенні господарської компетенції суб'єктів господарювання враховувати, що суб'єкти господарювання можуть набувати окремі права, які стають складовою частиною їх господарської компетенції, не тільки на підставі закону та установчих документів, а й на підставі документів дозвільного характеру.

Права за деякими документами дозвільного характеру (наприклад, спеціальними дозволами на користування надрами) можна визнати майновими правами. Однак, за попередніми дослідженнями, некоректно характеризувати права за усіма документами дозвільного характеру як майнові права. З огляду на перспективність розробки питання про оборотоздатність аналізованих у роботі прав, необхідно проводити подальше наукове опрацювання цієї проблематики, досліджуючи особливості правової природи окремих груп документів дозвільного характеру.

Неординарність правової природи досліджених прав полягає і в тому, що вони, будучи елементом господарської компетенції конкретного суб'єкта господарювання, можуть обліковуватись також як складова його майнової бази. Аналіз нормативно-правових актів та особливостей прав за документами дозвільного характеру засвідчує, що такі права можуть бути обліковані у складі нематеріальних активів суб'єкта господарювання.

Вважаємо, що права за документами дозвільного характеру можна охарактеризувати як привілеї, що надаються державою окремим суб'єктам господарювання, які виконали її вимоги по організації своєї господарської діяльності.

ДИСКУСІЯ. У подальшому варто детальніше дослідити правову природу цих прав залежно від того, які власне можливості (привілеї) надаються тією або іншою групою документів дозвільного характеру, і відповідно – провести класифікацію документів дозвільного характеру та прав за ними. Результати такого наукового дослідження можуть допомогти в опрацюванні питання про можливу оборотоздатність прав за документами дозвільного характеру. Адже спроба провести узагальнюючий аналіз правової природи прав за документами дозвільного характеру засвідчує, що незважаючи на чітке законодавче визначення таких прав як прав на здійснення господарської діяльності, невірним було би зробити висновок, що усі без виключення права за документами дозвільного характеру є майновими правами або мають абсолютно однакову правову природу. Дійсно, у більшості такі права пов'язані з легальним дозволом на виконання певних видів господарської діяльності або господарських операцій, які надають можливість відповідним суб'єктам отримувати прибуток від здійснення господарської діяльності або реалізовувати допоміжні дії, необхідні для їх господарської діяльності. Однак окремі види документів дозвільного характеру засвідчують права, що пов'язані з майном, природними ресурсами та їх використанням (наприклад, рішення про передачу у власність земельних ділянок, що перебувають у державній або комунальній власності), або є засобом контролю за безпечністю господарських операцій для суспільства, об'єктів суспільної власності та навколишнього природного середовища (наприклад, дозвіл на перенесення пам'ятки національного значення). Тому пропоноване дослідження вважаємо першим у числі тих, які би максимально повно охарактеризували правову природу прав за документами дозвільного характеру.

Список використаних джерел

I. Узагальнена інформація за результатами моніторингу виконання органами виконавчої влади і органами місцевого самоврядування вимог Закону України "Про адміністративні послуги" за 2014 рік // http://www.dkrp.gov.ua/info/4081.

II. *Солошкіна І.В.* Адміністративно-правові засади дозвільної діяльності щодо підприємництва: дис... канд. юрид. наук: 12.00.07 / *І.В.Солошкіна*. – Х.: ХНУВС, 2006. – 195 с.

III.*Завірюха Г.С.* Дозвільні процедури у сфері підприємницької діяльності (адміністративно-правовий аспект): дис....канд. юрид. наук : 12.00.07 / *Завірюха Г.С.*; Запоріз. нац. ун-т. – Запоріжжя, 2010. – 199 с.

IV. *Лихачов С.В.* Дозвільне провадження в адміністративному процесі / *С.В.Лихачов*. – Дис... канд. юрид. наук (12.00.07). – Х.: НУВС, 2001. – 177 с.

V. *Харитонов О.В.* Дозвільна система в Україні / *О.В. Харитонов*. – Дис... канд. юрид. наук (12.00.07). – Х.: Національна юридична академія ім. Ярослава Мудрого, 2004. – 197 с.

VI. *Джафарова О.В.* Дозвільна діяльність у сфері забезпечення екологічної безпеки: правові форми та їх види / *О.В. Джафарова* // Право і безпека. – 2010. – № 5 (37). – С. 66 – 71.

VII. *Джафарова О.В.* Поняття та сутність дозвільних правовідносин: питання сьогодення / *О.В. Джафарова* // Порівняльно-аналітичне право. – 2013. – № 3-1. – С. 208 – 211.

VIII. *Романяк М.М.* Адміністративно-правові засади дозвільної діяльності у сфері забезпечення екологічної безпеки: дис.... канд. юрид. наук : 12.00.07 / *РоманякМ.М.*; Нац. ун-т держ. податк. служби України. – Ірпінь, 2010. – 183 с.

IX. *Алексеев С.С.* Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования / *С.С. Алексеев*. – М.: "Статут", 1999. – 712 с.

X. Общая теория права и государства: Учебник / Под ред. *В.В. Лазарева* / *В.В. Лазарев*. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 1999. – 520 с.

XI. *Скакун О.Ф.* Теорія права і держави: Підручник / *О.Ф. Скакун*. – К.: Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. – 520 с.

XII. *Скакун О.Ф.* Теорія держави і права. Енциклопедичний курс : підручник для вузів / *О.Ф. Скакун*. – Харків: Еспада, 2006. – 775 с.

XIII. *Віхров О.П.* Організаційно-господарські правовідносини. Монографія / *О.П. Віхров*. – К.: Видавничий Дім "Слово", 2008. – 512 с.

XIV. Хозяйственное право: Учебник. / *В.К. Мамутов, Г.Л. Знаменский, К.С. Хахулин* и др.; Под ред. *Мамутова В.К.* – К.: Юринком Интер, 2002. – 912 с. – Библиогр. с. 897 – 899.

XV. *Лаптев В.В.* Субъекты хозяйственного права / *В.В. Лаптев* // Советское государство и право. – 1975. – № 4.

XVI. *Пилипенко А.Я., Щербина В.С.* Основи господарського права України: навчальний посібник / Міжрегіональна академія управління персоналом / *А.Я. Пилипенко, В.С. Щербина.* – К., 1995. – 204 с. // *Пилипенко А.Я.* Вибране. – К.: Освіта України, 2013. – 504 с. – С. 7 – 229.

XVII. *Мамутов В.К.* О соотношении понятий компетенции и правоспособности государственных хозяйственных органов / *В.К. Мамутов* // Правоведение. – 1965. – № 4. – С. 58 – 59.

XVIII. *Мамутов В.К.* Компетенция государственных органов в решении хозяйственных вопросов / *В.К. Мамутов*. – М., 1964.

XIX. Теоретические проблемы хозяйственного права / Ин-тут гос-ва и права АН СССР / Под ред. *В.В. Лаптева* / *В.В. Лаптев*. – М.: Наука, 1975. – 412 с.

XX. *Ершова И.В., Иванова Т.М.* Предпринимательское право: учебное пособие / *И.В. Ершова, Т.М. Иванова*. – М.: Юриспруденция, 1999. – 336 с.

XXI. *Пронская Г.В.* Хозяйственное право (Конспект лекций) / *Г.В. Пронская* // *Пронська Г.В.* Вибране. – К.: Освіта України, 2013. – 696 с. – С. 485 – 694.

XXII. *Заменгоф З.М.* Имущественные права социалистического государственного предприятия (производственного объединения) в СССР / *З.М. Заменгоф*.– М.: Знание, 1976. – 64 с.

XXIII. *Туктаров Ю.Е.* Имущественные права как объекты гражданско-правового оборота / *Ю.Е. Туктаров*// Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Вып. 6 / Под ред. *О.Ю. Шилохвоста*. – М.: Издательство НОРМА, 2003. – 384с. – С. 101 – 136.

XXIV. *Зинченко С., Лапач В.* Правовой статус имущества как объекта гражданских прав / *С. Зинченко, В. Лапач* // Хозяйство и право. – 2000. – № 8. Приложение. – С. 5.

XXV. *Регельсбергер Ф.* Общее учение о праве / *Ф. Регельсбергер*. – М., 1897.

XXVI. *Гамбаров Ю.С.* Курс гражданского права / *Ю.С. Гамбаров*. – Спб., 1911.

XXVII. *Баришпольская Т.Ю.* О процедурных нормах гражданского права // Проблемы совершенствования гражданско-правового регулирования / *Т.Ю. Баришпольская*. – Томск, 1988.

XXVIII. *Красавчиков О.А.* Гражданские организационно-правовые отношения / *О.А. Красавчиков* // Советское государство и право. – 1966. – № 10.

XXIX. *Васьковский Е.В.* Учебник гражданского права. Вып. I / *Е.В. Васьковский*. – Спб., 1894.

XXX. *Мейер Д.И.* Русское гражданское право (в 2 ч.). По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902. Изд. 3-е, испр. / *Д.И. Мейер*. – М.: "Статут", 2003. – 831 с. (Классика российской цивилистики.)

XXXI. *Сліпченко С.О.* Механізм правового регулювання особистих немайнових відносин з оборотоздатними об'єктами: автореф. дис... докт. юрид. наук (12.00.03) / *С.О. Сліпченко*. – Х.: Національний юридичний університет ім. Ярослава Мудрого, 2014. – 39 с.

XXXII. *Шишка Р.Б.* Привілеї як відправна позиція формування права інтелектуальної власності / *Р.Б. Шишка* // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. – 2001. – Вип. 15. – С. 195 – 200.

XXXIII. Словник іншомовних слів: 23 000 слів та термінологічних словосполучень / Уклад. Л.О. Пустовіт та ін. – К.: Довіра, 2000. – 1018 с.

XXXIV. *Заяць А.Є.* До історії правової локації волинських міст XVI – першої половини XVII ст.: Локаційні привілеї у Литовській і Волинській (Руській) метриках / *А.Є. Заяць* // Архіви України. – 2001. – № 4 -5 (247). – С. 83-98.

XXXV. Привілеї національних громад міста Львова (XIV – XVIII ст.) : Зб. док. / ред.: *Я. Дашкевич, Р. Шуст*; Львів. від-ня Ін-ту укр. археографії та джерелознавства ім. М.Грушевського НАН України. – Л., 2000. – 575 с.

XXXVI. *Мурза О.В.* Співвідношення понять "правові пільги" та "привілеї" / *О.В. Мурза*// Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. – 2012. – №1 (56). – С. 32 – 39.

XXXVII. *Гусь А.В.* Нематеріальні активи: господарсько-правовий аспект: монографія / *А.В. Гусь*. – Ужгород: ПП "АУТДОР-ШАРК", 2015. – 248 с.

XXXVIII. *Гусь А.В.* Правовий режим нематеріальних активів у складі майна державних вищих навчальних закладів: автореф. дис....канд. юрид. наук (12.00.04) / *А.В. Гусь*. – К.: Інститут економіко-правових досліджень НАН України, 2015. – 23 с.

XXXIX. *Аксёнов А.П.*Нематериальные активы: структура, оценка, управление: учеб.-метод. пособие / *А.П. Аксёнов*. – М.: Финансы и статистика, 2007. – 192 с.

XL. *Криштопа І.І.* Методика та організація обліку та контролю нематеріальних активів: автореф. дис... канд. екон. наук (08.00.09) / *І.І. Криштопа*. – К.: ДВНЗ "КНЕУ ім. В. Гетьмана", 2008. – 20 с.

XLI. *Ягнюк В.А.* Особенности признания нематериальными активами права пользования и права на осуществление деятельности / *В.А. Ягнюк*// Економіка. Фінанси. Право. – 2010. – №6. – С. 27 – 31.

XLII. *Бигдан И.А.* Нематериальные активы: проблемы признания, учета и аудита / *И.А. Бигдан*. – Х., 2005. – 287 с.

XLIII. *Клименко А.* Нематеріальні активи: від придбання до ліквідації / А. *Клименко, М. Пустовіт*. – 2-ге вид., перероб. і доп. – Х.: Фактор, 2006. – 400 с.

Надійшло до редколегії 18.08.15

Е. Апанасенко, канд. юрид. наук, доц.
Черниговский национальный технологический университет, Чернигов, Украина

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ПРАВ СОГЛАСНО ДОКУМЕНТОВ РАЗРЕШИТЕЛЬНОГО ХАРАКТЕРА: ПОСТАНОВКА ВОПРОСА

В статье начато исследование правовой природы прав, которые приобретаются на основании документов разрешительного характера. Проанализирована возможность признания таких прав как составляющей хозяйственной компетенции субъектов хозяйствования и как имущественных прав. Рассмотрен вопрос о допустимости учета таких прав как нематериальных активов.

Ключевые слова: разрешительные отношения; разрешительная система; документ разрешительного характера; хозяйственная компетенция; привилегия; нематериальные активы субъектов хозяйствования.

K. Apanasenko, Ph.D., docent
Chernihiv national technological University, Chernihiv, Ukraine

THE LEGAL NATURE OF RIGHTS PROVIDING BY PERMIT DOCUMENTS: PROBLEM DEFINITION

The high-priority reforms in Ukrainian Strategy of constant development are deregulation and development of business. There are 659 centers of administrative services including permit centers as a structure departments in Ukraine. Permit centers received more than 400 thousands petitions in 2014. So there is an important and actual task to investigate theoretical fundamentals of permit relations in a sphere of economic work. Detection of legal nature of rights providing by permit documents is necessary for definition of correct ways and content of legislative changes in permit system, for starting theoretical economic law investigations of permit relations. It is a purpose of our investigation. This problem was not investigated in Ukrainian legal science. Some results of this researching are the next.

The rights providing by permit documents are subjective rights of appropriate economic subject. Author found indicators of subjective right in these rights using scientific works in a sphere of legal theory. Capabilities of subjective right were definited in this right.

Author classified scientific positions for the category "economic competence" and analyzed whether it is possible to recognize rights providing by permit documents as a part of economic competence. It was defined as a possible thing in the border of dynamic position recognizing individual competence of economic subject. Author proposed to add to determination of economic competence the possibility to receive some rights on the base of permit documents not only of constituent documents and licenses.

The difficult question is whether the rights providing by permit documents are the property rights. It is more difficult because scientists have different positions on a content of the category "property rights". Based on most popular signs of property rights author proposed own conclusion. All analyzed rights are not property rights excepting some of them. But this question needs for next investigations.

Rights providing by permit documents is most similar to the category "privilege". This is historical category, there were known trade and manufacturing privileges in history. Now the concept of legal privilege is developed in social law but it has a chance to be developed in economic law.

It is interesting that analyzed rights can be accounted as a property (non-material assets) of an economic subject. This conclusion is a result of legislative and scientific research.

Consequently the legal nature of rights providing by permit documents can be defined in different ways. Proposed branches have a perspective for development. It is necessary to work on a theory of privilege and on conclusion about analyzed rights as a privilege. The final conclusion about property nature of these rights can be given after detailed analyze of certain possibilities (rights) providing by different kinds of permit documents. So important task is to classify permit documents and rights providing by them. Results of this investigation can help in researching of possible tradability of analyzed rights.

Key words: permit relations; permit system; permit document; economic competence; privilege; non-material assets.

УДК 342.9.07; 351.74

О. Заярний, канд. юрид. наук, доц.
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ

ДО ПИТАННЯ ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ЗАВДАНЬ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ДЕЛІКТОЛОГІЇ В ІНФОРМАЦІЙНІЙ СФЕРІ НА СУЧАСНОМУ ЕТАПІ ПРОВЕДЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОЇ РЕФОРМИ

В межах цієї статті проведено дослідження завдань адміністративної деліктології, які виконує ця наука в інформаційній сфері, здійснено їх класифікацію, виявлено зв'язок таких завдань з державною політикою у галузі проведення адміністративно-правової реформи.

Ключові слова: "адміністративне інформаційне правопорушення", "Адміністративна деліктологія в інформаційній сфері", "завдання науки адміністративної деліктології", "інформаційна сфера", "наука адміністративна деліктологія".

Постановка проблеми. Розвиток України, як незалежної, демократичної та правової держави супроводжується проведенням широкомасштабної, багатовекторної адміністративно-правової реформи, метою якої, серед іншого є формування системи державного управління, яка стане близькою до потреб і запитів людей, а головним

© Заярний О., 2015

пріоритетом її діяльності буде служіння народові, національним інтересам. Ця система державного управління має бути підконтрольною народові, прозорою, побудованою на наукових принципах і ефективною [1].

Серед вироблених суспільством та адекватно сприйнятих практикою державного управління інструментів досягнення зазначеної мети провідне місце займає інформатизація діяльності суб'єктів публічної адміністрації, що забезпечує перехід взаємодії держави з громадянським суспільством та окремими громадянами на нову, раніше не відому, інформаційно-телекомунікаційну платформу взаємодії, де інформація та технології її обробки виступають основою для прийняття управлінських рішень.

Однак, як свідчать численні науково-практичні дослідження у сфері проведення адміністративно-правової реформи та інформатизації діяльності суспільства й держави [2, с. 147; 3, с. 156], триваючі в Україні процеси формування і розвитку інформаційної інфраструктури, зокрема, тієї її складової, що використовується у функціонуванні публічної адміністрації, збільшення інформаційної складової у процесі прийняття управлінських рішень суб'єктів владних повноважень різного рівня супроводжується стрімким зростанням кількості протиправних діянь, вчинених з використанням або щодо різного роду інформації, які не становлять суспільної небезпеки.

Наявність в механізмі реалізації адміністративно-правової реформи деструктивного фактору у формі адміністративних інформаційних правопорушень має наслідком неефективність багатьох правових норм та управлінських рішень у сфері реформування системи органів виконавчої влади, організації та забезпечення їхньої діяльності, виникнення загроз для національної і міжнародної інформаційної безпеки.

Існуючий в Україні стан інформаційного правопорядку вимагає глибокого наукового дослідження причин та умов, що сприяють вчиненню адміністративних інформаційних правопорушень, їх належної правової кваліфікації, комплексного аналізу структури та динаміки розвитку адміністративної деліктності в інформаційній сфері, а також вироблення науково обґрунтованих засобів протидії цьому антисоціальному явищу.

Юридичною наукою, яка за своїми предметно-функціональними властивостями прийняла на себе виконання відповідних завдань в різних сферах діяльності публічної адміністрації, зокрема в інформаційній сфері стала адміністративна деліктологія.

Метою цієї статті є дослідження завдань адміністративної деліктології, що покладаються доктриною і практикою на цю науку в межах інформаційної сфері, удосконалення їх системи на шляху проведення в Україні адміністративно-правової реформи.

В юридичній літературі проблематика визначення завдань науки адміністративної деліктології переважно розглядалася на загальноделіктологічному рівні в працях багатьох вчених-адміністративістів: Е. Є. Гензюка, І. П. Голосніченка, А. М. Дерюги, Є. В. Додіна, Л. В. Коваля, В. К. Колпакова, М. І. Нікуліна, О. І. Остапенка та інших. Проте особливості реалізації завдань адміністративної деліктології в межах інформаційної сфери не були предметом самостійного наукового дослідження.

Такий висновок слідує з аналізу вироблених правовою доктриною поглядів на зміст та функціональне призначення адміністративної деліктології.

Так, Є. В. Додін визначив адміністративну деліктологію, як сукупність знань та уявлень про адміністративну деліктність, її причини та закономірності, про заходи нейтралізації та запобігання [4, с. 10].

В свою чергу М. І. Нікулін визначає поняття "адміністративна деліктологія", як відносно самостійну систему знань, завданням якої є дослідження та вивчення адміністративної деліктності, як соціально-правового явища, її тенденцій, закономірностей (властивих для сучасності, минулого і майбутнього) та причин, що сприяють проявам протиправної поведінки, а також розробка і оцінка заходів запобігання адміністративних правопорушень з метою удосконалення теорії та практики запобігання і зниження рівня адміністративної деліктності [5, с. 10].

Аналіз наведених визначень доводить, що у правознавстві поняттям "адміністративна деліктологія" охоплюється система скомпонованих за спільним предметом та методами дослідження знань про адміністративну деліктність, причини та умови, які сприяють виникненню цього антисоціального явища, її структура, стан та динаміка, соціально-правова природа особи порушника, а також організаційно-правові засоби запобігання адміністративних правопорушень, державні програми такої діяльності.

Порівняно з традиційним підходом до визначення поняття "адміністративної деліктології" більш глибоко до його інтерпретації, на наш погляд підійшов Е. Є. Гензюк.

Обгрунтовуючи існування адміністративної деліктології як складного соціально-правового явища, вчений-деліктолог вважає, що це поняття в об'єктивному аспекті відображає процеси, свідомість, поведінку та діяльність людей у сфері суспільних відносин, що регулюються адміністративними правилами, нормами, а в іншому – суб'єктивному аспекті, характеризує систему знань про стан адміністративно-деліктного законодавства, механізми його виконання, причини, умови, фактори вчинення адміністративних правопорушень, а також ефективності заходів адміністративної відповідальності [6, с. 9].

Формулювання визначення поняття "адміністративна деліктологія", шляхом виділення в межах його змісту об'єктивного та суб'єктивного аспектів розкриває її в декількох її пов'язаних між собою, в той же час відносно самостійних напрямках: як комплексної, юридичної науки; спеціальної навчальної дисципліни, а також галузі правоохоронної діяльності, що використовує наукові доробки деліктології.

Об'єктивні аспекти деліктології відображають ті процеси, фактори і явища, що мають місце у суспільстві чи породжені його життєдіяльністю, наявність яких негативно відбивається на охоронюваних державою суспільних благах (правопорядку, конституційному ладі, правах і свободах людини та громадянина), що вимагає, дослідження за допомогою наявного у адміністративній деліктології інструментарія.

Іншими словами, об'єктивними аспектами охоплюються компоненти, що закладають предметно-об'єктну основу адміністративної деліктології, становлять підґрунтя для проведення адміністративно-деліктологічних досліджень, практичної діяльності у сфері профілактики адміністративної деліктності.

Виходячи із об'єктивних уявлень про адміністративну деліктологію, саме на загальному деліктологічному рівні відбувається поділ комплексної самостійної юридичної науки на окремі, відносно самостійні напрямки деліктологічних досліджень та спеціалізація діяльності з профілактики окремих видів адміністративних правопорушень.

На рівні, окресленого суб'єктивним аспектом відбувається зародження самостійних теоретичних концепцій, теорій, понять, що пояснюють фактори, процеси та явища, включені до об'єктивного аспекту адміністративної деліктології. Тим самим, на рівні суб'єктивного аспекту адміністративної деліктології відбувається її розчеплення на три основні форми існування: самостійну

юридичну науку, вид правотворчої та правоохоронної діяльності, а також навчальну дисципліну.

Як самостійна, комплексна юридична наука адміністративна деліктологія, на наш погляд – це система емпірично сформованих та теоретично обґрунтованих знань про адміністративну деліктність у сфері діяльності публічної адміністрації, її характер, стан, динаміку розвитку на конкретній території за окремо взятий проміжок часу, причини та умови, які сприяють виникненню цього антисоціального явища, засоби їх усунення, а також методику і методи профілактики адміністративних правопорушень.

На основі вироблених у правознавстві визначень "адміністративної деліктології", можна виділити її основні ознаки, в яких розкривається її сутність та соціально-правове призначення в механізмі запобігання адміністративних правопорушень:

1. Адміністративна деліктологія являє собою цілісну систему знань та уявлень про адміністративну деліктність, причини та умови, що сприяють її розвитку, соціально-правові та психологічні властивості особи-правопорушника, а також методику, засоби і програми її профілактики на загальнодержавному, регіональному чи місцевому рівнях.

2. Поєднання в межах предмета науки адміністративної деліктології різних аспектів адміністративної деліктності: причин та умов, що сприяють вчиненню адміністративних правопорушень, соціально-правових та психологічних властивостей особи-правопорушника, заходів запобігання розвитку адміністративної деліктності обумовлює комплексний характер цієї юридичної науки.

3. Як юридична наука, адміністративна деліктологія забезпечує теоретичну розробку та практичну реалізацію спеціальних завдань і програм по запобіганню адміністративних правопорушень, чим фактично створює правову основу для адміністративно-деліктної політики, встановлює безпосередній зв'язок між теорією та практикою запобігання адміністративної деліктності в різних сферах діяльності публічної адміністрації.

4. Здійснюючи завдання по науково-прикладному забезпеченню запобігання адміністративної деліктності, виявленню та усуненню причин, що сприяють її розвитку, адміністративна деліктологія для запобігання юридичних конфліктів, існуючих у сфері діяльності публічної адміністрації широко використовує інструментарій інших юридичних наук: конфліктології, кримінології, юридичної психології.

5. Адміністративна деліктологія маючи в основі свого предмету дослідження різні аспекти адміністративної деліктності вивчає як матеріальні норми, що визначають склади адміністративних правопорушень чи адміністративно-правові заборони, так, положення адміністративно-процесуальних норм, що регламентують провадження у справах про адміністративні правопорушення, у зв'язку з чим охоплює своєю структурою матеріальні та процесуальні аспекти діяльності по запобіганню адміністративної деліктності.

Наведені ознаки дозволяють визначити адміністративну деліктологію як комплексну юридичну науку про адміністративну деліктність, причини та умови її існування, особу порушника, завданнями якої є формування системи організаційно-правових та соціально-економічних заходів запобігання адміністративних правопорушень, охорона прав фізичних, юридичних осіб у відносинах з публічною адміністрацією, а також усунення негативних соціально-правових факторів, які породжують юридичні конфлікти в різних сферах публічно-правового регулювання.

Наведене визначення вказує на те, що в основі поняття "науки адміністративної деліктології" перебувають її завдання, які покладаються на цю науку у процесі теоретичного дослідження різних аспектів діяльності публічної адміністрації, зокрема, проблем запобігання вчиненню адміністративних правопорушень.

Таке призначення адміністративної деліктології зберігає свою актуальність і щодо інформаційної сфери, функціонування якої в останні десятиліття піддається негативному впливу з боку великої кількості адміністративних інформаційних правопорушень, профілактика яких і обумовлює виникнення для юридичної науки спеціальних завдань з вироблення теоретичних рекомендацій щодо забезпечення інформаційного правопорядку та інформаційної безпеки.

в межах інформаційної сфери адміністративна деліктологія у значенні самостійної юридичної науки одержує свій розвиток на рівні спеціальної частини у значенні окремого деліктологічного напрямку наукових досліджень проблематики запобігання адміністративних інформаційних правопорушень.

Така побудова системи адміністративної деліктології в інформаційній сфері передбачає розробку і дослідження завдань цієї науки на двох основних рівнях – самостійної науки в системі юридичних наук, які досліджують інформаційну сферу на рівні окремого напрямку в межах самої адміністративної деліктології.

Основні завдання адміністративної деліктології в інформаційній сфері закладені в нормах законодавства України, якими визначається правові основи публічного інформаційного правопорядку.

Спираючись на положення ст. 17, 32, 34 Конституції України від 28. 06. 1996 року № к/96 – ВР [7], ст. 1 Кодексу України про адміністративні правопорушення від 24. 12. 1984 року, (далі – КупАП) [8], ст. 2, 3, 7 ЗУ "Про інформацію" від 02.10.1992 року в редакції ЗУ від 13.01.2011 року з наступними змінами та доповненнями [9], нормативні завдання адміністративної деліктології в інформаційній сфері можна визначити як розробка методів, засобів та державних програм, спрямованих на охорону прав і свобод громадян, власності, конституційного ладу України, прав і законних інтересів підприємств, установ і організацій, встановленого правопорядку, зміцнення законності, запобігання правопорушенням, виховання громадян у дусі точного і неухильного додержання Конституції і законів України, поваги до прав, честі і гідності інших громадян, до правил співжиття, сумлінного виконання своїх обов'язків, відповідальності перед суспільством, забезпечення інформаційної безпеки, недопущення втручання в особисте життя, шляхом незаконного збирання, зберігання чи поширення інформації.

Системний аналіз нормативно встановлених завдань адміністративної деліктології в інформаційній сфері вказує на те, що законодавець визначаючи їх в загальних нормах Конституції України, КУпАП та ЗУ "Про інформацію" зробив основний акцент на профілактичне та правоохоронне призначення адміністративно – діалектних норм.

Розвиток загальних положень адміністративно – деліктного законодавства в межах інформаційної сфери надає закріпленим у них завданням значення спеціальних, оскільки їх виконання передбачає детальне дослідження причин та умов, які сприяють вчиненню адміністративних інформаційних правопорушень, вибір ефективних методик з їх профілактики, з'ясування особливостей особи-порушника адміністративно-правових заборон, чинних в інформаційній сфері.

На відміну від норм адміністративно-деліктного законодавства в яких основний акцент зроблений на профілактичних та охоронних аспектах адміністративно-деліктної політики, в юридичній науці дослідження завдань адміністративної деліктології здійснюється крізь призму різних аспектів предмета цієї науки.

Визначаючи адміністративну деліктологію, як відносно самостійну систему знань, М. І. Нікулін вважає, що її основними завданнями є дослідження та вивчення адміністративної деліктності, як соціально – правового явища, її тенденцій, закономірностей, властивих для минулого, сучасного і майбутнього, причин та умов, які сприяють прояву цього явища, а також їх оцінка й розробка заходів профілактики адміністративних правопорушень з метою удосконалення теорії та практики запобігання адміністративної деліктності [5, с. 9].

Формулюючи завдання адміністративної деліктології через призму дослідження різних аспектів адміністративної деліктності, М. І. Нікулін тим самим визначив основне призначення цієї науки, яке виявляється у виробленні методик і програм профілактики адміністративних правопорушень, усунення причин та умов, які сприяють їх вчиненню.

Такі завдання мають доволі узагальнений характер та не відображають призначення адміністративної деліктології в межах конкретних сфер правового регулювання. Між тим, загальна природа завдань адміністративної деліктології, запропонованих М. І. Нікуліним допускає можливість їх реалізації як на загально державному чи регіональному рівні, так, і на рівні окремих сфер правового регулювання.

В такому контексті наведені завдання адміністративної деліктології можуть розглядатися як загальні щодо інформаційної сфери, адміністративної деліктності, що виникає та розвивається в її межах.

За загальними законами діалектики виділення з конкретного поняття його загальної (базової) частини не виключає, а передбачає виокремлення окремих елементів, якими на цьому етапі дослідження можуть виступати спеціальні завдання адміністративної деліктології, які вона виконує в межах інформаційної сфери.

В такому контексті спеціальні завдання науки адміністративної деліктології в межах інформаційної сфери можна визначити, як систему визнаних наукою або закріплених в нормах адміністративно-деліктного законодавства, державних програмах соціально-економічного розвитку комплексу проблем, пов'язаних з існуванням і поширенням адміністративної деліктності в інформаційній сфері, які вимагають самостійного наукового вирішення, а також формування рекомендацій стосовно усунення причин та умов, які сприяють вчиненню адміністративних інформаційних правопорушень, усунення їх суспільно-шкідливих наслідків.

Спеціальними завданнями адміністративної деліктології виступають ті з них, в яких розкривається мета і сутність існування цієї юридичної науки серед інших наук, які досліджують інформаційну сферу, закономірності її становлення і розвитку.

До таких завдань адміністративної деліктології можна віднести:

1) дослідження поняття, структури, стану і динаміки розвитку адміністративної деліктності в інформаційній сфері, причин та умов, які сприяють існуванню цього антисоціального явища;

2) надання соціально-правової характеристики адміністративної деліктності в інформаційній сфері, визначення наслідків впливу цього явища на стан забезпечення інформаційного правопорядку та інформаційної безпеки держави;

3. аналіз причин та механізмів переростання інформаційно-правових конфліктів в адміністративні інформаційні правопорушення, проведення класифікації таких конфліктів і деліктів з урахуванням різних аспектів діяльності публічної адміністрації;

4) аналіз інформаційного середовища вчинення адміністративних правопорушень на предмет виявлення деліктогенних факторів, які сприяють вчиненню адміністративних інформаційних правопорушень;

5) вивчення особи-порушника адміністративно-правових норм, чинних в інформаційній сфері, формування його соціально-психологічного та правового "портрету", з'ясування прагматичних властивостей інформації, інформаційних ресурсів чи технологій, здатних виступати елементом мотивації до вчинення адміністративних інформаційних правопорушень;

6) виявлення та усунення деліктогенних факторів в правилах та регламентах використання інформації, інформаційних ресурсів чи технологій, які застосовуються у процесі діяльності публічної адміністрації, вироблення науково-обгрунтованих методик і рекомендацій з їх усунення;

7) прогнозування динаміки розвитку адміністративної деліктності в інформаційній сфері, вивчення регіональних та галузевих детермінант, які впливають на зростання кількості адміністративних інформаційних правопорушень, які вчиняються на конкретній території за визначений проміжок часу;

8) розробка державних програм запобігання адміністративної деліктності в інформаційній сфері, аналіз ефективності їх виконання;

9) наукова розробка механізму адміністративно-правової охорони та захисту інформаційних прав особи від порушень з боку суб'єктів владних повноважень, інших учасників публічно-правових відносин в інформаційній сфері.

Поряд з наведеними завданнями адміністративної деліктології, правовою доктриною вироблені інші підходи до вирішення цієї проблеми, в яких розкривається місце цієї науки серед інших юридичних наук.

Так, А. М. Дерюга запропонував розділити усю систему завдань адміністративної деліктології на практичні та методичні, визначивши за кожною з цих груп завдань своє призначення в механізмі запобігання адміністративних правопорушень.

Практичні завдання пов'язані з відображенням адміністративно-деліктологічних детермінант окремих видів адміністративних правопорушень. До таких завдань дослідник відносить:

1) визначення закономірностей існування та динаміки адміністративних правопорушень;

2) визначення особливостей особи-порушника та механізму вчинення ним адміністративного правопорушення;

3) формування стратегії запобігання окремих видів адміністративних правопорушень;

4) пропозиції з удосконалення матеріальних та процесуальних норм законодавства про адміністративні правопорушення в галузі усунення причин та умов, які сприяють вчиненню адміністративних деліктів.

До методичних завдань адміністративної деліктології А. М. Дерюга відносить ті з них, які спрямовані на систематизацію наукових концепцій, що охоплюються предметом адміністративно-деліктологічних досліджень, складання їх в цілісний ланцюжок наукових знань, придатних для широкого розповсюдження, повсюдного практичного застосування суб'єктами публічної адміністрації, в тому числі органами адміністративної юрисдикції.

Структура методичних завдань адміністративної деліктології охоплює п'ять груп відповідних завдань: 1) науково-конструкційні; 2) формування пізнавального процесу предмета науки адміністративної деліктології; 3) прогнозування; 4) рекомендаційне; 5) прогнозування [10, с. 19].

Запропонована А. М. Дерюгою класифікація завдань адміністративної деліктології відображає різні рівні та напрямки наукового пізнання предмета та об'єкта адміністративно-деліктологічних досліджень.

При цьому поділ завдань адміністративної деліктології на практичні та методичні показує, що перша з цих груп одержує свій розвиток на рівні спеціальної частини адміністративної деліктології, тоді, як друга пронизує усю її систему.

За такої інтерпретації практичні завдання адміністративної деліктології одержують своє визнання і розвиток в інформаційній та інших сферах правового регулювання, обумовлюються існуванням окремих видів адміністративної деліктності, необхідністю її комплексного дослідження, вироблення рекомендацій по її профілактиці.

Орієнтація практичних завдань адміністративної деліктології на дослідження окремих видів адміністративної деліктності, вивчення її стану, структури та закономірностей розвитку обумовлює динамічний характер вказаних завдань. Пов'язана така тенденція з постійними змінами в структурі, стані та умовах адміністративної деліктності, що обумовлює необхідність постійного уточнення кола завдань, які стоять перед наукою адміністративною деліктологією, їх оновлення та приведення у відповідність до потреб правозастосовчої діяльності.

Аналіз практичних завдань адміністративної деліктології на прикладі інформаційної сфери показує, що їх виконання перед усім спрямовано на дослідження причин та умов, які сприяють вчиненню адміністративних інформаційних правопорушень, формування соціально-психологічної та правової характеристики особи-порушника інформаційно-правових норм, виявлення та пояснення закономірностей виникнення інформаційно-правових конфліктів, їх перетікання в адміністративні делікти чи злочинність, формування рекомендацій щодо забезпечення національної інформаційної безпеки та інформаційного правопорядку в цілому.

На відміну від практичних, методичні завдання, як правило, пов'язуються із загальними положеннями адміністративної деліктології, її побудовою і розвитком адміністративно-деліктологічних досліджень різних аспектів предмета цієї науки.

Проведене дослідження дозволяє дійти висновку, згідно з яким в умовах глибокої інформатизації суспільно-політичних та правових процесів, адміністративна деліктологія виконує широке коло загальних та спеціальних; практичних і методичних завдань, в яких розкривається сутність, структура та соціально-правове призначення цієї юридичної науки. На сучасному етапі розвитку інформаційного суспільства поставлені перед адміністративною деліктологією завдання обумовлюють її місце серед інших юридичних наук, які досліджують інформаційну сферу, визначають зв'язок цієї науки з державною політикою забезпечення інформаційної безпеки.

Список використаних джерел

1. Про схвалення Концепції адміністративно-правової реформи в Україні: Указ Президента України від 22.07.1998 р. № 810/98 // Офіційний вісник України від 11.06.1999. № 21, ст. 32. – [з наступними змінами та доповненнями].

2. Березовська І. Р. Адміністративно-правова відповідальність у сфері забезпечення інформаційної безпеки: постановка проблеми / І. Р. Березовська, М. Микитюк // Наукові записки Львівського університету бізнесу та права. – 2011. – Вип. 6. – С. 146-150. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Nzlubp 20116_ 34.pdf

3. Настюк В. Я. До питання про адміністративну відповідальність за інформаційні правопорушення в Україні / Настюк В. Я., Бєлєвцева В. В. // Актуальні проблеми сучасного адміністративного права : матеріали круглого столу, 22 берез. 2013 р. – Запоріжжя : КГТУ, 2013. – С. 156–159.

4. Додин Е. В. Административно-правовая наука и административная деликтология // Актуальные проблемы административной деликтологии. Сборник научных трудов. Киев. 1984. с. 16 – 19.

5. Никулин М. И. Проблемы науки административной деликтологии: дис.... д-ра юрид. наук.: [12.00.14] / Михаил Иванович Никулин. – М., 2005. – 461 с.

6. Гензюк Э. Е. Административная деликтология: дис.... д-ра юрид. наук. Э.Е. Гензюк. – М., 2002. 324 с.

7. Конституція України від 28.06.1996 // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

8. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1984. – додаток до № 51. – Ст. 1123 (з наступними змінами та доповненнями).

9. Про інформацію. Закон України від 02. 10. 1992 р. № 2657-XII. – Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 48. – Ст. 650 в редакції Закону України від 13.01.2011 р.

10. Дерюга А. М. Концептуально-прекладные основы развития административной деликтологии: автореф. дис. докт. юрид. наук: спец. [12.00.14]. / Артем Николаевич Дерюга. – М., 2012. – 60 с.

Надійшла до редколегії 10.07.15

О. Заярный, канд. юрид. наук, доц
Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Киев, Украина

К ВОПРОСУ ОБ ОПРЕДЕЛЕНИИ ЗАДАЧ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ДЕЛИКТОЛОГИИ В ИНФОРМАЦИОННОЙ СФЕРЕ НА СОВРЕМЕННОМ ЭТАПЕ ПРОВЕДЕНИЯ АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВОЙ РЕФОРМЫ

В рамках настоящей статьи проведено исследование задач административной деликтологии, возложенные на эту науку в информационной сфере, осуществлено их классификацию, выявлено связь задач этой науки з политикой проведения административно-правовой реформы.

Ключевые слова: "административное информационное правонарушение", "административная деликтология в информационной сфере", "задачи науки административной деликтологии", "информационноя сфера", "наука административная деликтология".

O. Zaiarnyi, Ph.D., docent
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

ON THE DEFINITION OF THE TASKS OF ADMINISTRATIVE DELICTOLOGY IN THE INFORMATION SPHERE AT THE PRESENT STAGE OF THE ADMINISTRATIVE AND LEGAL REFORM

Within the article the author researches the tasks of administrative delictology in the information sphere, makes their classification and defines the link of these tasks to the policy of administrative and legal reform.

Key words: "administrative information offence", "administrative delictology in the information sphere", "tasks of administrative delictology as a science", "information sphere", "a science of administrative delictology".

УДК 347.777

Б. Воєводін, канд. юрид. наук, асист.
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ

МІСЦЕ ІНСТИТУТУ РЕКЛАМИ В ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ УКРАЇНИ

Публікація присвячена аналізу інституту реклами та визначенню його місця в правовій системі України, також надається обґрунтування категорії "інститут реклами" і його характеристика.

Ключові слова: реклама, інститут, система права, приватне право.

Актуальність темидослідження обумовлена відсутністю чіткого розуміння місця реклами у системі права України. Детального аналізу потребує як поняття інституту реклами та його характеристика, так і його позиціонування в системі координат приватне-публічне право.

Теоретичну основу даного дослідження склали праці наступних вчених: С.С. Алексеева, І.В. Венедіктової, Б.О. Дзагоєвої, Ю.І. Зоріної, Н.С. Кузнєцової, О.В. Кохановської, Н. М. Мєдвєдєвої, А. В. Мінбалаєва, А.І. Черемнової та ін.

Нормативною базою дослідження є: Цивільний Кодекс України від 16 січня 2003 року, Закон України "Про рекламу" від 03.07.1996, Закон України "Про інформацію" та ін.

Метою даного дослідження є аналіз поняття "інститут реклами" та дослідження його позиціонування в системі права України.

Об'єктом дослідження є цивільні правовідносини у сфері реклами.

Предметом дослідження є нормативно-правові акти України, практика їх застосування та тлумачення, наукові погляди, ідеї, концепції вітчизняних та іноземних вчених у сфері даної проблематики.

Методологічну основу дослідження склали наступні методи: діалектичний, історичний, порівняльно-правовий, формально-логічний, системно-структурний та інші.

Норми права регулюють не лише відносини, що базуються на економічному елементі, а й відносини, що виникають у сфері культури, сім'ї ідеології тощо. Юридична наука розглядає рекламу з позиції публічного, приватного і міжгалузевого правового регулювання, у тому числі в контексті комунікативної діяльності. Визначення, що міститься у Законі України "Про рекламу" трактує рекламу як комплексний об'єкт приватних та публічних правовідносин. Проблемою є визначення оптимального співвідношення публічного та приватного інтересу в рекламі, що в комплексі дозволить дати глибоке розуміння правовідносин, що виникають у цій сфері.

Однією з основних характеристик, на підставі яких можна здійснювати поділ правовідносин, що виникають у сфері реклами, на публічні та приватні, є інтерес. Наприклад, виділення інтересу в якості критерію поділу права на приватне і публічне здійснено в працях Г.Ф. Шершеневича [1, с.32]. Саме забезпечення гармонійного співіснування приватних та публічних інтересів у правовідносинах, що виникають в сфері реклами, дозволить більш повно регулювати ці правовідносини.

С.С. Алєксеев визначає приватне та публічне право не як конкретні галузі, а, скоріше, як сфери регулювання, в одній з яких (публічне право) домінують начала централізації, владного підпорядкування, а інша (приватне право) побудована на децентралізації, юридичній рівності сторін, можливості суб'єктів на свій розсуд визначати умови власної поведінки [2, с. 46].

В рекламі інтереси можна поділити на майнові (отримання прибутку, просування об'єкта реклами, збільшення долі ринку) та немайнові (захист честі, гідності та ділової репутації, отримання інформації про товар, інтереси, пов'язані з правом на ім'я тощо). На думку О.А. Красавчикова, є певний пласт суспільних відносин, що регулюються цивільним правом, але не відносяться ні до майнових, ні до немайнових інтересів. Такими є організаційні відносини [3, с. 156]. До них, в контексті дослідження рекламних правовідносин, за класифікацією Б.О. Дзагоевої, належить організаційний інтерес суб'єктів рекламної діяльності у створенні саморегульованих об'єднань, що мають на меті представництво та захист інтересів своїх членів, вироблення вимог дотримання етичних норм в рекламі і забезпечення контролю за їх виконанням [4, с.18].

І.В. Венедіктова найбільш повно визначає інтерес як усвідомлене суб'єктом права домагання отримати певне матеріальне (нематеріальне) благо або змінити правовий статус, що спонукає суб'єктів права вчиняти конкретні дії чи, навпаки, утримуватися від них, знаходиться у правовому полі та забезпечене в реалізації підтримкою держави, здійснюється у формі дозволу і відбивається в конкретних правовідносинах [5, с.3].

Аналізуючи мету та завдання замовлення, створення та розповсюдження реклами, ми дійшли висновку, що ними є просування та популяризація певного товару, послуги чи особи-виробника. Відповідно, інтерес у сфері реклами носить приватно-правовий характер. Адже зацікавленими у досягненні цілей, що поставлені перед рекламою, є фізичні та юридичні особи, які замовили виготовлення та розповсюдження реклами. Також не можна ігнорувати інтерес споживачів реклами та інших учасників ринку.

Для визначення місця рекламних правовідносин в системі права України, можна звернутись також до вчень з теорії права. Наприклад, якщо сприймати концепцію Ю.А. Тихомірова, за якою він відносить інформаційне право до публічного, то можна характеризувати рекламні правовідносини також як публічно-правові [6, с.339]. Але це не відображає їх комплексної сутності та нівелює ту роль, що грають в них приватно-правові елементи, такі як відносини по замовленню, виробництву (створенню) та розповсюдженню реклами, відносини зі споживачами, захист прав тощо.

Як вірно вказує І.В. Венедіктова, приватний інтерес забезпечується "роботою" інтересу публічного. Значення публічного інтересу для збалансованого суспільного розвитку полягає саме в тому, що він спрямований на забезпечення охоронюваних законом інтересів кожної окремої особистості, і тим самим вони мають бути підпорядковані інтересам приватним, особистим. Категорія публічності в праві підлягає постійному переосмисленню. Публічні інтереси слугують засобом для досягнення цілей приватного права.

При цьому інтереси, що виникають в сфері реклами, підпадають під наступні ознаки приватного охоронюваного законом інтересу, що наводить І.В. Венедіктова [5, с.6]: інтерес в рекламі належить окремому, автономному і відносно самостійному суб'єкту і пов'язаний безпосередньо з ним (як було відмічено вище, такими суб'єктами можуть бути рекламодавці чи виробники об'єкту реклами, споживачі реклами та інші учасники ринку); такий інтерес зумовлений індивідуальними якостями,

© Воєводін Б., 2015

устремліннями, мотивами, цілями, потребами суб'єкта або групи суб'єктів – дана ознака корелюється з метою реклами; основу регулювання складають норми приватного права; реалізується добровільно і за власною ініціативою; захист порушеного приватного інтересу учасника рекламних правовідносин відбувається за активних дій самої особи і виходить від неї.

С.С. Алексеев здійснює розмежування права на публічне та приватне на підставі способу регулювання тих чи інших відносин: публічні правовідносини побудовані на субординаційному підпорядкуванні і є системою централізованого регулювання життєвих відносин, а приватні – на началах координації суб'єктів, та є системою децентралізованого регулювання [7, с.23-24].

Отже, навіть враховуючи великий вплив держави на регулювання правовідносин, що виникають у зв'язку із замовленням, створенням та розповсюдженням реклами, основоположним є саме приватний інтерес. Відповідно, домінуючу роль у сфері реклами відіграють саме приватно-правові відносини.

Публічний елемент не є домінуючим у правовідносинах, що виникають у сфері реклами. Але є певні аспекти, на яких варто зупинитись для всебічного сприйняття комплексного інституту, яким є реклама.

Наприклад Н.М. Мєдвєдєва, в рамках адміністративного права, розглядає рекламу як правовий об'єкт управління [8, с.14]. Погодитись з даним визначенням не можна, адже реклама є саме об'єктом матеріального права, а саме об'єктом цивільного права (як інформація, як твір тощо).

М.В.Баранова стверджує, що правове регулювання реклами – невід'ємний компонент сучасної культури, що відображає менталітет народу, інструмент активізації соціально-економічних і морально-психологічних відносин не тільки в стабільних, а й у кризових умовах. При цьому рекламне право розглядається як самостійний засіб масової комунікації, фактор впливу на модернізацію якості життя, що свідчить про цивілізаційну обумовленість прав людини [9, с.15-16].

Велика кількість вчених, зокрема А.І. Черемнова, дотримується точки зору, що публічний характер правовідносин у сфері реклами пов'язаний з трактуванням реклами як підприємницької діяльності. Під підприємницькою діяльністю розуміється самостійна, ініціативна, систематична, ризикова діяльність із виробництва продукції, виконання робіт, надання послуг та заняття торгівлею з метою одержання прибутку. Рекламна діяльність відповідає наведеним ознакам. Як вказує А. І. Черемнова: "під час здійснення рекламної діяльності реклама виявляється як процес створення, розповсюдження та одержання реклами, де складаються суспільні відносини, що регулюються Законом України "Про рекламу"" [10, с.5].

З подібними твердженнями погодитись можна лише частково, так як отримання прибутку є однією з основних функцій реклами, але основною є саме інформаційна функція, тому не можна зводити значення реклами тільки до мети отримання прибутку. Настільки ж суперечливою вважається позиція по звуженню значення реклами тільки до рекламної діяльності. Так, підприємницька діяльність здійснюється суб'єктом господарювання з метою отримання прибутку. При цьому виникають господарські відносини, для яких характерні наступні ознаки: обмежене коло суб'єктів, до яких не належать фізичні особи, за винятком тих, що є підприємцями; поєднання організаційних і майнових елементів, згідно з якими договірні відносини виникають на підставі державного замовлення та рішень їх суб'єктів відповідно до планів економічного і соціального розвитку (бізнес-план); матеріальний зміст, тобто суспільне виробництво реалізація господарюючими суб'єктами продукції [11, с.19].

Відповідно, вчені, що трактують рекламу виключно як діяльність, нівелюють значення інших функцій та аспектів реклами.

Так, А.В.Карягіна дійшла висновку, що рекламна діяльність регулюється як публічним так і приватним правом, а також нормативними та ненормативними регуляторами суспільних відносин. При цьому правовий режим рекламної діяльності обумовлений як інтересами держави, так і характером суспільних відносин в цій сфері, які потребують до себе особливого підходу, специфічних форм та методів правового регулювання в контексті їх діалектичної взаємодії [12, с.5-8].

Подібну позицію займає Б.О.Дзагоєва. Вона хоч і робить застереження, що не можна акцентувати увагу лише на відносинах між суб'єктами рекламної діяльності з приводу виробництва та розповсюдження реклами та аргументує необхідність комплексного вивчення рекламних правовідносин та похідних від них, але, все одно, під рекламними правовідносинами розуміє відносини, що виникають між суб'єктами рекламної діяльності з приводу виробництва і розповсюдження реклами (які виникають, в основному, на підставі договорів); а під похідними – відносини, що пов'язані з державним регулюванням рекламної діяльності, податкові правовідносини тощо [13, с.41]. Як бачимо, при наданні визначення, Б.О. Дзагоєва все рівно відштовхується від специфіки підприємницької діяльності. При цьому втрачається великий пласт майнових та немайнових відносин. Отже, для ґрунтовного розуміння сутності рекламних правовідносин, некоректно трактувати рекламу саме як вид підприємницької діяльності.

Діяльність, пов'язана із виробництвом реклами не обов'язково є підприємницькою, оскільки може здійснюватись фізичними особами (зокрема, у випадках цивільно-правових відносин підряду, трудових відносин, відносин інтелектуальної власності), а також юридичними особами без мети отримання прибутку. Розповсюдження реклами, як правило, здійснюється в межах підприємницької (з метою отримання прибутку) або господарської діяльності [14].

Правовідносини у сфері реклами первісно носять приватноправовий характер. Це пов'язано саме з рівним становищем основних учасників цих правовідносин, при цьому обмеженням права одного учасника є право іншої сторони чи третіх осіб, або суспільства загалом. Держава у свою чергу визначає вимоги щодо змісту реклами, її розміщення (наприклад, ст.ст. 15-25-1 Закону України "Про рекламу") При цьому, втручання державних органів із використанням методу владних приписів можливе лише при певному порушенні норм спеціального законодавства, та не є системоутворюючим, так як є характерним для абсолютно усіх відносин, включаючи і відносини суто публічні (адміністративні, податкові тощо). Дуалістичність методу, що застосовується у рекламних правовідносин, лише підтверджує приватноправову характеристику таких відносин, оскільки основним є саме диспозитивний метод, а імперативний застосовується лише у випадках, що чітко визначені спеціальним законодавством.

Загальною тенденцією останнього часу є штучне створення нових галузей права, підставою формування яких є однорідність предмету, суб'єктного складу та нормативного регулювання. Такими галузями є, наприклад, банківське право, митне право, податкове право, та такі досить спірні, як комп'ютерне, космічне чи пожежне право. Необхідно зробити ремарку, що подібні галузі виникають саме на основі суспільно значимого

предмету і методу регулювання відносин, що виникають, можуть бути змішаними або не підлягати чіткому визначенню і, у більшості випадків, будуть рецепійовані із суміжних традиційних галузей права. Вказані штучні галузі права також називають "змішаними", але необхідність їх виділення та існування вважається сумнівною. Так, О.В. Кохановська відмічає: "Аргументи щодо можливості відокремлення галузей права лише з урахуванням особливого предмета регулювання, без врахування методу, які на сьогодні є досить поширеними у ряді європейських країн, РФ і підтримуються в Україні, не мають під собою достатньо міцного підґрунтя в принципі. … Вони також протирічать традиційним теоретичним національним розробкам, які стали результатом багаторічних дискусій ще за часів радянського права, і завершились цінними для науки і практики висновками про можливість поділу на галузі права лише на підставі поєднання предмету і методу з урахуванням функцій права." [15, с.63].

Неодноразово, в юридичній науці піднімалось питання про існування так званого "рекламного права". Дана тема потребує детального аналізу. Але право, як галузь, повинно мати певну цілісну узгоджену внутрішню структуру, елементи якої повинні перебувати у тісному зв'язку та постійній взаємодії один з одним. Базовим елементом такої системи є норма права. Але норми, що регулюють рекламні правовідносини, не зважаючи на різноманітність, не складають єдиної узгодженої системи.

Процес об'єктивного створення певної галузі повинен базуватися на певних соціальних, правових та нормативних умовах. Результатом є виникнення відокремленої системи норм і інститутів права, які об'єднані внутрішньою єдністю і регулюють сферу однорідних суспільних відносин на основі єдиного предмету та методу. Головними ознаками будь-якої галузі права є предмет, метод та нормативне регулювання.

Загалом, у сучасних умовах, можна стверджувати, що позиція про значення та вагу рекламних правовідносин є штучною та такою, що не відповідає реальності. Рекламні правовідносини не мають високого рівня узгодженості, вони розрізнені, тому говорити про виділення окремої галузі занадто рано. Основним завданням для науковців повинно стати дослідження ролі та місця інституту реклами, як комплексного явища, та правовідносин, що виникають у сфері реклами. Дане дослідження повинно проводитись в межах існуючих традиційних галузей права. Це ж стосується так званого "медіа-права", до складу якого часто намагаються включати рекламу. Дана галузь є також синтетичною.

На підставі аналізу джерел регулювання рекламних відносин та місця реклами в правовій системі України, можна зробити висновок про недоцільність виділення галузі/підгалузі рекламного права, адже це призводить до занадто високого рівня формалізації. Подібна тенденція по утворенню штучних систем права не відповідає принципам і завданням теорії права та ускладнює рівень розуміння права в цілому. Висловлені аргументи недостатні для виділення саме "рекламного права". Некоректно говорити також про існування підгалузі рекламного права у системі цивільного права, адже регулювання правовідносин у сфері реклами здійснюється на основі комплексного застосування цивільного, адміністративного та кримінального законодавства. Варто говорити про комплексний інститут реклами, що ґрунтується на положенням як публічного так і приватного права. Сприйняття рекламних правовідносин як виключно приватних є також дещо однобічним. Правовідносини у сфері реклами відрізняються дуалістичною природою, з переважаючим значенням приватноправових елементів. Це означає, що для рекламних правовідносин характерні дозвільність,. ініціативність вибору суб'єктами юридичних дій, самостійність у виборі правових засобів для задоволення своїх потреб та інтересів [16, с.13].

В першу чергу для досягнення поставленої мети, необхідно визначити категорію "комплексний міжгалузевий інститут". Так, С.С. Алєксєєв, при дослідженні радянської системи права, визначив інститут права як первісну правову сукупність норм-приписів, яка у свою чергу є елементом наступної, головної ланки – галузі права. При цьому інститут є основою галузі права, адже норми права формують галузь не безпосередньо, а через інститути. Зазначається, що головною функцією інституту є цілісне, відносно закінчене регулювання окремої сфери, виду чи роду правових відносин. Відтак правовий інститут повинен мати повний "комплект" норм, за допомогою яких можливо охопити всі суттєві моменти регулювання відповідної ділянки суспільних відносин [17, с.119-120]. Правовий інститут може бути частиною однієї чи декількох галузей права, оскільки заснований на регулюванні споріднених суспільних відносин та має видовий предмет. Саме таким предметом і є реклама.

Саме застосування категорії "інститут реклами" дозволяє стверджувати про всебічне охоплення та регулювання правовідносин, що виникають у сфері реклами. Для прикладу, О.Ф. Скакун, під інститутом права, розуміє сукупність відносно відособлених правових норм у рамках певної галузі (галузей) права, що регулюють певну групу (вид) взаємозалежних суспільних відносин. При цьому виділяють наступні ознаки галузевого інституту: регулювання не всієї сукупності якісно однорідних суспільних відносин, а окремих видових особливостей (таких як сторони, ознаки тощо) одного роду суспільних відносин; володіння відносною нормативною самостійністю, стійкістю і автономністю функціонування; формується об'єктивно, а не створюється штучно; має відособленість від інших інститутів права; характеризується специфічністю засобів правового регулювання; втілює у своєму змісті особливу юридичну конструкцію, деякі загальні положення, єдині принципи; має можливість формувати загальні поняття у власних межах, які допомагають забезпечувати безпрогальність регульованих відносин [18, с. 304-305].

Міжгалузевий інститут, в свою чергу буде мати вказані ознаки, але, на відміну від галузевого інституту, норми, що його складають, відносяться до декількох галузей права. Так, О.Ф. Скакун виділяє складні (комплексні, міжгалузеві) інститути, які складаються з сукупності відносно відособлених норм права різних галузей і спрямовані на регулювання певної групи (виду) взаємозалежних суспільних відносин. Найбільші міжгалузеві інститути права знаходять втілення у відповідній комплексній галузі законодавства [18, с.305].

Продовжуючи аналіз загальнотеоретичних розробок, необхідно навести визначення, яке надав В.О. Котюк. На його думку, правовий інститут – це певна група правових норм, які регулюють найбільш однорідні суспільні відносини і тісно зв'язані між собою [19, с.125]

Оскільки нами досліджується реклама як об'єкт цивільних правовідносин, варто звернутись до доктрини цивільного права. Д.В. Боброва під юридичним інститутом розуміє групу цивільно-правових норм, що регулюють відповідні однорідні суспільні відносини. Наприклад, цивільно-правові норми, які регулюють відносини, що виникають з договору купівлі-продажу, становлять інститут купівлі-продажу [16, с.58] Є.О. Харитонов визначає інститут цивільного права як сукупність норм, що регулюють певні групи суспільних відносин у сфері ци-

вільного обігу (наприклад, інститут купівлі-продажу, інститут опіки та піклування тощо) [20, с.134].

Отже, аналізу потребує саме комплексний міжгалузевий правовий інститут реклами, що вирізняється фактичною та юридичною однорідністю, а суспільні відносини, що ним регулюються, повинні бути взаємопов'язаними. До того ж такий інститут має включати в себе норми декількох галузей права, що обумовлено його складною структурою.

Підводячи підсумки у визначенні місця інституту реклами, варто зазначити, що складний характер рекламних правовідносин, зумовлює специфіку їх позиціонування, адже правові норми, що регулюють ці правовідносини поєднують як елементи публічності, так і приватності. Характер конкретних правовідносин залежить від підстави виникнення. Наприклад, відносини суб'єкта рекламних правовідносин та державного контролюючого органу будуть мати публічно-правову природу. На противагу цьому, відносини, що виникають між замовником і виробником (творцем) реклами, слід віднести до приватноправових, оскільки підставою їх виникнення буде цивільно-правовий договір.

Вказана особливість відображена також у науковій доктрині. Вчені дотримуються точки зору, що при наявності майнових правовідносин, які є предметом цивільного права, але змінюється метод правового регулювання, то йтиметься вже про іншу галузь права [21, с.71]. Вказана особливість може проявлятись при укладенні договору на виготовлення та розміщення реклами з державним органом. За загальним правилом, вказані відносини будуть приватно-правовими, а у частині надання дозволу суб'єкту підприємницької діяльності для вчинення певних дій, пов'язаних з розміщенням реклами, буде присутній публічно-правовий елемент.

На підставі вище викладеного, можна зробити висновок, що рекламні правовідносини – це частина суспільних відносин, що регулюються різноманітними правовими нормами, які поєднані однорідним об'єктом. Дані правовідносини мають приватноправовий характер, з певними елементами публічності, що виражаються у відносинах з державними органами та у разі порушення норм спеціального рекламного законодавства.

Отже, говорячи про систему організації правових норм, що регулюють сферу реклами, не можна говорити про існування галузі рекламного права, оскільки відсутні ознаки сформованої окремої галузі права, а норми утворюють саме комплексний міжгалузевий інститут реклами, який займає окреме місце в системі права України. Норми, що складають даний інститут, належать до різних галузей права і регулюють рекламні правовідносини. Єдиним предметом таких правовідносин є реклама. Власного єдиного методу вказаний інститут не має, і використовує методи тих галузей права, норми яких консолідує. При цьому є певні підстави говорити про "рекламне законодавство" – всю сукупність нормативно-правових актів України, які регулюють відносини у сфері реклами – тобто відносини, пов'язані з виробництвом, розповсюдженням та споживанням реклами на території України. Зважаючи на інформаційну природу реклами, особливе місце серед джерел регулювання реклами займає саме інформаційне законодавство, як національного, так і міжнародного рівня.

Виокремлення інституту реклами можливе на основі широти та багатоаспектності реклами як правового явища та об'єкту правовідносин. При цьому інститут реклами характеризується однорідністю об'єкту, але неоднорідністю відносин, які регулює. Реклама – саме об'єкт даного інституту, а предметом його будуть правовідносини, що виникають у процесі замовлення, вироблення (створення) та розповсюдження реклами.

Особливістю комплексного міжгалузевого інституту реклами є поєднання норм публічного та приватного права, та наявність як публічного, так і приватного інтересу. При цьому інститут реклами має приватно-правову природу.

Список використаних джерел

1. Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права (по изданию 1914 г.) / Г. Ф. Шершеневич; вступ. ст. Е. А. Суханова. – М. : Фирма СПАРК, 1994. – 335 с.
2. Алексеев С.С. Право: Азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования. – М.: Статут, 1999. – 711 с.
3. Красавчиков О.А. Гражданские организационно-правовый отношения // Антология уральской цивилистики. 1925-1089: Сборник статей. – М., 2001. – 835 с.
4. Дзагоева Б.О. Соотношение частных и публичных интересов в правовом регулировании рекламы: монография. / Б. О. Дзагоева. – Москва: Проспект, 2013. – 128 с.
5. Венедіктова І.В. Захист охоронюваних законом інтересів у цивільному праві: автореф. дис. … докт. юрид. наук. : 12.00.03 / Ірина Валентинівна Венедіктова. – Київський нац.унів.ім.Т.Шевченка. – Київ, 2013. – 43 с.
6. Тихомиров Ю.А. Публичное право.Учебник. / Ю.А. Тихомиров. – М.: Издательство БЕК, 1995. – 496 с.
7. Алексеев С.С. Частное право: Науч.-публицистич. очерк. – М.: Статут, 1999. – 160 с.
8. Медведева Н.М. Рекламная деятельность в системе правовых объектов науки управления: автореферат дисс. … канд. юрид. наук. / Н. М. Медведева. – Хабаровск, 2006. – 23 с.
9. Баранова М.В. Право и реклама (общетеоретический аспект): автореф. дис. … докт. юрид. наук. / М.В. Баранова – Н. Новгород, 2010. – 30 с.
10. ЧеремноваА.І. Правове регулювання комерційної реклами в Україні:Автореф...канд.юрид.наук:12.00.04 /Черемнова А.І.; Київський нац.. університет ім. Т.Г.Шевченка. – Київ, 2000. – 16 с.
11. 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.
12. Карягина А.В. Правовой режим рекламной деятельности: теоретический аспект / А. В. Карягина // Реклама и право. – 2011. – №1. – С. 5-8.
13. Дзагоева Б.О. Соотношение частных и публичных интересов в правовом регулировании рекламы: монография. / Б. О. Дзагоева. – Москва: Проспект, 2013. – 128 с.
14. Коментар до Закону "Про рекламу" [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.adcoalition.org.ua/upload/koment.pdf
15. Кохановська О.В. Теоретичні проблеми інформаційних відносин у цивільному праві : Монографія / О.В. Кохановська; Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – Київ : Київський університет, 2006. – 463 с.
16. Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / Д.В. Боброва, О.В. Дзера, А.С. Довгерт та ін.; За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – с. 365.
17. Алексеев С.С. Структура советского права. / Алексеев С.С. – М.: Юрид. лит., 1975. – 264 с.
18. Скакун О.Ф. Теорія права і держави: Підручник. – 2-ге видання. / О. Ф. Скакун. – К.: Алерта; ЦУЛ, 2011. – 520 с.
19. Котюк В.О. Основи держави і права Навчальний посібник. – 3-тє вид., доп. і перероб. / В. О. Котюк. – К.: Атіка, 2001. – 432 с.
20. Харитонов Є. О. Цивільне право України : підручник / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонова, О. В. Старцев. – 3-тє вид., перероб. і доп. – К. : Істина, 2011. – 808 с.
21. Цивільне право України: Академічний курс: Підруч.: у 2т./ За заг. ред. Я. М. Шевченко. – Вид. 2-ге, доп. і перероб. – К.: Видавничий Дім "Ін Юре", 2006. – Т.1. Загальна частина. – 520 с.

Надійшла до редколегії 22.08.15

Б. Воевидин, канд. юрид. наук, асист.
Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Киев, Украина

МЕСТО ИНСТИТУТА РЕКЛАМЫ В ПРАВОВОЙ СИСТЕМЕ УКРАИНЫ

Публикация посвящена анализу института рекламу и определению его места в правовой системе Украины, а также предоставляется обоснование категории "институт рекламы" и его характеристика.

Ключевые слова: реклама, институт, система права, приватное право.

B. Voevodin, Ph.D., assistant
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

INSTITUTE OF ADVERTISING AND ITS POSITION IN UKRAINIAN LEGAL SYSTEM

Article analysis an Institute for advertising and definitions of its place in the legal system of Ukraine. Also provides justification of category "Institute of advertising" and its characteristic.

Key words: Advertising, Institute, legal system, private law.

УДК 342.735.3

І. Мацелюх, канд. юрид. наук, асист.
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ

УМОВИ ДЛЯ УКЛАДЕННЯ ШЛЮБУ В УКРАЇНСЬКІЙ ГЕТЬМАНСЬКІЙ ДЕРЖАВІ ТА РОСІЙСЬКІЙ ІМПЕРІЇ XVIII СТ.: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА

Публікація присвячена порівняльній характеристиці окремих норм шлюбно-сімейного права Української гетьманської держави та Російської імперії XVIII ст. Розглядаються та аналізуються вимоги для укладення шлюбу в світлі компаративістики.

Ключові слова: Українська гетьманська держава, Російська імперія, шлюб, шлюбно-сімейне право, шлюбно-сімейні відносини.

Період кінця XVII – XVIII століть характеризувався масштабними трансформаціями, що проходили і в середовищі суспільства, і в межах держави, не залишаючи осторонь церкву, як особливу інституцію, до компетенції якої належало регулювання шлюбно-сімейних відносин. Наприкінці XVII ст. Київська митрополія остаточно втрачає свій автономний статус та відходить у безпосереднє підпорядкування Москви. За сто років таку участь зазнає і Українська гетьманська держава (далі – УГД), що призведе до поширення норм загальноросійського законодавства на Правобережній Україні. Однак, якщо перетворення адміністративно-територіального устрою, системи державних інститутів залежали від рішень імперського законодавця, то внести зміни в інститут "шлюбу та сім'ї", який побудований на принципах моралі та закріплений нормами звичаєвого права, було справою тривалою і водночас непростою. Такий фактичний стан речей пояснюється особливістю ґенези шлюбно-сімейних відносин русин (українців), які консервативно перебували більшою мірою під контролем родини, громади, а вже потім церкви і держави. Остання втручалася у середовище сім'ї лише у випадках існування майнових спорів, розподілу майна чи спадкування, а церква виступала арбітром дотримання морально-релігійних приписів, захисником сиріт, вдів, незаконнонароджених дітей тощо. До кінця XVIII ст. у своїй більшості сімейно-шлюбні відносини регулювалися нормами звичаєвого права, яке продовжувало функціонувати навіть у тих випадках, коли суперечило основним напрямам політики державної влади, адже глибоко корінилося в світоглядних традиціях руського-української людності.

Метою статті є спроба простежити за тогочасними вимогами, які пред'являлися до учасників шлюбного процесу в Російській імперії та УГД, за для виявлення характерних особливостей, спільних та відмінних рис.

Інституту "шлюбу та сім'ї" приділено неабияку увагу як у вітчизняних, так і в зарубіжних розвідках. У визначених темою хронологічних межах шлюбно-сімейні відносини УГД досліджували значна кількість знаних вітчизняних науковців, серед яких І. Бойко, П. Захарченко, Т. Остапенко, І. Петренко, І. Терлюк, Б. Тищик, О. Шевченко тощо. Реформу шлюбно-сімейного права, проведену російським імператором Петром І, ретельно вивчали та аналізували когорта сучасних російських дослідників, а саме: М. Антокольська, Ю. Гончаров, В. Лещенко, Б. Міронов, А. Попова М. Цатурова та інші. Однак у руслі порівняльно-правового аналізу шлюбно-сімейного права Російської імперії та УГД означена проблематика не актуалізувалася.

Як в УГД, так і в Російській імперії для укладення шлюбу висувалися ряд вимог, зокрема: досягнення шлюбного віку, відсутність нерозірваного шлюбу, кровної, духовної чи цивільної спорідненості, примусу до шлюбу та наявність доброї волі подружжя. Незважаючи на спільний підхід до визначення загальних умов укладення шлюбу, практика їх застосування не була однотипною. Окрім того, в законодавстві Російської імперії зустрічаються норми, котрі не відомі правовій традиції України, зокрема дозвіл на шлюб від керівництва або поміщика, наявність здорового глузду, причому останній визначався здібностями до науки та державної служби [15, с. 643]. Відтак, пропонуємо більш детально зупинитися на кожній умові окремо.

Першою і найважливішою вимогою, котра висувалася до учасників шлюбного процесу, було їхнє повноліття. Нагадаємо, відповідно до норм церковного права, що зафіксоване в Кормчих книгах, чоловік може одружуватися по досягненню 15 років із дівчиною, якій виповнилося 13 років [1, с. 1151]. Указом Петра І "Про порядок спадкування рухомого і нерухомого майна" 1714 р. шлюбний вік значно підвищувався і становив для чоловіків – 20 років, а для жінок – 17 років [2]. Через 60 років рішенням Святійшого Синоду "Про невінчання малолітніх чоловіків із дорослими дівчатами" 1774 р. шлюбний вік було переглянуто і приведено у відповідність до норм канонічного права, "щоб юнаки мали не менше 15 років, а дівчата – 13 років" [3, с. 1065].

Дещо по іншому дана вимога визначалася в кодифікаційній збірці діючих норм права УГД – "Права, за якими судиться малоросійський народ" 1743 р. Вона закріплювала віковий рубіж наречених, який відповідав тринадцятиліттю для дівчат та сімнадцятиліттю для хлопців [4, с. 203].

Уніфікація шлюбного віку по всій території Російської імперії, в тому числі і в українських губерніях, відбулася в XIX ст. Указом імператора Миколи І "Про права і обов'язки сімейні" 1830 р. встановлювався віковий рубіж повноліття. Так, ст. 3 забороняла вступати до шлюбу особам чоловічої статі раніше вісімнадцяти років, а жіночої – раніше шістнадцяти років від народження [5, с. 1].

Норми канонічного права визначали і верхню межу шлюбного віку. Так, відповідно до канонічних правил архієпископа Кесарії та малої Азії Василя Великого

© Мацелюх І., 2015

(IV ст.), найвища вікова межа для укладення шлюбу становить для жінок-вдів – 60 років, для чоловіків-вдівців – 70 років. Дане положення жодним чином не відобразилося в нормах вітчизняного права, натомість ст. 4 Указу імператора Миколи І "Про права і обов'язки сімейні" 1830 р. вперше на загальноімперському рівні було визначено верхній віковий рубіж, який відповідав 80 рокам [5, с. 2]. Поява такої норми пов'язується із прецедентом, що мав місце у внутрішньо-російських губерніях Російської імперії. За зверненням молодої дружини Святійший Синод 1774 року визнав недійсним її шлюб, укладений із 82-літнім чоловіком. Свою резолюцію вищий церковний орган обґрунтував, посилаючись на природу сімейного союзу. "Шлюб встановлений Богом заради продовження людського роду, чого від восьмидесятилітнього чоловіка очікувати марно, – визначено Синодальним рішенням, – в такі роки не про фізіологічну близькість слід думати, а про спасіння душі своєї турбуватися" [18].

Недотримання приписів щодо встановленого шлюбного віку в УГД не тягло за собою жодних наслідків, за умови якщо це відбулося із дозволу батьків чи опікунів подружжя. Батьківське благословення та їхня воля були визначальними. Якщо відбулося самовільне порушення шлюбного віку, то такий сімейний союз вважався дійсним, однак дочка не могла претендувати на придане, а син, відповідно, на спадок [4, с. 203].

Недотримання вимоги шлюбного віку в Російській імперії тягло за собою не лише наслідки цивільно-правового характеру, а саме: недійсність шлюбу, позбавлення спадкових прав, а й кримінально правові санкції. Ст. 2054 "Уложення про покарання кримінальні і виправні" 1845 р. встановлювала відповідальність для чоловіка та жінки, а також їхніх батьків чи опікунів за завідоме порушення шлюбного віку у вигляді тюремного ув'язнення від трьох до шести місяців, або арешт від трьох неділь до трьох місяців, відповідно до тяжкості обставин, що збільшують чи зменшують їхню вину [6, с. 806].

Реальна ситуація, яка на той час існувала в Російській імперії, вимагала саме таких жорстких норм із відповідними покараннями за порушення меж шлюбного віку. На думку сучасного історика І. Петренко, практика раннього вступу до шлюбу обумовлювалася, перш за все, економічними факторами, адже селянсько-поміщицьке господарство постійно потребувало додаткових робочих рук [7, с. 210]. До ліквідації кріпосного права 1861 р. у внутрішньо-російських губерніях траплялися численні випадки, коли на вимогу поміщиків укладалися шлюби між малолітніми дівчатками і хлопчиками, що досягали 8 – 10 років. Священство, засуджуючи такі молоді сім'ї, тривалий час не могло протистояти існуючій феодально-кріпосницькій системі, коли бажання поміщика відігравало головну роль в житті кріпосних селян [8, с. 226].

Із метою врегулювання означеної проблеми, за для дотримання приписів шлюбного віку (адже священику було складно, а в деяких випадках і неможливо встановити вік подружжя), попередження подвійних шлюбів, Указом Святійшого Синоду 1775 р. запроваджено загальнообов'язкове ведення Метричних книг для реєстрації актів громадянського стану: хрещення (народження), вінчання, поховання (смерті) [9, с. 806]. Із часом практика ведення Метричних книг буде поетапно запроваджена і в українських єпархіях та храмах.

В УГД за дотриманням вимог шлюбного віку ретельно стежила родина. Будь-яке порушення у цій сфері тягло за собою суспільний осуд громади, церкви. Як бачимо, мораль була пріоритетною в країні, а існуюча система шлюбно-сімейних відносин не потребувала відповідних норм кримінально-правового характеру.

Друга вимога для створення сім'ї полягає у відсутності іншого нерозірваного шлюбу. В Російській імперії і УГД загальні засади до такої умови були тотожні. Зокрема, на випадок двоєженства другий шлюб розривався, а перший – поновлювався. Діти, народжені від другого шлюбу при існуванні першого, вважалися незаконнонародженими та не мали права на спадок. Наполягаючи на одношлюбності, норми канонічного права дозволяли укладати другий і третій шлюб при умові належного розлучення. Окрім того, ст. 21 "Зводу законів цивільних" Російської імперії категорично забороняла вступати в четвертий шлюб. Для попередження подвійних і четвертих шлюбів пропонувалося в паспортах, що мали купці, міщани та селяни робити відповідну відмітку про сімейний стан. Відповідний запис здійснювався священиком із вказівкою ким та коли проведено вінчання чи відповідне розлучення [5, с. 4].

У випадку смерті одного із подружжя чи розлучення в УГД не існувало жодних заборон для укладення наступного шлюбу. Єдиною законодавчою вимогою, що закріплювалася приписами "Прав, за якими судиться малоросійський народ" 1743 р. – дотримання шестимісячного терміну від дня розлучення чи смерті одного з подружжя, впродовж якого заборонялося створювати новий сімейний союз. Такий строк встановлювався для дотримання відповідного трауру та для з'ясування можливої вагітності жінки, щоб у майбутньому не виникало проблем із встановлення батьківства, спадкування належного майна [4, с. 179].

Відсутність спорідненості між подружжям – це ще одна спільна вимога, котра висувалася до тогочасних шлюбів. Означена норма не була новою, а прийшла із візантійської правової традиції, застосовувалася в руському праві та зафіксована в Кормчих Книгах. Канонічне право розрізняє: кровне або природне, цивільне, свояцьке та духовне споріднення. Кровне споріднення ґрунтується на "спільності крові", внаслідок народження однієї особи від іншої чи походження кількох осіб від спільного пращура. Близькість або віддаленість кровного споріднення визначається ступенями споріднення, який обраховується за числом народжень [10, с. 75]. Цивільне споріднення виникає між особами в результаті усиновлення і прирівнюється, відповідно, до кровного споріднення. Духовна родинність породжується через здійснення обряду хрещення між батьками (хрещеними) і дітьми (похресниками). Їхні відносини освячуються духовними зв'язками і посвідчуються церквою, відтак шлюби між особами, що мають духовне споріднення, не можуть бути укладені [11, с. 44]. Свояцтвом називається породичання двох родів за допомогою шлюбу їхніх членів. Створення сім'ї між чоловіком та жінкою, які належать до різних родин, утворює свояцький зв'язок між усіма представниками роду [12, с. 20]. Відносини свояцтва прирівнювалися до кровноспоріднених на підставі біблійної формули таїнства шлюбу: "Тому залишить чоловік батька свого і матір свою, і пристане до жінки своєї; і будуть двоє одна плоть" (Бут. 2, 24).

Законодавство Російської імперії та УГД забороняло родичам укладати шлюби між собою. Проте у питанні визначення ступеней спорідненості та санкцій за їх порушення між двома правовими системами вбачаються відмінності. Забороняючи укладати шлюби між родичами, 36 артикул "Прав, за якими судиться малоросійський народ" 1743 р. в питанні визначення ступеней родинності містив відсилочну норму до правил Східної Православної церкви. Постанови Кормчої Книги, своєю чергою, не дозволяли укладати шлюби між представниками із кровним та цивільним спорідненням до третього

ступеня включно, свояцтвом та духовним спорідненням до другого ступеня включно [1, с. 1133].

Норми українського цивільного законодавства містили наступні покарання за порушення вимоги спорідненості. На випадок умисного укладення шлюбу між родичами – такий союз розривався із конфіскацією половини майна подружжя на користь держави, а діти, народжені від такого шлюбу, вважалися незаконнонародженими та не мали права на спадок. Якщо сторонам на момент весілля було не відомо про їхні родинні зв'язки, то у випадку з'ясування означеної обставини такий шлюб також розривався, однак штрафних санкцій держава не накладала, а діти отримували статус закононароджених [4, с. 201 – 202].

За порушення вимоги відсутності споріднення приписи російського законодавства встановлювали більш суворі покарання, а саме: батьки та опікуни, що навмисно дозволили шлюб із родичем, підлягали арешту на термін від трьох днів до трьох місяців, залежно від тяжкості злочину [6, с. 806]. Ступені родинності, з якими не можна укладати шлюб, визначалися рішеннями Святійшого Синоду. Так, спочатку Російська православна церква забороняла шлюби до 8-го ступеня споріднення, а з часом поступово зменшила вимоги, обмежившись 4-м ступенем [12, с. 21].

Свобода волі наречених щодо укладення шлюбу була четвертою вимогою. Указом від 5 січня 1724 р. Петро І заборонив батькам примушувати власних дітей "без їхньої доброї волі" створювати сімейний союз та встановив штрафні санкції за порушення означеного припису. Окрім того, самодержець зобов'язав батьків молодят напередодні шлюбу присягати в церкві перед єпископом, а чиновникам – перед Синодом про незастосування такого примусу. Виявлення неправдивої клятви та відмова присягати тягли за собою штрафні санкції на користь держави [13, с. 197 – 198]. Воля подружжя, водночас, обмежувалася батьківською згодою. Вік молодят не впливав на обов'язок просити батьківського благословення на шлюб. Сімейні союзи, створені всупереч батьківської волі, не визнавалися дійсними, а подружжя підлягало розлученню із подальшим ув'язненням на строк від 4 до 8 місяців із позбавленням спадкових прав [13, с. 197 – 198].

Про відсутність примусу до укладення шлюбу також згадується і в законодавстві УГД. Однак норми права закріплюють давній український звичай, який відводить батькам особливу роль. Саме вони через процедуру оглядин та сватання обирали подружню пару дітям, домовлялися про укладення шлюбу, матеріальне забезпечення нової сім'ї. Словесна згода наречених на шлюб, яку вони давали по досягненню повноліття, також була обов'язкова. Мовчання вважалося проявом позитивного рішення. Якщо діти не приставали на батьківську пропозицію, то попередній "зговір сватів" вважався не дійсним і шлюб не укладався [14, с. 483; 2, с. 173 – 174]. Відповідно до 14 артикула "Прав, за якими судиться малоросійський народ" 1743 р сімейні союзи, створені всупереч батьківської згоди, вважалися дійсними, а діти, народжені від такого союзу, – закононароджені. Проте дочки, що не отримали батьківського благословення, не могли претендувати на посаг, а сини – на батьківський спадок. Якщо батьки із часом вибачали своїх дітей, то втрачені права останніх поновлювалися [4, с. 186].

До числа вимог для укладання шлюбу належала "чистота віросповідання подружжя", тобто приналежність і чоловіка, і жінки до православної віри. У Російській імперії, як і в УГД категорично заборонялося православним укладати шлюби з іновірцями. Ця вимога обґрунтовувалася міркуваннями релігійного характеру і державно-церковною політикою. Ситуація дещо змінилася у XVIII ст., коли до складу Росії увійшли великі території з неправославним населенням (католики, мусульмани, іудеї), а на російській службі з'явилося багато іноземців. Необхідність законодавчого регулювання укладення шлюбів між православними та іновірцями зумовило низку законодавчих приписів та ряд рішень Святійшого Синоду. Так, Указ імператора Миколи І "Про права і обов'язки сімейні" 1830 р. дозволив укладати шлюби між православними та іновірцями за умов дотримання таких вимог: отримання розписки від іновірця про не нав'язування своєї віри родині; дотримання православних вимог та обряду при укладенні шлюбу; виховання дітей в дусі православ'я [5, с. 13 – 14].

Відповідно до правових норм УГД наведений перелік вимог для укладення шлюбу є вичерпний, на відміну від законодавства Росії, де окрім названих існували й інші умови, а саме: мати здоровий глузд без психічних хвороб. Уперше такий припис запровадив Петро І, щоправда він мав своєрідний зміст. Так, Указом "Про засвідчення дурнів в Сенаті" від 6 квітня 1722 р. заборонялося "дворянам, які не підходили на службу, одружуватися" [15, с. 643]. Перевірку здійснювали члени Правительствуючого Сенату. Із цією метою вони оглядали юнаків на предмет придатності до науки та державної служби, і в такий спосіб визначали їхню можливість створювати сім'ю. Така ситуація пояснювалася необхідністю підвищення інтелекту новонароджених, адже від неповноцінних, у даному випадку неосвічених чоловіків, будуть народжуватися невігласи [16, с. 35].

Зміст останньої норми, на нашу думку, змушує задуматися щодо повноцінності та здорового глузду самого законодавця. Як не смішно, але такий комічний законодавчий припис проіснує в Російській імперії понад 100 років, і лише на передодні ліквідації кріпосного права буде переглянутий і замінений на норму, притаманну більшості країн Європи. Так, ст. 5 "Зводу законів цивільних" 1830 р. заборонила укладати шлюби із душевнохворими та божевільними [5, с. 2]. Ступінь освіченості та грамотності до уваги не бралися.

Окрім того, в Російській імперії існувала невідома українській традиції така вимога вступу до шлюбу – дозвіл керівництва. Вона стосувалася як державних службовців, так і простих підданих, адже "шлюб це не лише справа особиста, а й загально суспільна" [17, с. 415]. Державні та військові службовці зверталися за письмовим дозволом до своїх керівників. Всі інші – отримували такий дозвіл у губернатора. За видачу відповідного документа особа сплачувала податок у грошовій чи натуральній формі. "Забороняється особам, які перебувають у службі як військовій, так і цивільній одружуватися без дозволу тих, кому вони підлеглі, що слід письмово посвідчити", – записано у зводі цивільних законів [5, с. 9]. Порушення цього правила тягло тільки дисциплінарне покарання – догану із записом в особову справу чиновника чи службовця, а також відповідні штрафні санкції.

Окремо слід згадати про існування духовних обмежень, які були притаманні і УГД, і Російській імперії. Так, відповідно до норм канонічного права заборонялося укладати шлюб ченцям, єпископам, митрополитам, а священики та диякони не вправі вступати в другий шлюб. Окрім того, у Російській імперії законодавець додатково встановив юридичні обмеження, зокрема: за рішенням суду особу могли позбавити права на новий шлюб. Така практика застосовувалася до винних у розлученні, звинувачених в перелюбстві, двоєженстві, фізичній нездатності до інтимного життя або чоловіків, які умисно імітували перед родиною свою безвісну відсутність [8, с. 8 – 9].

Юридичні обмеження на вступ до шлюбу існували також для осіб, котрі відбували покарання. Вони встановлювалися "Уставом про тих, хто утримується під вартою" 1832 р. і "Уставом про засланих" 1822 р. Арештантам та ув'язненим категорично заборонялося створювати сім'ю. Особам, що перебували на каторжних роботах, в окремих випадках дозволялося укладати шлюб за умов тривалої бездоганної поведінки впродовж 1 – 3 років та з урахуванням тяжкості скоєного злочину [12, с. 19].

Отже, проаналізувавши перелік вимог для укладення шлюбу, існуючих в УГД і Російській імперії, бачимо, що остання намагалася всіляко втручатися у сферу шлюбно-сімейних відносин та регламентувати повсякденне життя своїх підданих. Сучасні російські дослідники пояснюють причини такого втручання держави у особисті немайнові відносини громадян патріархальністю влади в Росії, яка виходила із обов'язку державної опіки своїх підданих [11, с. 155]. На нашу думку, прояви такого абсолютизму, що поширювався навіть на шлюбно-сімейні відносини, засвідчують протилежне – намагання державної влади встановити тотальний контроль над усіма сферами суспільного життя. Російське шлюбно-сімейне право умовно можна назвати державно-церковним, де прерогатива регулювання належала державі, на відміну від шлюбно-сімейного права УГД, де шлюбно-сімейні відносини підпадали під монопольне регулювання родини, а вже потім церкви. Держава, своєю чергою, лише окреслювала найважливіші контури, застосовуючи в законодавстві низку відсилочних норм до положень канонічного права, які сформувалися в епоху Вселенських соборів та були рецепійовані Руською державою в період запровадження християнства. Відтак, в Українській гетьманській державі бачимо стійкість, тяглість народних звичаїв, які, незважаючи на адміністративне перепідпорядкування органів церковної та державної влад Російській імперії, продовжували діяти.

Список використаних джерел

1. Леона Царя Премудрого и Константина Верного Царя главизны о совещании обручения и о брацех и о иных различных винах // Кормчая, напечатанная с оригиналапатриарха Иосифа. – М. : Журнал "Церковь", 1912 (1650). – 1481 с. – С. 1101–1155.

2.О порядке наследования в движемых и недвижимых имуществах от 24 марта 1714 г. / Российское законодательство X – XX вв. : в 9 т. // Отв. ред. А. Г. Маньков. – М. : Юридическая литература, 1986. – Т. 4. – Законодательство периода становления абсолютизма // Режим доступа: https://ru.wikisource.org/wiki/О_порядке_наследования_в_движимых_и_недвижимых_имуществах

3. О невенчании малолетных женихов с возрастными девками 17 декабря 1774 г / Полное Собрание Законов Российской Империи. – Собр 1. – Отд. 1. – СПб. : тип. II Отделения Собственной Е. И. В. Канцелярии, 1830. – Т. XIX. – 1770 – 1774 – № 14 229. – С. 1065.

4.Права за якими судиться малоросійський народ, 1743 р. / ред. О. М. Мироненко, Ю. С. Шемшученко, К. А. Вислобоков, І. Б. Усенко. – К. : АТ "Кника", 1997. – 546 с.

5. О правах и обязанностях семейственных / Свод законов Российской империи : в 15 т. – СПб. : В типографии второго отделения Собственной Е. И. В. Канцелярии, 1857. – Т. X. – Ч. I. – Законы гражданские. – 104 с.

6. Уложение о наказаних уголовных и исправительных [Текст]. – СПб. : тип. II Отделения Собственной Е. И. В. Канцелярии, 1845. – 898 с.

7. Петренко І. М. Шлюбний вік українського сільського населення у законодавстві Російської імперії XVIII ст. / Український селянин // І. М. Петренко. – Вип. 11. – 2008. – С. 209 – 211.

8. Розанов Н. История Московского епархиального управления со времени учреждения Св. Синода (1721 – 1821) / Чтения в Московском обществе любителей духовного просвещения / Н. Розанов. – 1869. Кн. 7. – С. 226 – 227.

9. О мерах к отвращению незаконного сочетания браков / Полное Собрание Законов Российской Империи. – Собр 1. – Отд. 1. – СПб. : тип. II Отделения Собственной Е. И. В. Канцелярии, 1830. – Т. XX. – 1775 – 1780 – № 14 356. – С. 196 – 198.

10. Бердников И. С. Краткий курс церковного права / И. С. Бердников. – Казань : Типография императорского университета, 1888. – 294 с.

11. Лещенко В. Ю. Семья и русское православие : XI – XIX вв. / В. Ю. Лещенко. – СПб. : Марс СПБ, 1999. – 255 с.

12. Загоровский А. И. Курс семейного права. Издание второе, с переменами і дополнениями / А. И. Загоровский. – Одесса: Типографія Акціонернаго Южно – Русскаго Общества Печатнаго Дъла, 1909. – 564 с. С. 20

13. О пренуждении родителям детей и господам рабов своих и рабынь к браку без самовольного их желания / Полное Собрание Законов Российской Империи. – Собр 1. – Отд. 1. – СПб. : тип. II Отделения Собственной Е. И. В. Канцелярии, 1830. – Т. XIX. – 1770 – 1774 – № 4 406. – С. 197 – 198.

14. Бойко І. Й. Історія правового регулювання цивільних, кримінальних та процесуальних відносин в Україні (IX – XX ст.) : навчальний посібник / І. Й. Бойко. – Львів : Видавничий центр ЛНУ імені Івана Франка, 2014. – 904 с.

15. О сведетельствовании дураков в Сенате Полное Собрание Законов Российской Империи. – Собр 1. – Отд. 1. – СПб. : тип. II Отделения Собственной Е. И. В. Канцелярии, 1830. – Т. VI. – 1720 – 1722– №3 949 від 6 квітня 1722. – С. 643 – 644.

16. Семенова Л.Н. Очерки истории быта и культурной жизни России (первая половина XVIII в.). Л.: Наука. Ленингр. отделение, 1982. – 279 с.

17. Владимирский-Буданов М. Ф. Обзор истории русского права / М. Ф. Владимирский-Буданов. – Ростов-на-Дону: Феникс, 1995. – 640 с.

18. Гончаров Ю. М. Городская семья Сибири второй половини XVIII – XIX в. / Ю. М. Гончаров // Електронный ресурс. – Режим доступа: http://new.hist.asu.ru/biblio/gon1/43-59.html

Надійшла до редколегії 10.07.15

И. Мацелюх, канд. юрид. наук, ассист.
Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Киев, Украина

УСЛОВИЯ ДЛЯ ЗАКЛЮЧЕНИЯ БРАКА В УКРАИНСКОМ ГЕТМАНСКОМ ГОСУДАРСТВЕ И РОССИЙСКОЙ ИМПЕРИИ XVIII СТ.: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА

Аннотация. Публикация посвящена сравнительной характеристике отдельных норм брачно-семейного права Украинского гетманского государства и Российской империи XVIII в. Рассматриваются и анализируются требования для заключения брака в свете компаративистики.

Ключевые слова: Украинское гетманское государство, Российская империя, брак, брачно-семейное право, брачно-семейные отношения.

I. Matselioukh, PhD, Assistant
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

CONDITIONS FOR MARRIAGE IN THE UKRAINIAN HETMAN STATE AND THE RUSSIAN EMPIRE XVIII CENTURY: COMPARATIVE LEGAL DESCRIPTION

Abstract. The publication is dedicated to the comparative characteristics of certain norms of marriage and family law Ukrainian Hetman State and the Russian empire XVIII century.Considered and analyzed the requirements for marriage in through the comparative studies.

Keywords: Ukrainian Hetman state, Russian Empire, marriage, matrimonial law, marriage and family relationships.

УДК 342.565.2+342.95

М. Самбор, канд. юрид. наук, старший інспектор штабу
Прилуцький МВ УМВС України в Чернігівській області (з обслуговування міста Прилук та Прилуцького району)

РОЛЬ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ У РЕГУЛЮВАННІ ПРАВОВІДНОСИН, ЩО ВИНИКАЮТЬ У НАСЛІДОК ВЧИНЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ

У статті розглядається роль Конституційного Суду України у регулюванні адміністративно-деліктних правовідносин. Піддаються аналізові рішення Конституційного Суду України, які визначали конституційність (неконституційність) норм Кодексу України про адміністративні правопорушення. Досліджуються питання офіційного тлумачення норм законодавства про адміністративні правопорушення, а також можливість використання правових позицій Конституційного Суду України під час провадження у справах про адміністративні правопорушення.

Ключові слова: Конституційний Суд України, законодавство про адміністративні правопорушення, тлумачення, правова позиція, конституційність.

Постановка проблеми. Регулювання суспільних відносин за допомогою конституційно-правового механізму відображає фундаментальність правового регулювання у цілому, а також підкреслює значимість суспільних відносин, важливість необхідності їх захисту та охорони від будь-яких проявів асоціальних діянь. Беззаперечним є той факт, що особливого значення у суспільстві набувають відносини, що пов'язані із застосуванням до громадян будь-яких заходів державного примусу, наслідком яких є обмеження чи позбавлення суб'єктів їх прав, свобод та інтересів. До сфери таких відносин належать питання застосування адміністративної відповідальності, як одного з видів юридичної відповідальності.

До важливих засобів регулювання суспільних відносин належать відповідні рішення Конституційного Суду України (далі – КСУ), адже у таких рішеннях КСУ доступно тлумачаться норми законодавчих приписів, що сприяє полегшенню їх розуміння та відповідним чином виконання. Відтак, неабиякого значення має урегулювання адміністративно-деліктних правовідносин в Україні із використанням рішень КСУ, у яких знаходить вираз офіційне тлумачення норм законодавства про адміністративне правопорушення, а також ураховуючи те, що вказані норми були прийняті значно раніше за Конституцію України, тому, визнання конституційності (неконституційності) норм законодавства про адміністративні правопорушення, у тому числі й Кодексу України про адміністративні правопорушення.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Окремі аспекти цієї проблематики були об'єктом уваги вітчизняних дослідників, таких як: Авер'янов В.Б., Кампо В.М., Козюбра М.І., Колодій А.М., Силенко Л.М., Стрижак А.А., Тодика Ю.М., Федоренко В.Л., Шаповал В.М. та інші.

Незважаючи на всі вжиті заходи, ряд питань, пов'язаних із місцем, роллю КСУ у регулюванні суспільних відносин, залишаються відкритими, такими, що потребують наукової розробки. До таких питань, на наш погляд, належить проблема використання рішень КСУ у регулюванні адміністративно-деліктних відносин, відносин, пов'язаних із застосуванням адміністративної відповідальності.

Спираючись на вищевикладене, **метою** даної статті обрано з'ясування ролі Конституційного суду України у регулюванні відносин, що виникають у наслідок вчинення адміністративних правопорушень.

Основні результати дослідження. У відповідності до ч. 2 ст. 147 Конституції України [7] Конституційний Суд України вирішує питання про відповідність законів та інших правових актів Конституції України і дає офіційне тлумачення Конституції України та законів України. Згідно до ст. 13 Закону України "Про Конституційний Суд України" від 16 жовтня 1996 року [1] Конституційний Суд України приймає рішення та дає висновки у справах щодо: конституційності законів та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим; відповідності Конституції України чинних міжнародних договорів України або тих міжнародних договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість; офіційного тлумачення Конституції та законів України. Таким чином, ураховуючи мету нашої роботи, повинні зазначити, що КСУ може приймати відповідні рішення щодо конституційності законів про адміністративну відповідальність, а також надавати офіційне тлумачення норм законів про адміністративну відповідальність. Провідним законом про адміністративну відповідальність є Кодекс України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП). Ведемо мову про те, що саме КУпАП є провідним, а не єдиним законом про адміністративну відповідальність, оскільки це підтверджується й законодавчим положенням, що міститься у нормі ст. 2 КУпАП, де зазначається про те, що законодавство України про адміністративні правопорушення складається з КУпАП та інших законів України. Закони України про адміністративні правопорушення до включення їх у встановленому порядку до КУпАП застосовуються безпосередньо. Положення КУпАП поширюються і на адміністративні правопорушення, відповідальність за вчинення яких передбачена законами, ще не включеними до КУпАП. Та поряд з цим у нормах самого КУпАП немає жодних посилань на те, чи можуть бути відповідні рішення КСУ джерелами саме адміністративно-деліктного права та законодавства. Хоча про ряд законодавчих та підзаконних нормативно-правових актів, котрі можуть бути джерелами законодавства про адміністративні правопорушення прямо йдеться у нормах КУпАП, свідченням цього є норма вищезгаданої ст. 2 КУпАП, а також, наприклад, норма, що міститься у ст. 5 КУпАП.

З приводу цього Сквірський І.О. зазначає, що на сьогоднішній день цілком правомірним є визнання наявності в Конституційного Суду України так званих квазінормативних повноважень, а отже стає очевидним, що рішення Конституційного Суду однозначно є специфічним джерелом конституційного права України, яке займає визначальне місце у всій правовій системі і має на неї суттєвий вплив [10]. З точки зору Сквірського І.О. рішення Конституційного Суду України підпадають під визначення поняття нормативно-правового акта, оскільки ними фактично "скасовуються" закони, інші правові акти повністю чи в окремій частині, які з дня ухвалення рішення втрачають чинність і, таким чином, не потребують підтвердження відповідним правотворчим органом. Проте слід зазначити, що досить часто законодавець ігнорує рішення Конституційного Суду, оскільки на сьогоднішній день у Законі України "Про Конституційний Суд України" не врегульовано механізм виконання цих рішень та не прописана відповідальність за їх невиконання. До повноважень Конституційного Суду

© Самбор М., 2015

України не належить встановлення правил і форм правового регулювання конкретних суспільних правовідносин та заповнення прогалин у законодавстві, проте приведення закону або іншого нормативного акта у відповідність до Конституції України є обов'язком органу державної влади, який цей акт видав. На сучасному етапі розвитку України як правової держави конституційне правосуддя можна сприймати як якісно нове явище для вітчизняної правової системи, яке характеризується специфічними ознаками. Конституційний Суд, насамперед, покликаний перевіряти конституційно-правову якість законів та інших нормативно-правових актів шляхом усунення з них неконституційних положень, змінюючи тим самим їх нормативно-правовий зміст, чи виключення з правової системи закону в цілому як неправомірного, неконституційного, що в будь-якому випадку тягне за собою зміни в нормативно-правовому масиві, тим самим впливаючи на систему конституційного права. Тому цілком логічним є визнання рішень Конституційного Суду джерелами конституційного права України, хоча проблема визначення їх місця та ролі в системі джерел конституційного права України і потребує подальшого всебічного та більш ґрунтовного дослідження в сучасних умовах державотворення [10]. З аналогічних підстав вважаємо, що рішення КСУ можуть бути й джерелами адміністративно-деліктного права і законодавства, оскільки у них розкриваються норми адміністративно-деліктного законодавства, зокрема норми КУпАП, дається їх офіційне тлумачення, у таких рішеннях КСУ визнає конституційність чи неконституційність таких норм, що сприяє розумінню учасниками правовідносин змісту таких норм, а також дає змогу повноцінно, у повному обсязі реалізувати нормативні приписи КУпАП.

У свою чергу Авер'янов В.Б. зазначав, що судовий прецедент не може визнаватися джерелом права у правовій системі України. Однак є певні застереження щодо цього висновку. Зокрема, Конституційний Суд України може приймати рішення, які тягнуть фактичне скасування чи зміну норм правових актів Верховної Ради України, Президента України, Кабінету Міністрів України, Верховної Ради Автономної Республіки Крим. Згідно із ст. 74 Закону України "Про Конституційний Суд" Конституційний Суд може вказати на преюдиційність свого рішення при розгляді судами загальної юрисдикції позовів у зв'язку з правовідносинами, які виникли внаслідок дії неконституційного акту. Це означає, що рішення Конституційного Суду має загальнообов'язкову силу при вирішенні необмеженої кількості індивідуальних спорів, тобто має нормативний характер [11]. Знаємо, що преюдиція – це виключення заперечуваності юридичної вірогідності одного разу доведеного факту. Якщо суд або інший юрисдикційний орган вже встановив певні факти (після їх перевірки і оцінки) і закріпив це у відповідному документі, то вони визнаються преюдиціальними – такими, що при новому розгляді справи вважаються встановленими, істинними, такими, що не потребують нового доказування [14]. Таку преюдиційність КСУ, на наш погляд, слід вважати абсолютною, оскільки інші суди не можуть її змінити, на відміну від інших преюдицій, які можна спостерігати у тому таки адміністративно-деліктному праві і законодавстві під час розгляду справ про адміністративні правопорушення судами України (ст. 72 Кодексу адміністративного судочинства України [16]). Отже, органи, уповноважені розглядати справи про адміністративні правопорушення не у змозі вже самостійно оцінювати ті обставини, які визнані КСУ преюдиційними. Таким чином обставини, викладені у відповідних рішеннях КСУ повинні безальтернативно сприйматися не лише судовими органами під час здійснення провадження у справах про адміністративні правопорушення, а й іншими уповноваженими органами та їх посадовими особами під час провадження у справах про адміністративні правопорушення та винесення відповідних рішень у таких справах. З огляду на сказане, на наш погляд, важливим є посилання у рішеннях органів та посадових осіб, уповноважених розглядати справи про адміністративні правопорушення, на такі рішення КСУ, що підтверджуватиме факт використання надбань конституційного правосуддя під час розгляд справ про адміністративні правопорушення, а також слугуватиме підтвердженням не лише законності рішення, а й його правильності з точки зору верховенства права, утвердження прав, свобод та інтересів людини і громадянина.

На думку Гергелійника В.О., юридична сила актів тлумачення повністю залежить від об'єкта тлумачення. І, якщо тлумачення закону може бути змінено Верховною Радою через зміну закону, то тлумачення Конституції може бути кореговано лише після зміни норми Основного Закону країни. І, хоча акти тлумачення Конституційного Суду України мають певні ознаки нормативності (мають загальнодержавний обов'язковий характер), однак вони не можуть розглядатися як самостійні джерела права. Вони є інтерпретаційними актами, несуть допоміжний характер та можуть бути застосовані лише у зв'язку із застосуванням відповідної норми [9, с. 14]. Отже, офіційне тлумачення КСУ норм КУпАП стає фактично невід'ємною частиною застосування норм КУпАП на весь час їх чинності.

Іншою складовою повноважень КСУ щодо норм КУпАП є встановлення конституційності норм КУпАП, їх відповідності нормам прямої дії Основного закону України та принципам верховенства права, дотримання прав, свобод людини і громадянина.

Саме оцінка певного кола правових актів – чинних і тих, що не набули чинності, – стосовно їх відповідності конституції є своєрідною титульною функцією органів конституційної юрисдикції за умов будь-якої її моделі [12, с. 283]. Конституційність – загальна вимога, яка характеризує режим т.з. конституційної законності й полягає у неухильному виконанні та дотриманні конституції усіма суб'єктами права, правильному застосуванні її норм органами влади і посадовими особами [13, с. 288]. Отже, можемо говорити про те, що під час ухвалення своїх рішень, КСУ визначаючи конституційність тієї чи іншої норми законодавства про адміністративні правопорушення, також визначає практику застосування таких норм у конкретних життєвих ситуаціях, тим самим забезпечуючи однаковість розуміння і застосування таких норм закону для регулювання подібних суспільних відносин.

Поряд з двома вищезазначеними основними напрямками діяльності КСУ (встановлення конституційності норм КУпАП та їх офіційного тлумачення), деякі автори виділяють третій напрямок діяльності КСУ, а саме озвучення КСУ своїх правових позицій.

Кушніренко О.Г. та Слінько Т.М. зазначають, що дослідження правових позицій Суду дає можливість визначити, що практично кожна нова правова позиція, викладена у його рішеннях представляє новелу для законодавця і є логічним результатом вирішення конституційно-правової проблеми, відповідно до духу і букви Конституції України та принципу верховенства права. А подальша європейська інтеграція України, що передбачає сприйняття на рівні судової влади практики Європейського Суду з прав людини сприяє гармонізації законодавства України до законодавства [15, с. 56]. Тож

можна констатувати, що правова позиція КСУ – це певна спроба у межах заявленого конституційного звернення чи конституційного подання, КСУ викласти у офіційному документі, якими є рішення та висновки, загальноправове розуміння тих чи інших законодавчих положень чи загальнотеоретичних понять, котре хоч і не є обов'язковим для розуміння усіма суб'єктами правовідносин, однак формує загальну парадигму розуміння такого поняття чи норми суб'єктами правозастосування.

Згідно до ч. 1 ст. 61 Закону України "Про Конституційний Суд України" КСУ за результатами розгляду справ щодо конституційності законів, а також офіційного тлумачення Конституції України та законів України приймає саме рішення. Нині чинний КУпАП, сьогодні потребує не лише змін, а й належної офіційної інтерпретації його норм, оскільки більшість із них породжують не лише суто теоретичні дискусії, а й зумовлюють суттєві проблеми законодавчого урегулювання. Тому вважаємо, що на даному етапі розвитку норм законодавства про адміністративні правопорушення роль КСУ неможливо недооцінювати.

Звернемось до відповідних рішень КСУ, які так чи інакше стосуються питань урегулювання адміністративно-деліктних суспільних відносин. На диво, таких рішень КСУ не так вже й багато, а саме 4: від 3 лютого 2009 року № 4-рп/2009, від 16 листопада 2000 року № 13-рп/2000, від 6 жовтня 2010 року № 21-рп/2010, від 11.10.2011 року № 10-рп/2011. розглянемо у хронологічному порядкуїх ухвалення.

Рішенням Конституційного Суду України від 3 лютого 2009 року № 4-рп/2009 у справі № 1-7/2009 за конституційним поданням Верховної Ради Автономної Республіки Крим щодо відповідності Конституції України (конституційності) пунктів 1, 4, 8, 10, підпункту "б" підпункту 2 пункту 13, пунктів 14, 17 розділу І Закону України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо здійснення державного архітектурно-будівельного контролю та сприяння інвестиційній діяльності у будівництві" [3], орган конституційної юрисдикції дослідив питання делегування повноважень в унітарній державі Україні за поєднанням принципів централізації і децентралізації у здійсненні державної влади та встановив, що відповідають Конституції України (є конституційними), положення законів України, до яких внесено зміни Законом України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо здійснення державного архітектурно-будівельного контролю та сприяння інвестиційній діяльності у будівництві" від 16 травня 2007 року № 1026-V, а саме статті 244^6 Кодексу України про адміністративні правопорушення, за якими Державна архітектурно-будівельна інспекція України та її територіальні органи визнаються суб'єктами права розгляду справ про адміністративні правопорушення, що пов'язані з будівництвом, а право накладати адміністративні стягнення за правопорушення визнано також за заступниками начальників інспекцій державного архітектурно-будівельного контролю (пункт 1 розділу І Закону України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо здійснення державного архітектурно-будівельного контролю та сприяння інвестиційній діяльності у будівництві"). Отже, КСУ вказаним рішенням підтвердив конституційнійсть наданих органам виконавчої влади повноважень щодо розгляду справ про адміністративні правопорушення.

Особливу увагу слід звернути на рішення Конституційного Суду України від 16 листопада 2000 року № 13-рп/2000 у справі № 1-17/2000 за конституційним зверненням громадянина Солдатова Геннадія Івановича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України, статті 44 Кримінально-процесуального кодексу України, статей 268, 271 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про право вільного вибору захисника) [2]. У вказаному рішенні Конституційний Суд України зазначає, що положення частини першої статті 59 Конституції України про те, що кожен є вільним у виборі захисника своїх прав, в аспекті конституційного звернення громадянина Солдатова Г.І., треба розуміти як конституційне право підозрюваного, обвинуваченого і підсудного при захисті від обвинувачення, а також особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, з метою отримання правової допомоги вибрати захисником своїх прав особу, яка є фахівцем у галузі права і за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи. У п. 3 резолютивної частини даного рішення КСУ стверджує, що не відповідають Конституції України (є неконституційними): положення частини першої статті 268 Кодексу України про адміністративні правопорушення, за яким обмежується право на вільний вибір особою, яка притягається до адміністративної відповідальності, як захисника своїх прав, крім адвоката, іншого фахівця у галузі права, який за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи. Таким чином, КСУ визнав той факт, що особа, яка притягається до адміністративної відповідальності, має право залучати у якості захисника, не лише адвоката, а й іншу особу – фахівця у галузі права, яка за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи. У такий спосіб КСУ суттєво розширив можливості особи захищати свої права під час провадження у справах про адміністративні правопорушення. Та поряд з цим, вважаємо за необхідне зазначити, що таке право на залучення фахівця у галузі права повинні мати всі учасники провадження у справі про адміністративне правопорушення. В межах даної статті нами не хочеться дискутувати з приводу положень даного рішення КСУ стосовно кримінального процесуального законодавства, адже дане рішення зачіпає й цю галузь суспільного життя.

У Рішенні Конституційного суду України від6 жовтня 2010 року № 21-рп/2010 у справі № 1-27/2010 за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень законів України "Про засади запобігання та протидії корупції", "Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень", "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення" (справа про корупційні правопорушення та введення в дію антикорупційних законів) [4], детально досліджуються питання здійснення викладацької, наукової, творчої діяльності у робочий та позаробочий час. Конституційний Суд України зазначив, що з метою ефективного використання робочого часу державними посадовими особами законодавцем можуть бути передбачені додаткові дозвільні механізми (регулятори), які унормовують їх участь у науковій і викладацькій діяльності не за основним місцем роботи, але не шляхом визнання цих дій корупційними і встановлення адміністративної відповідальності лише за сам факт здійснення її не в позаробочий час. КСУ констатує що слід виходити з того, що будь-яке обмеження прав людини і громадянина повинне бути не тільки юридично обґрунтованим, а й соціально виправданим і адекватним. Таким чином у п. 2 резолютивної частини Конституційний Суд України своїм Рішенням визнав такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними): словосполу-

чення "що здійснюються в позаробочий час", яке міститься у пункті 2 частини першої статті 4 Закону України "Про засади запобігання та протидії корупції" від 11 червня 2009 року № 1506-VI, та словосполучення "у позаробочий час", яке міститься у статті 212^{24} Кодексу України про адміністративні правопорушення, крім його поширення на осіб, вказаних у частині першій статті 120 Конституції України. Отже, вказаним рішенням КСУ безпосередньо визначив склад адміністративного правопорушення, пов'язаного із вчиненням корупційного діяння, за вчинення якого передбачена адміністративна відповідальність.

У продовж сказаного розглянемо наступне Рішення Конституційного суду України від 22 грудня 2010 року № 23-рп/2010 у справі № 1-34/2010 за конституційним зверненням громадянина Багінського Артема Олександровича щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 14-1 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про адміністративну відповідальність у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху) [5]. Гр. Багінський А.О. звернувся до Конституційного Суду України з клопотанням щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 14^1 Кодексу України про адміністративні правопорушення в контексті вимог до спеціальних технічних засобів, що мають функції фото- і кінозйомки, відеозапису, чи засобів фото- і кінозйомки, відеозапису, дані яких можуть використовуватися як доказ вини власників (співвласників) транспортних засобів. Багінський А.О. зазначив, що суди загальної юрисдикції за однакових обставин неоднозначно застосовують положення КУпАП щодо використання даних, зафіксованих вказаними технічними засобами, як підстави для притягнення до адміністративної відповідальності власників (співвласників) транспортних засобів в частині належності та допустимості доказів, а це призводить до грубих порушень конституційних прав і свобод громадян, передбачених статтею 29, частиною другою статті 61, статтею 63 Конституції України. Конституційний Суд України на підставі наведеного дійшов висновку, що адміністративна відповідальність в Україні та процедура притягнення до адміністративної відповідальності ґрунтуються на конституційних принципах та правових презумпціях, які зумовлені визнанням і дією принципу верховенства права в Україні. Конституція України має найвищу юридичну силу, закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй (частина друга статті 8 Конституції України). Елементами верховенства права є принципи рівності і справедливості, правової визначеності, ясності і недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці і неминуче призводить до сваволі (абзац другий підпункту 5.4 пункту 5 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 22 вересня 2005 року № 5-рп/2005). Принцип правової визначеності означає, що "обмеження основних прав людини та громадянина і втілення цих обмежень на практиці допустиме лише за умови забезпечення передбачуваності застосування правових норм, встановлюваних такими обмеженнями. Тобто обмеження будь-якого права повинне базуватися на критеріях, які дадуть змогу особі відокремлювати правомірну поведінку від протиправної, передбачати юридичні наслідки своєї поведінки" (абзац третій підпункту 3.1 пункту 3 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 29 червня 2010 року № 17-рп/2010). Наведені конституційні засади враховуються Конституційним Судом України у процесі перевірки на відповідність Конституції України положень статті 14^1, частини шостої статті 258 КУпАП. Конституційний Суд України звернув увагу на те, що перевірена на предмет конституційності стаття 14^1 КУпАП, яка міститься в Загальній частині КУпАП, встановлює особливості притягнення до адміністративної відповідальності саме власників (співвласників) транспортних засобів, однак безпосередньо не визначає складу правопорушення, а тому не може бути самостійною підставою для притягнення до такої відповідальності. Види правопорушень та процедура притягнення до адміністративної відповідальності визначені в Особливій частині КУпАП. Положення статті 14^1 КУпАП можуть застосовуватися лише в системному зв'язку з низкою інших статей, передбачених Особливою частиною КУпАП, диспозиції яких у безальтернативній формі визначають суб'єктом, який притягається до відповідальності за вчинення правопорушення у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху, особу, яка винна у вчиненні цього правопорушення, зокрема водія транспортного засобу. За відсутності в статтях Особливої частини КУпАП, які визначають склад адміністративних правопорушень, вказівки на те, що суб'єктами цих правопорушень є власники (співвласники) транспортних засобів, ці суб'єкти можуть притягатися до адміністративної відповідальності виключно за наявності в їхніх діях складу певного адміністративного порушення, інше створює правову невизначеність у встановленні суб'єкта, що притягається до відповідальності в цій сфері. З наведеного Конституційний Суд України дійшов висновку про невідповідність вимогам частини другої статті 8, статті 22, частин першої, другої статті 24, частини другої статті 61, статей 62, 64 Конституції України положень статті 14^1, частини шостої статті 258 КУпАП, що згідно з частиною другою статті 95 Закону України "Про Конституційний Суд України" є підставою для визнання їх неконституційними. П. 1 та п. 2 резолютивної частини Рішення Конституційного суду України від 22 грудня 2010 року № 23-рп/2010 КСУ визнав такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними), статтю 14^1, частину шосту статті 258 КУпАП, та зазначив, що положення КУпАП, визнані неконституційними, втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України цього Рішення. Як можна побачити зі змісту даного рішення, КСУ чітко визначив загальні засади притягнення власників (співвласників) транспортних засобів до адміністративної відповідальності. Натомість у керівництві держави, особливо у Департаменті ДАІ знову обговорюють питання можливості застосування адміністративної відповідальності до власників транспортних засобів на підставі так званих "листів щастя", з приводу яких маєється офіційна позиція КСУ. Це свідчить про те, що політичні еліти намагаються впливати на рішення КСУ, а також не дивлячись на остаточні рішення органу конституційної юрисдикції з даного питання, намагаються впровадити у чинне законодавство норми, які вже визнавалися неконституційними.

Наступним не менш важливим для право застосовної практики у сфері провадження у справах про адміністративні правопорушення є Рішенням Конституційного Суду від 11.10.2011 року № 10-рп/2011. Адже саме Рішенням Конституційного Суду від 11.10.2011 року № 10-рп/2011 у справі № 1-28/2011 за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень статті 263 Кодексу України про адміністративні правопорушення та пункту 5 частини першої статті 11 Закону України "Про міліцію" (справа про строки адміністративного затримання) [6] встановлено, що

відповідно до принципу верховенства права затримання без вмотивованого рішення суду в адміністративному процесі не може тривати довше, ніж затримання в кримінальному процесі. Таким чином, системний аналіз положень статті 29 Конституції України у поєднанні з її статтею 8 дає підстави вважати, що конституційна вимога, яка міститься в частині третій статті 29 Основного Закону України щодо максимально можливого часу обмеження свободи особи без вмотивованого рішення суду в кримінальному процесі, повинна враховуватися при визначенні максимально можливого часу такого обмеження в адміністративному процесі. Тобто адміністративне затримання особи без вмотивованого рішення суду не може перевищувати сімдесяти двох годин. Зрештою Конституційний Суд України визнав такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними) положення: частин другої, третьої статті 263 КУпАП щодо можливості адміністративного затримання осіб "на строк до десяти діб з санкції прокурора, якщо правопорушники не мають документів, що посвідчують їх особу"; частин четвертої, п'ятої статті 263 КУпАП; а також встановив, що відповідають Конституції України (є конституційними) положення: статті 263 КУпАП, зокрема: частини першої, згідно з якою у виняткових випадках, у зв'язку з особливою потребою законами України може бути встановлено інші строки адміністративного затримання; частини другої стосовно можливості затримання особи в необхідних випадках для встановлення особи і з'ясування обставин правопорушення до трьох діб з повідомленням про це письмово прокурора протягом двадцяти чотирьох годин з моменту затримання; частини третьої щодо можливості затримання особи в необхідних випадках для встановлення особи, проведення медичного огляду, з'ясування обставин придбання вилучених наркотичних засобів і психотропних речовин та їх дослідження до трьох діб з повідомленням про це письмово прокурора протягом двадцяти чотирьох годин з моменту затримання. Дане рішення КСУ є одним із найважливіших, оскільки пов'язано із встановленням порядку застосування адміністративного затримання, найбільш жорсткого заходу забезпечення провадження у справі про адміністративне правопорушення.

Висновки. Підсумовуючи все вищевикладене, наголосимо на тому, що положення ст. 14^1 КУпАП втратили чинність, як такі, що є неконституційними, Положення статті 244^6 КУпАП визнано конституційними згідно з Рішенням Конституційного Суду N 4-рп/2009. Також положення частини шостої статті 258 КУпАП втратили чинність, як такі, що є неконституційними, на підставі Рішення Конституційного Суду N 23-рп/2010. Положення частини першої статті 268 КУпАП, за яким обмежується право на вільний вибір особою, яка притягається до адміністративної відповідальності, як захисника своїх прав, крім адвоката, іншого фахівця у галузі права, який за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи втратили чинність як такі, що є неконституційними на підставі Рішення Конституційного Суду № 13-рп/2000 від 16.11.2000. Отже, проаналізовані нами Рішення КСУ стосувалися виключно встановлення конституційності (неконституційності) окремих норм КУпАП, що й було відображено у відповідних резолютивних частинах даних рішень КСУ.

Таким чином, доходимо висновку про те, що наявні рішення КСУ підставою для прийняття яких стало необхідність встановлення конституційності норм КУпАП, як підтверджували факт відповідності Конституції України норм КУпАП, так і визнавали окремі норми КУпАП неконституційними. Інших рішень КСУ щодо норм КУпАП фактично не приймав. Разом з тим, стверджувати про те, що жодним чином, окрім як через вищеозвучені 4 рішення КСУ не впливає на порядок виконання норм КУпАП, неможливо. Оскільки преюдиційність рішень КСУ, про яку йшлося вище, можуть екстраполюватися і на норми законодавства про адміністративні правопорушення, тим самим поширюючи свої висновки, прийняті під час визначення конституційності норм інших галузей законодавства та їх тлумачення, на норми законодавства про адміністративні правопорушення.

На жаль, КСУ не має у своєму доробку тлумачень норм КУпАП, хоча останні мають багато дискусійних положень. Натомість, не можемо оминати увагою той факт, що безпосередньо у описових частинах своїх рішень чи висновків КСУ часто подає визначення загально-правових термінів і понять, зміст яких поширюється і на норми законодавства про адміністративні правопорушення.

Тому підсумовуючи сказане, можемо зазначити, що вплив КСУ на норми законодавства України про адміністративні правопорушення може здійснюватися у 2 основні способи: 1) прямий, коли КСУ з'ясовуються питання конституційності норм законодавства про адміністративні правопорушення, а також тлумачення таких норм; 2) опосередковано, коли у рішеннях чи висновках КСУ безпосередньо не зачіпає норми законодавства про адміністративні правопорушення, однак остаточні висновки у яких, або ж правові позиції КСУ через норми інших галузей законодавства впливають на застосування норм законодавства про адміністративні правопорушення. Також вплив КСУ на норми законодавства про адміністративні правопорушення у цілому, та норми КУпАП зокрема, можна розподілити на 3 основні блоки: 1) встановлення конституційності чи неконституційності таких норм про адміністративну відповідальність; 2) встановлення офіційного тлумачення норм законодавства про адміністративні правопорушення та КУпАП зокрема; 3) вираження правових позицій в описових частинах відповідних рішень КСУ, у яких висвітлюється точка зору КСУ на поняття законодавства про адміністративні правопорушення, порядок застосування адміністративної відповідальності у цілому та окремих її елементів. Відтак заслуговує на увагу й врахування правових позицій КСУ, які висловлюються останнім у описових частинах його рішень. Останні мають неабияке значення для правильного розуміння та застосування норм, у тому числі й законодавства про адміністративні правопорушення, зокрема у частині сприйняття та використання загальноправових понять під час провадження у справах про адміністративні правопорушення.

Отже, впевнено можна стверджувати, що рішення Конституційного Суду України відіграють важливе значення для регулювання суспільних відносин, пов'язаних із притягненням особи до адміністративної відповідальності. Вказані рішення КСУ істотно сприяють розумінню норм законодавства про адміністративні правопорушення, формування єдиної доктрини застосування норм законодавства про адміністративні правопорушення, а отже, й розумінню норм законодавства про адміністративні правопорушення для учасників суспільних відносин.

Список використаних джерел:

1. Закон України "Про Конституційний Суд України" від 16 жовтня 1996 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/422/96-вр/print13826084289085 44– Дата доступу 29 січня 2015 року

2. Рішення Конституційного Суду України від 16 листопада 2000 року № 13-рп/2000 у справі № 1-17/2000 за конституційним зверненням громадянина Солдатова Геннадія Івановича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України, статті 44 Кримінально-процесуального кодексу України, статей 268, 271 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про право вільного вибору захисника) [Електронний ресурс]. – Режим до-

ступу : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v013p710-00 – Дата доступу 29 січня 2015 року.

3. Рішення Конституційного Суду України від 3 лютого 2009 року № 4-рп/2009 у справі № 1-7/2009 за конституційним поданням Верховної Ради Автономної Республіки Крим щодо відповідності Конституції України (конституційності) пунктів 1, 4, 8, 10, підпункту "б" підпункту 2 пункту 13, пунктів 14, 17 розділу I Закону України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо здійснення державного архітектурно-будівельного контролю та сприяння інвестиційній діяльності у будівництві" [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.uapravo.net/akty/postanovi-resolution/akt5bcqx8s.htm – Дата доступу 29 січня 2015 року.

4. Рішення Конституційного суду України від 6 жовтня 2010 року № 21-рп/2010 у справі № 1-27/2010 за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень законів України "Про засади запобігання та протидії корупції", "Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень", "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення" (справа про корупційні правопорушення та введення в дію антикорупційних законів) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v021p710-10/print1389966220027191 – Дата доступу 29 січня 2015 року.

5. Рішення Конституційного суду України від 22 грудня 2010 року № 23-рп/2010 у справі № 1-34/2010 за конституційним зверненням громадянина Багінського Артема Олександровича щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 14-1 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про адміністративну відповідальність у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v023p710-10 – Дата доступу 29 січня 2015 року.

6. Рішення Конституційного Суду від 11 жовтня 2011 року № 10-рп/2011 у справі № 1-28/2011 за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень статті 263 Кодексу України про адміністративні правопорушення та пункту 5 частини першої статті 11 Закону України "Про міліцію" (справа про строки адміністративного затримання) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v010p710-11/print1390926143426642 – Дата доступу 29 січня 2015 року.

7. Конституція України від 28 червня 1996 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр/print1393576424556713– Дата доступу 13 березня 2015 року.

8. Битяк Ю.П. Адміністративне право України. Підручник. – Київ, Юрінком Інтер, 2005 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.ebk.net.ua/Book/law/bityak_admpu/part1/113.htm – Дата доступу 18 березня 2015 року

9. Гергелійник В.О. Правові проблеми становлення та функціонування конституційної юстиції України: автореф. дис… канд. юрид. наук за спец.: 12.00.02 – конституційне право. – Київ, 2000. – 16 с.

10. Сквірський І. О. Рішення Конституційного Суду в системі джерел конституційного права України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.stattionline.org.ua/filologiya/79/13651-rishennya-konstitucijnogo-sudu-v-sistemi-dzherel-konstitucijnogo-prava-ukra%D1%97ni.html – Дата доступу 21 березня 2015 року.

11. В.Б. Авер'янов. Адміністративне право України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://uristinfo.net/adminpravo/155-vb-averjanov-administrativne-pravo-ukrayini/3817-glava-8-dzherela-administrativnogo-prava-ta-administrativne-zakonodavstvo.html – Дата доступу 21 березня 2015 року.

12. Шаповал В.М. Конституційний Суд України/ В.М. Шаповал, В.Є. Скомороха // Юридична енциклопедія: в 6 т./ Редкол.: Ю.С.Шемшученко (голова редкол.) та ін.. – К.: "Укр. Енцикл.", 2001. – Т. 3: К-М. – 2001. – 792 с.: іл.

13. Шаповал В.М. Конституційність / В.М. Шаповал // Юридична енциклопедія: в 6 т./ Редкол.: Ю.С.Шемшученко (голова редкол.) та ін.. – К.: "Укр. Енцикл.", 2001. – Т. 3: К-М. – 2001. – 792 с.: іл.

14. Преюдиція. Матеріал з Вікіпедії – вільної енциклопедії. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://uk.wikipedia.org/wiki/Преюдиція – Дата доступу 21 березня 2015 року

15. Кушніренко О.Г. Місце правових позицій в структурі рішень Конституційного Суду України/ О.Г.Кушніренко, Т.М.Слінько // Правова система України: проблеми і тенденції розвитку : матеріали наук.-практ. конф., м. Харків, 3 червн. 2010 р. / редкол.: Ю.П.Битяк, І.В.Яковюк, Г.В.Чапала. – Х.: НДІ держ. буд-ва та місц. самоврядування, 2010. – с. 54-56

16. Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2747-15/print1389891188543116 – Дата доступу 23 березня 2015 року

Надійшла до редколегії 11.08.15

Н. Самбор, канд. юрид. наук, ст. инсп. штаба (на правах сектора)
Прилукский ГО УМВД Украины в Черниговской области (по обслуживанию города Прилуки и Прилукского района), Украина

РОЛЬ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА УКРАИНЫ В РЕГУЛИРОВАНИИ ПРАВООТНОШЕНИЙ, ВОЗНИКАЮЩИХ ВСЛЕДСТВИЕ СОВЕРШЕНИЯ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЙ

В статье рассматривается роль Конституционного Суда Украины в регулировании административно-деликтных правоотношений. Подвергаются анализу решения Конституционного Суда Украины, которые определяют конституционность (неконституционность) норм Кодекса Украины об административных правонарушениях. Исследуются вопросы официального толкования норм законодательства об административных правонарушениях, а также возможность использования правовых позиций Конституционного Суда Украины во время производства по делам об административных правонарушениях.

Ключевые слова: Конституционный Суд Украины, законодательство об административных правонарушениях, толкование, правовая позиция, конституционность.

M. Sambor, PhD,senior inspectorof staff(as asector)
Prylukycity department of The Administration of the MIA of Ukraine in Chernihiv region
(service Pryluky city and district Pryluky), Ukraine

THE ROLE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE IN THE REGULATION OF RELATIONS ARISING IN CONSEQUENCE OF COMMITTING MISDEMEANORS

This article examines the role of the Constitutional Court of Ukraine in the regulation of administrative tort relations. The analysis decision of the Constitutional Court of Ukraine, which determined the constitutionality of the (unconstitutional) of the Code of Ukraine on Administrative Offences. The problems of the official interpretation of the law on administrative offenses, and the ability to use the legal position of the Constitutional Court of Ukraine during the proceedings on administrative offenses.

Keywords: Constitutional Court of Ukraine, the law on administrative offenses, interpretation, legal position constitutionality.

УДК 340.155.8:342.41

О. Стрєльцова, канд. юрид. наук, докторант
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ

ДО ПИТАННЯ ПРО СПІВІДНОШЕННЯ КАТЕГОРІЙ "КОНСТИТУЦІОНАЛІЗАЦІЯ", "КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ" ТА "РЕАЛІЗАЦІЯ КОНСТИТУЦІЇ"

У статті аналізується співвідношення категорій "конституціоналізація", "конституційне регулювання" та "реалізація конституції". У цьому аспекті досліджується також питання щодо взаємозв'язку між конституціоналізацією та конституційною законністю.

Ключові слова: конституціоналізація, конституційне регулювання, реалізація конституції, конституційна законність.

До дослідження конституціоналізації можна підходити з позицій цивілізаційного підходу – в контексті загальноісторичного розвитку людства. Аналіз конституціоналізації у такому ракурсі сприяє виявленню її витоків, закономірностей ґенези та дозволяє простежити еволюцію цього явища як визначального вектору цивілізування держа-

© Стрєльцова О., 2015

ви і політичної влади. Але разом з тим, конституціоналізацію можна розглядати і як локальне явище, обумовлене просторовими і темпоральними характеристиками розвитку певної національної держави, її політико-правовими реаліями, конституційною традицією, моральними та ціннісними установками, що є складовою ментальності представників конкретного соціуму.

Необхідно відзначити, що для вітчизняної конституційно-правової доктрини категорія "конституціоналізація" є відносно новою і малодослідженою. Серед українських правознавців, які у своїх працях зверталися до аналізу конституціоналізації, можна назвати таких науковців, як Ю. Волошин, В. Кампо, Н. Пархоменко, Т. Подорожна, Я. Чернопищук та ін. При цьому, спостерігаєтьсянеоднозначність у вживанні терміна "конституціоналізація", а подекуди і ототожнення даного поняття з цілим рядом інших, що актуалізує необхідність його подальшої розробки та обґрунтування.

Відповідно до одного зі значень, у якому вживається розглядуване поняття, конституціоналізація тлумачиться як складова конституційно-правового регулювання або її змістовний обсяг дорівнюється до обсягу категорії "реалізація" конституції (Н. Пархоменко, Т. Подорожна, А. Кузьмін). Зокрема, Н. Пархоменко вказує, що традиційно в теорії конституційного права сутність, зміст, засоби та в цілому механізм впливу конституції на суспільні відносини, визначались як конституційне регулювання. Особливістю даного виду правового регулювання є найвищий ступінь важливості суспільних відносин, які є предметом цього регулювання. Однією з форм такого регулювання є конституціоналізація. Конституціоналізація системи права і системи законодавства полягає у зміцненні конституційних засад у відповідних галузях і сферах суспільних відносин, що передбачає стійкий рівень конституційного регулювання цих відносин, стабільність їх розвитку, одноманітність практики розгляду та вирішення уповноваженими органами юридичних справ. Досягнення стабільності конституції як Основного закону держави шляхом конституціоналізації законодавчої бази здійснює стабілізуючий вплив на розвиток суспільних відносин, забезпечує стійкість основних засад правового регулювання [1].

Необхідно зазначити, що у вітчизняному правознавстві теоретичні основи дослідження конституційного регулювання були закладені ще за радянських часів. Вважається, що пріоритет наукового обґрунтування даної позиції належить І. Фарберу, який зокрема зазначав, що "конституційне регулювання являє собою політико-правовий вплив на суспільні відносини" [2]. Подібне за змістом визначення поняття конституційного регулювання суспільних відносин (щоправда, в ідеологічному ракурсі) наводила і Н. Міхальова. Конституційним регулюванням вона вважала "юридичний засіб, спосіб впливу на відносини з метою досягнення комуністичного ідеалу" [3].

О. Миронов розглядав конституційне регулювання як складне конституційне явище. На його думку, "конституційне регулювання – це широкий, багатоплановий вплив норм конституції на суспільні відносини з метою їх закріплення та впорядкування шляхом формування відправних засад діяльності всієї радянської системи, а також детальної регламентації визначеного кола суспільних відносин як виключно нормами конституційного права, так і спільно з нормами інших галузей права" [4].

Для розмежування конституційного регулювання та інших конституційно-правових явищ радянські дослідники виокремлювали ряд його відмінних особливостей. Так, Л. Морозова до особливостей конституційного регулювання відносила: його системний характер, нормативність, загальнообов'язковість, високий рівень державної забезпеченості, особливу політико-юридичну значущість, чіткість класових позицій, установчий та комплексний характер, стабільність у поєднанні з динамізмом регламентації суспільних відносин, програмне значення, високий ступінь його реальності [5].

Попри те, що частина висновків щодо теоретичних засад конституційного регулювання, зроблених дослідниками радянського періоду, є актуальною і сьогодні, все ж таки зміна суспільно-політичних реалій потребує їх переосмислення з позицій сьогодення. Деякі з положень втратили актуальність, в інших – яскраво простежується ідеологічне забарвлення (зокрема, це стосується "досягнення комуністичного ідеалу" як мети конституційного регулювання, а також таких його особливостей як "програмне значення" та "чіткість класових позицій") [6].

Після набуття Україною (а також іншими колишніми республіками СРСР) незалежності та прийняття нової Конституції 1996 р. парадигма конституційного розвитку нашої держави змінилася: замість марксистсько-ленінській ідеології, тоталітарною за своєю сутністю, орієнтиром для суспільно-політичних перетворень стали ідеали конституціоналізму, що знайшло відображення в тексті Основного закону. Як слушно наголошує з цього приводу Є. Дорошенко, звільнення юридичної науки від оков догматичного підходу поставило перед дослідниками складне завдання переосмислення теоретичних основ конституційного регулювання взаємовідносин держави і громадянського суспільства, пошуку нових підходів у здійсненні правової політики щодо такого регулювання [7]. Однією з відповідей можна вважати подальше впровадження, поряд із традиційними формами і методами конституційно-правового регулювання (переважно субординаційними, що здійснюються на владно-імперативних засадах), дозвільного методу, зокрема при регулюванні прав і свобод людини і громадянина [8], а також координаційного вектору правового впливу, що мотивує рівноправних суб'єктів (наприклад, адміністративно-територіальні одиниці, ради одного рівня тощо) до власних активних дій в межах, передбачених Основним законом і, таким чином, стимулює до конституційно-правового розвитку [9].

Крім того, з прийняттям нової Конституції отримали розвиток раніше не відомі радянським конституціям юридичні властивості Основного закону, а деякі з вже відомих – наповнилися новим змістом. Серед них – базовий та установчий характер конституції; її верховенство, вища юридична сила; пряма дія норм; високий ступінь стабільності та особлива охорона, у тому числі за допомогою конституційної юрисдикції та ін. [10].

Розвиток у державі суспільних відносин, поява нових різноманітних їх видів обумовили відповідні зміни в конституційно-правовій доктрині, в тому числі перегляд теоретичних позицій щодо змісту та сутності конституційно-правових явищ. Сучасні науковці характеризують конституційно-правове регулювання як нормативно-організаційний вплив на найбільш значущі для суспільства і держави відносини, які виникають з приводу реалізації норм конституції, з метою їх впорядкування, охорони та розвитку. Воно має цілеспрямований характер та здійснюється за допомогою особливого апарату засобів, способів, а також тільки йому властивого правового механізму [11; 12].

Проте, закріплення основних засад конституціоналізму в тексті Конституції, а також їх доктринальне обґрунтування виявилось недостатнім. Конституційна модерні-

зація та реформування політичної, економічної, соціальної та інших сфер життя суспільства і держави, оновлення ціннісних орієнтирів вимагає ефективного та дієвого впровадження принципів конституціоналізму в реально існуючі суспільні відносини, в конституційне і галузеве законодавство, у правозастосовну практику. Виходячи з цього, можна констатувати, що на сьогодні конституційне регулювання набуло нової, чітко визначеної спрямованості – рух у напрямку формування практичного конституціоналізму. Це зумовило відповідні зміни в понятійно-категоріальному апараті науки конституційного права, у тому числі впровадження в науковий обіг терміну "конституціоналізація". Як слушно зазначає з цього приводу В. Шаканов, у міру розвитку суспільства і держави уявлення про правові явища та поняття змінюються, що спричиняє необхідність вироблення до них нових методологічних підходів та їх визначень [13].

Нажаль, відзначаючи тісний взаємозв'язок конституційно-правового регулювання, реалізації конституції та конституціоналізації, сучасні дослідники разом з тим не здійснюють співвідношення цих категорій, не виокремлюють їх спільні і відмінні риси. Вбачається, що таке співвідношення полягає у наступному. Взаємозв'язок конституційно-правового регулювання та реалізації конституції передусім проявляється в сфері правотворчості, в ході якої встановлюються, змінюються або скасовуються норми конституційного права, тобто відбувається нормативне правове регулювання на найвищому рівні [14]. Нормативно-організаційне опосередкування суспільних відносин є основним напрямом правового впливу на поведінку людей. Реалізація ж конституційно-правових норм охоплює діяльність суб'єктів із втілення таких норм у життя. Це дозволяє розмежовувати правотворчість та реалізацію права. Проте вони не існують одна без одної, перебуваючи в постійній взаємодії: норми конституційного права створюються для їх реалізації, через яку вони набувають дієвості та втілюються в правозастосовній практиці [15].

Роль конституціоналізації в цьому процесі проявляється у тому, що будучи відносно стабільною системою, конституційно-правові норми водночас покликані відображати постійний розвиток суспільних відносин. У такому випадку конституціоналізація є своєрідною відповіддю на зміни реально існуючих економічних, соціальних, політичних та духовних умов життя людей, одним із важливих проявів реагування правової системи (центром якої є конституція) на соціальні зміни. Свідченням і підтвердженням того, що конституціоналізація відбувається, є своєчасний та адекватний соціальним трансформаціям розвиток механізму конституційно-правового регулювання, тобто реалізації положень Основного закону з метою модернізації суспільних відносин.

Водночас, в реалізації положень конституції втілюються результати як спеціально-юридичного, так і виховного, інформаційного та ціннісно-орієнтаційного впливу права [16]. Тому реалізація конституційно-правових норм не поглинається конституційно-правовим регулюванням. Позаправові фактори чинять значний вплив і на процес конституціоналізації, що приводить до висновку про те, що в процесі конституціоналізації та модернізації правової системи конституційно-правове регулювання і реалізація норм Основного закону взаємодоповнюють одне одного.

У цьому контексті вчені-правознавці також аналізують співвідношення поняття конституціоналізації з поняттям конституційності. Конституційність, – пише Н. Пархоменко, – означає якісно-правову характеристику правових актів, які перебувають в межах однієї системи права. Сутність конституційності полягає у визначеності відповідності текстів правових актів чинній в державі конституції. При цьому, слід мати на увазі, що встановлюється не стільки змістовна (дослівна, формальна) відповідність, скільки сутнісна. Правовий акт має відповідати та не суперечити конституційним положенням. Не повинно бути колізій між сутністю конституції та всіх правових актів в межах юрисдикції певної держави. Таким чином, конституційність – це якісна властивість правових актів, яка має важливе значення в процесі реалізації норм, що містяться в цих актах.

З іншого боку, конституційність може бути розглянута як принцип, який формулюється і проявляється в процесі з'ясування відповідності норм права конституції та характеризує пізнання об'єктивних закономірностей та опосередкування певних суспільних відносин [17].

В. Шаповал вважає, що конституційність може бути визначена як загальна вимога, що характеризує режим конституційної законності і полягає в неухильному виконанні та дотриманні конституції усіма суб'єктами права, правильному застосуванні її норм органами влади і посадовими особами. Така вимога фіксується в Основному законі, в частині загальних засад діяльності органів державної влади і посадових осіб, які уповноважені здійснювати правотворчість згідно з нормами конституції, в наслідок чого схвалювані акти відповідатимуть їй.

Конституційність, – продовжує В. Шаповал, – може розглядатись і як критерій поділу правових актів і, відповідно норм права, що в них містяться, на конституційні і неконституційні. Тобто, в даному випадку конституційність – це спеціальна вимога, яка припускає можливість звернення до органу конституційної юрисдикції уповноважених суб'єктів права з питань відповідності конституції певного кола правових актів і передбачає розгляд і вирішення ним цих питань [18].

Т. Подорожна пропонує розглядати конституціоналізацію як чинник конституційності нормативно-правових актів, оскільки конституція займає визначальне, провідне положення в ієрархії нормативно-правових актів, у силу чого всі вони перебувають у полі тяжіння змісту, принципів, цілей і завдань правового регулювання, закріплених у конституції, і таким чином не можуть суперечити Основному закону, а лише розвивати, конкретизувати і деталізувати його [19].

А. Кузьмін, аналізуючи співвідношення конституційної законності та конституціоналізації, доходить наступних висновків: по-перше, конституціоналізація як загальний метод формування нормативного масиву, що забезпечує конституційну конкретизацію, є "базою" конституційної законності. По-друге, конституціоналізація покликана забезпечити дієвість конституційної норми, щоб створені відповідно до неї норми поточного законодавства застосовувались і дотримувались. Конституційність у такому випадку є об'єктом нагляду для конституційної законності, оскільки порушення конституційних встановлень тягне нелегітимність законодавства та правозастосовної практики. По-третє, конституціоналізація має соціально-економічні, політичні, духовно-психологічні та юридичні аспекти, які проявляються через конституційне закріплення принципів, як шляхом визначення їх у тексті конституції, так і через виведення їх із її букви і духа. Ці принципи, водночас, є об'єктом забезпечення конституційної законності. І, по-четверте, конституціоналізація спрямована на встановлення взаємної відповідальності держави і особи, держави і сус-

пільства, а конституційна законність є показником реалізації заходів такої відповідальності [20].

Безумовно погоджуючись із більшістю наведених міркувань, зазначимо, що конституціоналізація є невід'ємною складовою правової дійсності і як така перебуває у постійному взаємозв'язку і взаємодії зі всіма елементами механізму конституційно-правового регулювання, спираючись на притаманні йому засоби (конституційні норми, встановлення правоздатності, визначення правового статусу, реалізації прав і обов'язків через правовідносини), способи (дозволяння, зобов'язання, заборона) та форми (використання, виконання, додержання, застосування). Будучи динамічним процесом, конституціоналізація покликана підтримувати постійний взаємозв'язок між юридичною і фактичною конституцією, забезпечувати багаторівневу конкретизацію конституційних принципів і норм у законодавстві та сприяти їх ефективній реалізації. Метою конституціоналізації і водночас індикатором її результативності є встановлення конституційної законності.

Список використаних джерел

1. Теорія і практика конституціоналізації національних систем права та законодавства: український досвід: аналітична доповідь / [Шемшученко Ю.С., Барабаш Ю.Г., Скрипнюк О.В., Погребняк С.П. та ін.] ; відп. ред. Н.М. Пархоменко. – К.: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2012. – 128 с. – С. 5, 18.
2. Фарбер И.Е. Конституционные отношения и их регулирование в советском обществе / Исаак Ефимович Фарбер // Тезисы докладов и сообщений на межвузовской конференции по теоретическим и методологическим проблемам правовой науки. – Кишинев, 1965. – С. 152-154. – Цит. по: Нурмагамбетов Р.Г. Об анализе правовой природы конституционного регулирования в современном правоведении / Рашит Габитович Нурмагамбетов // Пробелы в российском законодательстве. – 2013. – № 3. – С. 20-22. – С. 21; Советское государственное право / [под ред. И.Е. Фарбера]. – Саратов, Изд-во Саратовского государственного ун-тета, 1979. – 323 с.
3. Михалева Н.А. Теоретические проблемы социалистической конституции (сущность, содержание, форма): дис. … доктора юрид. наук: 12.00.02. / Н.А. Михалева. – М.: 1984. – 400 с. – С. 118.
4. Миронов О.О. Конституционное регулирование в развитом социалистическом обществе / Миронов О.О. – Саратов: Изд-во Саратовского государственного университета, 1982. – 125 с. – С. 21.
5. Морозова Л.А. Конституционное регулирование в СССР / Морозова Л.А. – М.: Юридическая литература, 1985. – 143 с. – С. 21.
6. Нурмагамбетов Р.Г. Конституционное регулирование общественных отношений / Рашит Габитович Нурмагамбетов // Вестник Омского университета. Серия "Право". – 2014. – № 1 (38). – С. 38-43. – С. 39-40.
7. Дорошенко Е.Н. Конституционное право и экономика: к вопросу о пределах регулирования / Е.Н. Дорошенко // Закон и право. – 2004. – № 7. – С. 52.
8. Совгиря О.В. Конституційне право України. Повний курс: навч. посіб. / О.В. Совгиря, Н.Г. Шукліна. – [2-ге вид., перероб. і допов.]. – К.: Юрінком Інтер, 2012. – 544 с. – С. 13-14.
9. Трофімов В.В. Проблема модернизации технологии правового воздействия на современные общественные отношения (доктринально-юридический аспект / В.В. Трофімов // Вестник Волгоградского государственного университета. Серия 5: Юриспруденция. – 2013. – № 2 (19). – С. 18-23. – С. 20-21.
10. Невинский В.В. Прямое действие норм Конституции РФ и права личности (проблемы осуществления одного из юридических свойств Конституции) / Государственная власть и права человека: материалы научно-практической конференции, посвященной 85-летию со дня рождения професора А.И. Кима (14 декабря 2000 г.) / отв.ред. В.Ф. Волович. – Томск: Издательство Томского университета, 2001. – 313 с.
11. Конституционное (государственное) право зарубежных стран: Учебник. В 4-х томах. Т. 1-2 / [Маклаков В.В., Кашкин С.Ю., Осавелюк А.М. и др.]; отв. ред. Б.А. Страшун. – М.: Изд-во БЕК, 1995. – 778 с. – С. 11.
12. Нурмагамбетов Р.Г. Об анализе правовой природы конституционного регулирования в современном правоведении / Рашит Габитович Нурмагамбетов // Пробелы в российском законодательстве. – 2013. – № 3. – С. 20-22. – С. 20.
13. Шаканов В.В. Правовые парадигмы: дис.... канд. юрид. наук: 12.00.01 / В.В. Шаканов. – М., 2006. – 193 с. – С. 10.
14. Завадская Л.Н. Механизм реализации права. – М.: Наука, 1992. – 288 с.
15. Решетов Ю.С. Реализация права в условиях модернизации Российской государственности / Ю.С. Решетов // Вестник Волжского университета им. В.Н. Татищева. – 2014. – № 1 (15). – [Електронний ресурс] / Научная библиотека "КиберЛенинка". – Режим доступа: http://cyberleninka.ru/article/n/realizatsiya-prava-v-usloviyah-modernizatsii-rossiyskoy-gosudarstvennosti.pdf; Правовое регулирование и правореализация / [Бакулина Л.Т., Горбачев И.Г., Горшунов Д.Н., др.]; науч. ред. Ю.С. Решетов. – Казань: Изд-во Казанского Ун-тета, 2008. – 164 с.
16. Скакун О.Ф. Теорія держави і права: підручник / Скакун О.Ф. – Харків: Консум, 2001. – 656 с. – С. 480, 489.
17. Теорія і практика конституціоналізації національних систем права та законодавства: український досвід: аналітична доповідь / [Шемшученко Ю.С., Барабаш Ю.Г., Скрипнюк О.В., Погребняк С.П. та ін.] ; відп. ред. Н.М. Пархоменко. – К.: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2012. – 128 с. – С. 19.
18. Шаповал В.М. Конституційність / В.М. Шаповал // Юридична енциклопедія. – К.: Вид-во "Українська енциклопедія" імені М.П. Бажана, 1998–2004. – Т. 3: К–М. – 2001. – 790 с. – С. 288.
19. Теорія і практика конституціоналізації галузевого законодавства України: монографія [Барабаш Ю.Г., Малишева Н.Р., Подорожна Т.С. та ін.]; наук. ред. Ю.С. Шемшученко, відп. ред. Н.М. Пархоменко. – К.: Вид-во "Юридична думка", 2013. – 308 с. – С. 33, 39.
20. Кузьмин А.Г. Конституционализм, конституционализация, конституционная законность: к вопросу о соотношении категорий / А.Г. Кузьмин // Российский судья. – 2014. – № 9. – С. 14-20.

Надійшла до редколегії 07.07.15.

О. Стрельцова, канд. юрид. наук, докторант
Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Киев, Украина

К ВОПРОСУ О СООТНОШЕНИИ КАТЕГОРИЙ "КОНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЯ", "КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ" И "РЕАЛИЗАЦИЯ КОНСТИТУЦИИ"

В статье анализируется соотношение категорий "конституционализация", "конституционное регулирование" и "реализация конституции". В этом аспекте исследуется также вопрос о взаимосвязи между конституционализациею и конституционною законностью.

Ключевые слова: конституционализация, конституционное регулирование, реализация конституции, конституционная законность.

O. Streltsova, Candidate of Legal Sciences, Doctoral student
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

TO QUESTION ABOUT CORRELATION OF CATEGORIES OF "CONSTITUTIONALIZATION", "CONSTITUTIONAL REGULATION" AND "REALIZATION OF CONSTITUTION"

This Article stipulates the categories of "constitutionalization", "constitutional regulation" and "realization of constitution". Also in this aspect a question is investigated about intercommunication between constitutionalization and constitutional legality.

Key words:constitutionalization, constitutional regulation, realization of constitution, constitutional legality.

УДК 347.45/.47

Л. Гриник, асп.
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ

ЗМІСТ КРЕДИТНОГО ДОГОВОРУ

В статті розглядаються наукові підходи щодо змісту кредитного договору, проаналізовано чинне законодавство та судова практика щодо визначення істотних умов даного виду цивільно-правового договору, визначено істотні умови кредитного договору, до яких віднесено: умови про предмет, сторони, строк дії договору, суму процентів, обов'язки сторін по видачі та поверненню кредитних коштів відповідно, всі інші умови, які сторони погодили при укладанні кредитного договору, в тому числі, наприклад, щодо цільового використання кредитних коштів, головне, щоб вони не суперечили вимогам чинного законодавства.

Ключові слова: кредитний договір, зміст кредитного договору, істотні умови кредитного договору.

Постановка проблеми. Одним із найактуальніших питань правового регулювання кредитного договору в Україні є визначення змісту кредитного договору. Проблемність цього питання зумовлена тим, що чинне законодавство України містить суперечливі норми щодо змісту кредитного договору, зокрема, його істотних умов, визначених як обов'язкових для виконання сторонами відповідно до двох основних кодифікованих актів – Цивільного та Господарського кодексів України, що потребує детального аналізу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У науковій літературі вчені неодноразово розглядали питання щодо змісту цивільно-правового договору загалом, так і окремих його видів, переліку його істотних умов та їх особливостей. Його, зокрема, досліджували В.В. Вітрянський та М.І. Брагінський, Р.А. Майданик, Н.С. Кузнєцова, Т.В.Бонднар, С.М. Бервено, І.В. Єлисеєв та М.В. Кротов, Є.В. Богданов та інші.

Невирішені раніше проблеми. Не зважаючи на проведені раніше дослідження, питання змісту кредитного договору залишається спірним і дискусія з цього приводу ведеться серед вчених – цивілістів, починаючи з радянського періоду і по теперішній час. Висновки, до яких дійшли науковці у своїх дослідженнях, носять подекуди суперечливий характер та характеризуються несистемністю.

Відтак, метою даної статті є комплексний аналіз норм чинного законодавства щодо змісту саме кредитного договору як різновиду цивільно-правого договору та виокремленні існуючих проблем, пов'язаних із укладанням та виконанням кредитних відносин, а також пошук шляхів вдосконалення відповідних правовідносин, які виникають при укладанні кредитного договору, зокрема, визначені кола істотних умов кредитного договору.

Виклад основного матеріалу. Необхідно звернути увагу на те, що різноманітність поглядів вчених на проблему визначення змісту кредитного договору в цілому зумовлена, насамперед, різними концептуальними підходами до визначення сутності та значення самого договору.

Відмінність у підходах до розуміння договору виявлялася в позиціях вчених у різні періоди розвитку науки цивільного права: термін "договір" використовувався ними не лише для позначення юридичного факту (правочину), але і зобов'язального правовідношення. Зазначене є характерним і для сучасної науки цивільного права [8, с.27]. Але під час з'ясування питання щодо змісту договору ці правові явища необхідно відмежовувати одне від одного. Наприклад, О.С. Іоффе зазначав: "Змістом договору називають сукупність його умов, сформульованих сторонами або таких, що витікають із закону, на якому засноване укладення договору. Спроби визначити зміст договору, вказуючи як на його умови, так і на права та обов'язки, що з нього витікають, є помилковими та пояснюються змішуванням договору як юридичного факту з самим договірним зобов'язанням. Права та обов'язки утворюють зміст зобов'язання, але не договору, що його породив, а сукупність умов складає зміст правочину, але не зобов'язання, яке виникло з нього" [4, с.27-28].

Таким чином, зміст договору утворює система умов, на яких він укладений [6, с.439]. І хоча законодавець у Цивільному кодексі України (далі – ЦК) вказує лише на істотні умови договору, пов'язуючи його укладення із досягненням сторонами в належній формі згоди саме щодо них, в юридичній літературі виокремлюються ще й таки види умов договору, як звичайні та випадкові [5, с.93].

Відповідно до цивілістичної доктрини континентального права усі умови договору поділяються на: істотні (assentialia), звичайні (naturalia) та випадкові (accidentalia) [2, с.518].

Слід зауважити, що в літературі розрізняють кредит у широкому та вузькому значенні. В широкому під кредитом розуміють будь-який момент передавання цінностей, коли одержання їх еквівалента відділене певним проміжком часу [3, с. 17]. У вузькому розумінні кредит – це такі правовідносини, за яких кредитні установи надають організаціям і громадянам грошові кошти на умовах зворотності, строковості і оплатності [7, с. 293].

При дослідженні правової природи кредитного договору одні науковці відносять кредитний договір до різновиду договору позики. Це, зокрема, М. Агарков, С. Вільнянський, В. Вітрянський, Л. Єфімова, Р. Карімуллін, В. Коссак, Є. Осипов, К. Флейшиць. Представники іншого підходу до правової природи кредитного договору, а саме: І. Гуревич, Е. Полонський, О. Іоффе, А. Макогон, Ю. Чалий вважають, що кредитний договір є самостійним договором в системі договірного цивільного права і не слід ототожнювати кредитні зобов'язання з зобов'язаннями, що виникають на підставі договору позики. О. Іоффе зазначав, що кредитний договір неприпустимо розглядати як різновид договору позики так само, як не можна вважати поставку різновидом купівлі-продажу або підряд на капітальне будівництво різновидом звичайного підряду [4, с. 672 – 673]. Ч. 2 ст. 1054 ЦК відносить кредитний договір до різновиду договору позики. Ми теж поділяємо даний підхід.

Відповідно до ст. 1054 Цивільного кодексу України (далі – ЦК) [9] за кредитним договором банк або інша фінансова установа (кредитодавець) зобов'язується надати грошові кошти (кредит) позичальникові у розмірі та на умовах, встановлених договором, а позичальник зобов'язується повернути кредит та сплатити проценти. Ч. 1 ст. 1055 ЦК зазначає, що кредитний договір укладається у письмовій формі. Щодо змісту даного договору, то Особлива частина ЦК України не містить окремої статті, яка б регулювала дане питання. Тому звернемося до Загальної частини ЦК України, яка містить норму щодо змісту договору (ст. 628), відповідно до ч. 1 якої зміст договору становлять умови (пункти), визначені на розсуд сторін і погоджені ними, та умови, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства.

© Гриник Л., 2015

Згідно ст. 638 ЦК договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. 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. Можемо констатувати, що відповідно до норм цивільного законодавства зміст кредитного договору будуть становити предмет кредитного договору, сторони, умови щодо строків повернення кредиту, а також розмір процентів та всі інші умови, щодо яких сторони досягли згоди при укладанні даного виду договору та які не суперечать вимогам чинного законодавства. Ч. 3 ст. 1056 ЦК України закріплює положення про те, що у разі порушення позичальником встановленого кредитним договором обов'язку цільового використання кредиту кредитодавець має право відмовитися від подальшого кредитування позичальника за договором. Тобто, сторони за спільною згодою можуть визначити умову про цільове використання кредиту як істотну. Якщо звернутися до Господарського кодексу України (далі – ГК) [10], то ч. 2 ст. 345 закріплює положення, що кредитні відносини здійснюються на підставі кредитного договору, що укладається між кредитором і позичальником у письмовій формі. У кредитному договорі передбачаються мета, сума і строк кредиту, умови і порядок його видачі та погашення, види забезпечення зобов'язань позичальника, відсоткові ставки, порядок плати за кредит, обов'язки, права і відповідальність сторін щодо видачі та погашення кредиту. Стаття 180 ГК закріплює істотні умови господарського договору. Зміст господарського договору становлять умови договору, визначені угодою його сторін, спрямованою на встановлення, зміну або припинення господарських зобов'язань, як погоджені сторонами, так і ті, що приймаються ними як обов'язкові умови договору відповідно до законодавства. Господарський договір вважається укладеним, якщо між сторонами у передбачених законом порядку та формі досягнуто згоди щодо усіх його істотних умов. Істотними є умови, визнані такими за законом чи необхідні для договорів даного виду, а також умови, щодо яких на вимогу однієї із сторін повинна бути досягнута згода. При укладенні господарського договору сторони зобов'язані у будь-якому разі погодити предмет, ціну та строк дії договору.

З аналізу норм законодавства ми бачимо, що ГК України та ЦК України закріплюють перелік істотних умов щодо кредитного договору, які дещо різняться, але в будь-якому випадку сторони самостійно на власний розсуд визначають ті умови при укладанні договору, які будуть обов'язковими для виконання, головне, щоб вони не суперечили нормам чинного законодавства.

Деякі автори називають предмет договору абсолютною істотною умовою для будь-якого договору [1, с.29]. З таким твердженням, на нашу думку, можна цілком погодитись. А отже, необхідно з'ясувати, що є предметом кредитного договору. Умова про предмет кредитного договору є істотною тому, що таке положення випливає із загального визначення як цивільно-правового договору, так і кредитного договору (ст. 1054 ЦК України). Відповідно до ч.1 ст. 626 ЦК України договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Тобто, коли сторони укладають між собою договір, вони обумовлюють, на який предмет спрямовані дії, що встановлюють для них права та обов'язки.

З визначення поняття кредитного договору (ст. 1054 ЦК України) випливає, що предметом кредитного договору є дії суб'єктів договору, спрямовані на надання і повернення грошових коштів. Отже, щоб визначити предмет кредитного договору, необхідно вказати скільки грошей і яким способом кредитодавець передає позичальнику, а останній їх повертає. Ця ознака відрізняє кредитний договір від договору позики, предметом якого можуть бути як грошові кошти, так і речі, визначені родовими ознаками. Поняття комерційного кредиту викладено у ст. 1057 ЦК України і ним є договір, виконання якого пов'язане з передаванням у власність другій стороні грошових коштів або речей, які визначаються родовими ознаками, може передбачатися надання кредиту як авансу, попередньої оплати, відстрочення або розстрочення оплати товарів, робіт, або послуг.

Предметом кредитного договору є грошові кошти в національній або іноземній валюті. Кредити в іноземній валюті надаються резидентам України та юридичним особам-нерезидентам – банківським установам. Іноземна валюта також може бути предметом кредитного договору при дотриманні вимог, встановлених чинним законодавством, насамперед Законом "Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті" [12] (1994 р. №185/94-ВР), та Декретом Кабінету Міністрів України "Про систему валютного регулювання і валютного контролю" [15] від 19 лютого 1993 року.

Відповідно до Постанови Правління Національного Банку України "Про затвердження Положення про порядок отримання резидентами кредитів, позик в іноземній валюті від нерезидентів і надання резидентами позик в іноземній валюті нерезидентам" [16] від17.06.2004 р. № 270 резиденти (юридичні особи, фізичні особи – суб'єкти підприємницької діяльності, фізичні особи) (далі – резиденти-позичальники) можуть одержувати кредити, позики, у тому числі поворотну фінансову допомогу в іноземній валюті (далі – кредити), від нерезидентів відповідно до договорів та в порядку, установленому цим розділом.

Практика укладання кредитних договорів свідчить про предмет (грошові кошти) кредитного договору як в національній, так і в іноземній валюті. Виникає багато судових спорів щодо предмету та сплати відсотків за кредитним договором. Так, наприклад, у одній із справ за позовом про визнання кредитного договору недійсним та застосування наслідків визнання правочину недійсним позивач обгрунтовував позовні вимоги тим, що предмет кредитного договору був визначений в іноземній валюті і не містив грошового еквіваленту в національній валюті. Розрахунки за договором здійснювалися в доларах США, відповідач та позивач не мали документів, які б підтверджували наявність індивідуальної ліцензії, а тому використання долару США як засобу платежу за кредитним договором суперечило законодавству. Крім того, позивач вважав кредитний договір таким, що суперечить вимогам Закону України "Про захист прав споживачів" [13] в частині встановлення додаткової оплати в розмірі 1% від суми кредиту за дії, що не є послугою. Також позивач вважав, що умови кредитного договору порушують принцип справедливості. Зазначені обставини, на думку позивача, були підставою для визнання кредитного договору недійсним, тому позивач просив визнати недійсним кредитний договір № 1801/0508/71-074 та застосувати наслідки визнання правочину недійсним, зобов'язати сторони повернути одна одній у натурі все, що ними отримано на виконання договору і з врахуванням зарахування зустрічних зобов'язань стягнути з відповідача на користь позивача 120571 грн. 32 коп., що еквівалентно 5370,27 доларів США [19]. Суд відмовив у задоволенні позову. Позиція суду обгрунтовувалася наступним. Виходячи зі змісту

ст. 1054, 1055, 572 ЦК України, сторони кредитного договору узгодили всі істотні умови, необхідні для договорів даного виду. Підписуючи кредитний договір, позивач достовірно знав, що він зобов'язується сплачувати кредитні платежі та проценти у доларах США. Хоча чинним законодавством України не передбачений стабільний курс долара США до національної валюти – гривні, норми окремих законодавчих актів (ст. 36 Закону України "Про Національний банк України" [11], ч. 1 ст. 8 Декрету Кабінетів Міністрів України "Про систему валютного регулювання та валютного контролю" [15], норми Положення про встановлення офіційного курсу гривні до іноземній валют та курсу банківських металів, затвердженого постановою Правління Національного Банку України № 496 від 12.11.2003 р. [17],) передбачають порядок встановлення офіційного курсу гривни до іноземних валют. Аналіз згаданих норм став підставою для висновку суду про те, що стабільність курсу гривні до іноземних валют законодавчо не закріплена.

Відтак, сторони за кредитним договором (перш за все позичальник) повинні були усвідомлювати, що курс національної валюти України до долара США не є незмінним, та те, що зміна цього курсу можливо настане, а тому повинні були передбачити та врахувати підвищення валютного ризику за цим договором.

На думку суду (яку ми повністю підтримуємо), зміна курсу гривні по відношенню до долара США не є тією обставиною, істотну зміну якої не могли передбачити сторони. Таку позицію і прийняв суд.

Щодо іншої істотної умови кредитного договору, а саме сторін кредитного договору, то виходячи зі змісту ст. 1054 ЦК, ними є банк або інша фінансова установа (кредитодавець) та позичальник. Кредитодавцем у кредитному договорі виступає тільки спеціальний суб'єкт – банк або інша фінансова установа. Однак не всі фінансові установи можуть надавати кредити, оскільки законодавство України встановлює для фінансових установ спеціальну правосуб'єктність і можливість здійснення лише декількох видів діяльності, які є виключними для фінансових установ. Відповідно до діючого законодавства України кредити в Україні на підставі виданих ліцензій можуть надавати тільки дві фінансові установи – банки та кредитні спілки. Відповідно до ст. 47 Закону № 2121-III [14] операції, визначені пунктами 1–3 ч. 1 цієї статті (у тому числі розміщення залучених коштів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик), належать до виключно банківських операцій, здійснювати які дозволяється тільки юридичним особам, які мають банківську ліцензію. Зважаючи на вищенаведене, Верховний Суд України у своєму висновку щодо судової практики розгляду цивільних справ, що виникають з кредитних правовідносин [18] дійшов висновку, що кредитування здійснює саме банк, який отримав відповідну ліцензію, а не його структурні одиниці (відділення, філії). Проте, якщо структурній одиниці надано відповідні повноваження (згідно з положенням, статутом, довіреністю), то вона має право укладати кредитні договори від імені банку. Стороною за договором у таких випадках є банк, а не його структурна одиниця. І саме банк (а не його структурна одиниця) має бути стороною у справі. У зв'язку з цим неправильною є судова практика, коли суди визнають стороною у цій категорії справ структурні банківські підрозділи, а не сам банк як юридичну особу.Кредитодавцем можуть бути також страхові організації та кредитні спілки, проте вони з огляду на особливості їх правового статусу не мають права переводити борг чи відступати правові вимоги за кредитним договором. Позичальником за кредитним договором може бути будь-яка фізична чи юридична особа, яка володіє правосуб'єктністю.

Кредитодавець має право відмовитися від надання позичальникові передбаченого договором кредиту частково або в повному обсязі у разі порушення процедури визнання позичальника банкрутом або за наявності інших обставин, які явно свідчать про те, що наданий позичальникові кредит своєчасно не буде повернений, а також він має право відмовитись від подальшого кредитування позичальника у разі нецільового використання кредитних коштів. Позичальник має право відмовитися від одержання кредиту частково або в повному обсязі, повідомивши про це кредитодавця до встановленого договором строку його надання, якщо інше не встановлено договором або законом. Тип процентної ставки (фіксована або змінювана) визначається кредитним договором, розмір процентів, порядок їх сплати визначаються в договорі залежно від кредитного ризику, наданого забезпечення, попиту і пропозицій, які склалися на кредитному ринку, строку користування кредитом, розміру облікової ставки та інших факторів. Фіксована процентна ставка є незмінною протягом усього строку кредитного договору. Встановлений договором розмір фіксованої процентної ставки не може бути збільшено банком в односторонньому порядку. Умова договору щодо права банку змінювати розмір фіксованої процентної ставки в односторонньому порядку є нікчемною. У разі застосування змінюваної процентної ставки у кредитному договорі повинен визначатися максимальний розмір збільшення процентної ставки. В такому випадку кредитор самостійно, з визначеною у кредитному договорі періодичністю, має право збільшувати та зобов'язаний зменшувати процентну ставку відповідно до умов і в порядку, встановлених кредитним договором. Кредитодавець зобов'язаний письмово повідомити позичальника, поручителя та інших зобов'язаних за договором осіб про зміну процентної ставки не пізніш як за 15 календарних днів до дати, з якої застосовуватиметься нова ставка. У кредитному договорі встановлюється порядок розрахунку змінюваної процентної ставки із застосуванням погодженого сторонами індексу. Порядок розрахунку змінюваної процентної ставки повинен дозволяти точно визначити розмір процентної ставки за кредитом на будь-який момент часу протягом строку дії кредитного договору. Кредитор не має права змінювати встановлений кредитним договором порядок розрахунку змінюваної процентної ставки без згоди позичальника. В разі прострочення повернення чергової частини коштів позикодавець має право вимагати дострокового повернення частини коштів, що залишилася, та сплати належних йому процентів.

Згідно Постанови Пленуму Вищого Спеціалізованого Суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 30.03.2012 р. №5 "Про практику застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають із кредитних правовідносин"[20] вимога про дострокове виконання кредитного договору навіть у разі належного його виконання, а якщо вимогу не буде задоволено – право звернення стягнення на предмет застави/іпотеки може бути заявлено заставодержателем лише в чітко визначених законом або договором випадках, наприклад при передачі заставодавцем/іпотекодавцем предмета застави/іпотеки іншій особі без згоди заставодержателя, якщо одержання такої згоди було необхідним (ч. 2 ст. 586, п. 2 ч. 2 ст. 592 ЦК); порушення обов'язків, установлених іпотечним договором (частина перша статті 12 Закону

України "Про іпотеку"[21]); порушення споживачем умов договору про надання споживчого кредиту (ч. 10 ст. 11 Закону України "Про захист прав споживачів" [13]).

В свою чергу, позичальник має право оспорити договір кредиту на тій підставі, що грошові кошти насправді не були одержані ним від кредитодавця або були одержані у меншій кількості, ніж встановлено договором.

Однією з істотних умов укладання кредитного договору, яка має бути чітко виписана в договорі та на яку суд повинен звертати увагу, є сплата процентів на грошову суму, отриману в кредит. Проценти, сплачувані позичальником за користування кредитом, за своїм характером є встановленою договором платою за користування грошовими коштами, а не неустойкою, яка є не тільки способом забезпечення виконання зобов'язань, а також й однією з форм цивільно-правової відповідальності.

Підсумовуючи все вище наведене, дійшли до висновку, що істотними умовами кредитного договору є умови про предмет, сторони, строк дії договору, суму процентів, обов'язки сторін по видачі та поверненню кредитних коштів відповідно, всі інші умови, які сторони погодили при укладанні кредитного договору, в тому числі, наприклад, щодо цільового використання кредитних коштів, головне, щоб вони не суперечили вимогам чинного законодавства. І тоді мова буде йти в кожному окремому випадку про істотні умови кредитного договору, коли сторони включили дані умови в зміст договору при його укладенні.

Список використаних джерел

1. *Бабіч І.* Проблема визначення поняття "предмет договору" у цивільному праві та цивільному законодавстві // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 12. – С.28-34.

2. *Васильев Е.А.* Гражданское и торговое право зарубежных государств: учебник / Васильев Е.А., Комаров А.С. 4-е изд., перераб. и доп. В 2-х т. – Т. 1. – М.: Международные отношения, 2008. – 560 с.

3. *Голышев В.Г.* Сделки в кредитной сфере //Актуальные проблемы банковского права. – 2000. – № 3.

4 *Иоффе О.С.* Обязательственное право. – М., "Юридическая литература". 1975. – 880 с.

5. *Сібільов М.* Зміст цивільно-правового договору // Вісник Академії правових наук. – 2003. – Вип.1.

6. Советское гражданское право: Учебник: В 2-х ч. – Ч.1 /Под ред. О.А. Красавчикова. – М., 1985.

7. Советское гражданское право. Ученик. – Т. 2 / Отв. ред. В.А. Рясенцев. – М., 1976.

8. *Шевченко Л., Шевченко Е.* Теоретические и практические проблемы определения содержания гражданско-правовых договоров и круга их существенных условий // Хозяйство и право. – 2006. – № 12. – С.26-32.

9. Цивільний кодекс України: закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15/paran4932#n4932.

10. Господарський кодекс України: закон України від 16.01.2003 р. № 436-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/436-15.

11. Про Національний банк України: закон України від 20.05.1999 р. № 679-XIV [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/679-14.

12. Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті: закон України від 23.09.1994 р. № 185/94-ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/185/94-%D0%B2%D1%80.

13. Про захист прав споживачів: закон України від 12.05.1991 р. № 1023-XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1023-12.

14. Про банки та банківську діяльність: закон України від 07.12.2000 р. № 2121-III [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2121-14.

15. Про систему валютного регулювання і валютного контролю: Декрет Кабінету Міністрів України від 19.02.1993 р. № 15-93 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/15-93.

16. Про затвердження Положення про порядок отримання резидентами кредитів, позик в іноземній валюті від нерезидентів і надання резидентами позик в іноземній валюті нерезидентам: Постанова Правління Національного банку України від 17.06.2004 р. № 270 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0885-04/conv.

17. Про затвердження Положення про встановлення офіційного курсу гривні до іноземних валют та курсу банківських металів: Постанова Правління Національного банку України від 12.11.2003р. № 496 [Електронний ресурс]. – Режим доступу:http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z1094-03.

18. Судова практика розгляду цивільних справ, що виникають з кредитних правовідносин: Верховний Суд України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/3adf2d0e52f68d76c2256c080037bac9/f7b77ddb0b200007c22577f200512993?OpenDocument.

19. Справа № 591/3157/15-ц від 31.08.2015 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://reyestr.court.gov.ua/Review/49328032.

20. Про практику застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають із кредитних правовідносин: Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 30.03.2012 р. № 5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v0005740-12.

21. Про іпотеку: закон України від 05.06.2003 р. № 898-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/898-15.

Надійшла до редколегії 04.08.15

Л. Грыныk, асп.
Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Киев, Украина

СОДЕРЖАНИЕ КРЕДИТНОГО ДОГОВОРА

В статье рассматриваются научные подходы к содержанию кредитного договора, проанализированы действующее законодательство и судебная практика по определению существенных условий данного вида гражданско-правового договора, определены существенные условия кредитного договора, к которым отнесены: условия о предмете, стороны, срок действия договора, сумму процентов, обязанности сторон по выдаче и возврату кредитных средств соответственно, все остальные условия, которые стороны согласовали при заключении кредитного договора, в том числе, например, относительно целевого использования кредитных средств, главное, чтобы они не противоречили требованиям действующего законодательства.

Ключевые слова: кредитный договор, содержание кредитного договора, существенные условия кредитного договора.

L.Grynyk, postgraduate student
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

CONTENTS CREDIT AGREEMENT

In the article scientific approaches to the content of the credit agreement, analyzes current legislation and jurisprudence on the definition of essential terms of this type of civil contract, defines the essential terms of the loan agreement, which include: the conditions of the subject, the parties, the term of the contract, the amount of interest obligations of the parties on the issue and return of loan funds under all other conditions that the parties agreed at the conclusion of the credit agreement, including, for example, regarding the intended use of loan funds, as long as they do not contradict the requirements of current legislation.

Keywords: credit agreement, the content of the credit agreement, the essential terms of the loan agreement.

УДК 343.1

О. Глущенко, начальник сектору з правової роботи
відділу супроводження проектів ТОВ "ДЕКСТЕР"

ПОНЯТТЯ, СУТНІСТЬ ТА МІСЦЕ МЕДІАЦІЇ В СИСТЕМІ МЕХАНІЗМІВ ВІДНОВНОГО ПРАВОСУДДЯ

Стаття присвячена аналізу концепції відновного правосуддя, виокремленню програм альтернативного вирішення конфліктів, які вплинули на формування такої концепції, дослідженню різних підходів до тлумачення поняття медіації. На основі проведеного дослідження сформульоване власне визначення даного поняття, зроблено висновок про те, що інститут медіації є сучасним інструментом вирішення кримінально-правового конфлікту, який має глибинне історичне коріння, застосовується в багатьох країнах світу. Передумовою запровадження цього інститут в Україні є закріплення в Кримінальному процесуальному кодексі України інституту угоди про примирення та інституту угоди про визнання винуватості.

Ключові слова: концепція відновного правосуддя, програми альтернативного вирішення конфліктів, медіація, інструмент вирішення кримінально-правових конфліктів.

На сьогоднішній день надзвичайно актуальною є проблема впровадження в кримінальний процес України механізмів відновного правосуддя, які досить тривалий час використовуються у багатьох країнах світу. Концепція відновного правосуддя сформувалась як альтернатива традиційному кримінальному переслідуванню, яке на даному етапі суспільного розвитку не дозволяє повною мірою ефективно вирішити кримінально-правовий конфлікт та належним чином захистити права потерпілого в кримінальному процесі.

Оскільки для нашої країни інститут медіації є новим, а в країнах Західної Європи та Північної Америки цей інститут широко використовується, то закономірним є те, що значна частина наукової літератури і публікацій, які присвячені проблемам медіації написана саме західними вченими. Окремі аспекти застосування механізмів відновного правосуддя, зокрема медіації, були об'єктом дослідження російських вчених, а саме Г. А. Арутюнян, Ю. С. Колянікової, А. М. Понясюка та інших. У вітчизняній літературі немає комплексного дослідження, присвяченій цій проблематиці, проте є ряд робіт, які стосуються загальних аспектів відновного правосуддя. Цю тему досліджували О. І. Виноградова, М. О. Карпенко, О. В. Перепадя, А. Р. Туманянц, А. М. Ященко та інші.

Концепція відновного правосуддя являє собою сукупність вчень про способи реагування на протиправні діяння, в основі яких лежить ідея про необхідність примирення сторін конфлікту, який виник в результаті протиправного діяння, з метою відновлення нормального порядку, який існував до вчинення діяння, задоволення інтересів сторони, якій спричинена шкода, а також виправлення і ресоціалізації особи, яка скоїла таке діяння [1, с. 11].

Сутність концепції відновного правосуддя полягає в напрацюванні дієвого механізму вирішення кримінально-правового конфлікту на рівні конкретних міжособистісних стосунків за участі спеціальних суспільних чи державних органів примирення, який би забезпечив реальне примирення між потерпілим і підозрюваним або обвинуваченим при дотриманні визначених на законодавчому рівні принципів і процедур.

У країнах Західної Європи, зокрема у Великобританії, можливість та необхідність застосування програм альтернативного вирішення спорів з'явилась лише у 80-х рр. XX століття.

Серед вчених та юристів-практиків США обговорення щодо можливості запровадження в судову систему США альтернативного способу вирішення будь-якого конфлікту, який намагаються вирішити дві сторони незалежно від підвідомчості та підсудності, почалися на початку 90-років XX століття. Медіація, у свою чергу, зайняла провідне місце як один із способів досягнення консенсусу [2, с.96].

Саме під впливом програм альтернативного вирішення кримінально-правового конфлікту, які існували в США, Канаді та країнах Західної Європи, й сформувалась концепція відновного правосуддя. До таких програм можна віднести наступні:

1. "Victim-Offender Reconciliation Programs (VORPs)" – програми, що були вперше представлені у 1974 році в Канаді та у 1977 році в США. Ці програми були засновані на принципах обміну та діалогу та передбачали зустрічі жертв злочинів та правопорушників в присутності нейтральної третьої сторони, які зазвичай проводилися перед винесенням вироку. Основною метою VORP було відновлення "правильних взаємин". які повинні існувати між двома сторонами [3, с.31].

2. "Prisoners Rights and Alternatives to Prisons" – програма, що закликала розглядати правопорушників перш за все як жертв соціального байдужості, расової та гендерної дискримінації. Відповідно до умов цієї програми її учасники намагалися змінити умови утримання у в'язницях, мінімізувати використання тюремного ув'язнення і навіть зовсім його скасувати. У цьому контексті Фей Хоні Кнопп та інші прихильники цієї програми сподівалися побудувати "дбайливе суспільство", що дбає про жертв злочинів і правопорушників [4, с.6].

3. "Victim – Offender Mediation (VOM)" – програма, яка передбачає особисті зустрічі жертв злочинів і правопорушників. Модель даної програми була схожа на модель VORP, проте за цією програмою була передбачена можливість брати участь в зустрічах не тільки жертви і правопорушники, але й інші особи, особливо в тих випадках, коли розглядалися справи про серйозні правопорушення. Програми VOM почали застосовуватись у Великобританії та інших країнах Західної Європи наприкінці 70-х і 80-х років, особливо активно вони застосовувались в сфері ювенальної юстиції [4, с.8].

4. "Sentencing Circles" – програма, яка вперше з'явилась у 80-х рр. XX століття в Канаді як частина політики індіанських громад по відношенню до своїх злочинців. Основними цілями даної програми було визначено: вирішення конфліктів, відновлення порядку і гармонії, "зцілення" правопорушника, жертви і суспільства. Дана програма передбачала участь у зустрічах великої кількості осіб, зокрема участь жертв злочинів, членів їхніх сімей, а також членів сімей та друзів злочинця, членів місцевого співтовариства. Метою таких зустрічей було вираження реакції на негідну поведінку і накладення відповідних санкцій, які б задовольнили інтереси усіх сторін. Дана програма отримала розповсюдження і серед неіндійського населення Канади і США, наприклад афро-американців Міннесоти [4, с.10].

Вперше визначення поняття "відновне правосуддя" дав Тоні Маршалл, він наголошував, що "відновне правосуддя – це процес, у відповідності до якого усі

© Глущенко О., 2015

сторони – учасники конкретного правопорушення зустрічаються для колективного вирішення питання, що робити з наслідками правопорушення та їхнім впливом на майбутнє [5, с.37].

На сьогодні найбільш повно поняття "відновного правосуддя" визначено в резолюції Економічної і соціальної Ради ООН, де зазначається, що під "відновним процесом" необхідно розуміти будь-який процес, в якому жертва і злочинець, і, при необхідності, будь-які інші особи або члени громади, постраждалі від будь-якого злочину, активно разом беруть участь у врегулюванні питань, що виникають в результаті злочину, як правило, за допомогою посередника. Відновлювальні процеси можуть включати медіацію, примирення, конференції та кола правосуддя [6].

На мій погляд, можна стверджувати, що одним із найбільш ефективних механізмів відновного правосуддя є медіація, яка в багатьох країнах світу успішно використовується, зокрема й для розв'язання кримінально-правового конфлікту. В Україні питання запровадження цього інституту в кримінальний процес перебуває на стадії обговорення і на даний час в Україні цей інститут розглядається здебільшого в теорії.

Термін "медіація" має латинське походження і в перекладі на українську мову означає "посередництво", проте в обігу та наукових джерелах використовується саме термін "медіація". Треба зауважити, що науковці розробили велику кількість варіантів тлумачення поняття "медіація", розглянемо деякі з них.

Ю. С. Коляснікова дає загальне визначення медіації і вважає, що медіацію можна визначити як добровільну процедуру врегулювання конфлікту його сторонами за участі нейтральної і незалежної особи (посередника), який надає допомогу у врегулюванні конфлікту [7, с. 23].

А. П. Гуськова та Д. В. Маткіна зазначають, що медіація – це позасудове врегулювання спорів між суб'єктами за участю незаінтересованої сторони; один із неформальних способів вирішення конфліктів – процес, в якому сторони зустрічаються разом з обраним, безпристрасним, нейтральним спеціалістом – медіатором (посередником), який допомагає вести переговори з метою напрацювання взаємоприйнятного життєздатного рішення в умовах існуючих між ними відмінних інтересів [8, с. 11].

З огляду на те, що медіація як механізм вирішення конфлікту може застосовуватись у багатьох сферах суспільного життя, то й визначень цього поняття, з урахуванням специфіки та особливостей певної конкретної сфери, може бути безліч. Оскільки предметом цього дослідження є інститут медіації як механізм вирішення саме кримінально-правових конфліктів, то нижче розглянемо підходи до розуміння цього поняття саме в цій сфері.

В Рекомендаціях №R (99) 19, прийнятих Комітетом Міністрів Ради Європи 15 вересня 1999 року, медіація визначається як процес, в якому жертві та правопорушнику, у випадку їхньої згоди, надаються можливості брати активну участь у вирішенні питань, пов'язаних зі злочином, який стався, за допомогою нейтральної третьої сторони (медіатора) [9, с.51].

М. О. Карпенко та А. Р. Туманянц розглядають медіацію у кримінальних справах як передбачену спеціальним законом процедуру вирішення конфлікту між потерпілим та підозрюваним, обвинуваченим, підсудним, засудженим за участю медіатора, яка спрямована на примирення сторін та досягнення згоди щодо відшкодування завданої злочином шкоди [10, с.264].

На думку Г. А. Арутюнян медіація це процедура, в рамках якої незалежна і неупереджена третя особа – посередник (медіатор) – приймає участь в вирішенні кримінально-правового конфлікту між особою, яка вчинила протиправне діяння, і особою, якій протиправним діянням була спричинена шкода, з метою примирення сторін і знаходження взаємоприйнятного рішення з питань відшкодування шкоди, спричиненої протиправним діянням, а також іншим питанням, які можуть виникнути при вирішенні кримінально-правового конфлікту, на основі добровільного волевиявлення сторін, і яка може спричинити юридичні наслідки для сторін кримінально-правового конфлікту в рамках провадження по кримінальній справі [1, с. 11-12].

А. М. Понясюк відносить медіацію до процедур примирення. На його думку медіація являє собою врегулювання юридичного спору сторонами при сприянні нейтрального посередника (медіатора), який покликаний сприяти примиренню сторін і досягненню ними згоди [11, с. 12].

Кожне із наведених вище розумінь медіації безперечно має право на існування і свідчить про наявність різних підходів до його визначення, зокрема загального та спеціалізованого, які акцентують увагу на різних його аспектах, що дозволяє скласти найбільш повне уявлення про сутність цього інститут. Незалежно від підходу, спільним є висновок про те, що медіація являє собою процедуру врегулювання спору між сторонами при сприянні третьої особи (медіатора), метою якої є примирення сторін.

Таким чином, медіацію у кримінальному процесі, на мою думку, можна визначити як добровільну процедуру вирішення кримінально-правового конфлікту між потерпілим і підозрюваним/обвинуваченим при сприянні професійного посередника (медіатора) з метою примирення сторін і досягнення ними згоди щодо відшкодування шкоди, спричиненої протиправним діянням.

На законодавчому рівні інститут медіації комплексної регламентації на сьогоднішній день не отримав, проте однією з новел Кримінального процесуального кодексу України, прийнятого у 2012 році, став інститут угод про примирення сторін та інститут угоди про визнання винуватості. Закріплення в Кримінальному процесуальному кодексі України вищезазначених інститутів стало результатом імплементації позитивного зарубіжного досвіду. Важливою умовою укладення згаданих вище угод є єдність волі і волевиявлення, угода засвідчує досягнення компромісу між сторонами угоди на підставі їх добровільного волевиявлення, який полягає у взаємних поступках між сторонами угоди, з метою вирішенням кримінально-правового спору.

Впровадження в кримінальний процес України інститутів угоди про примирення сторін та угоди про визнання винуватості є позитивним кроком у забезпеченні досягнення ефективності кримінального судочинства та в напрямку розвитку в Україні альтернативних способів вирішення кримінально-правових конфліктів. Факт закріплення можливості примирення сторін в кримінальному процесі безперечно можна вважати першим етапом становлення механізмів відновного правосуддя в Україні.

Необхідність законодавчої регламентації процедури примирення (медіації) обумовлена не лише світовими тенденціями до її застосування, але й визнана науковцями, в якості пріоритетного напрямку розвитку кримінального процесуального законодавства України.

За останні два роки в Україні розроблено декілька законопроектів, які спрямовані на визначення правових засад впровадження та застосування процедури медіації в будь-яких спорах, в тому числі й в кримінальних провадженнях, а також закріплення правового статусу медіатора, окреслення умов здійснення ним посередницької діяльності для вирішення конфлікту.

В цьому контексті треба згадати про проект Закону України "Про медіацію". У 2013 році з законодавчою ініціативою щодо законодавчого регулювання інституту медіації та регламентації незалежної діяльності медіатора (посередника), зокрема й в рамках кримінального процесу, виступив народний депутат України Федорчук Я. П., який разом з авторським колективом розробив відповідний законопроект, що був зареєстрований за № 2425а. Даний законопроект 6 лютого 2014 року був включений до порядку денного Верховної Ради України, проте вже 27 листопада 2014 року він був відкликаний суб'єктом законодавчої ініціативи [12].

В запропонованій народними депутатами України редакції проекту Закону України "Про медіацію" передбачалось, що у кримінальному провадженні за результатами проведеної медіації можуть бути укладені угода про примирення між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим або угода між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим про визнання винуватості [12].

Інститут угоди про примирення між потерпілим та підозрюваним або обвинуваченим та інститут угоди між прокурором та підозрюваним або обвинуваченим про визнання винуватості, як вже зазначалось вище, знайшли своє відображення в чинному Кримінальному процесуальному кодексі України, проте процесуальний закон наразі не передбачає можливості участі в процесі обговорення та досягнення компромісу щодо укладення таких угод незалежної незацікавленої особи – медіатора.

Альтернативний проект вищезазначеному законопроекту було подано народними депутатами України Ківаловим С.В., Развадовським В.Й., Махніцьким О.І., зареєстрований за №2425а-1 [13]. Даний законопроект в подальшому за результатами розгляду в комітетах було рекомендовано Головним науково-експертним управлінням Апарату Верховної Ради України та Комітетом з питань верховенства права та правосуддя Верховній Раді Україні прийняти за основу, проте 28 лютого 2014 року проект був відкликаний суб'єктом законодавчої ініціативи.

В березні 2015 року народними депутатами України Шкрум А. І., Сироїд О. І., Береза Б. Ю., Луценко І. Д. та іншими було подано ще один проект Закону України "Про медіацію", зареєстрований за №2480, який 3 червня 2015 року включено до порядку денного сесії Верховної Ради України [14]. Даний законопроект також передбачає можливість застосування механізму медіації в кримінальному процесі та закріплює необхідність оформлення її результатів у вигляді угоди про примирення.

На мою думку, запропонований проект потребує доопрацювання, уточнення змісту запропонованих норм та осмислення практичної реалізації викладених у ньому положень, проте, безперечно, він є вагомим кроком до еволюції вітчизняного кримінального процесу в напрямку втілення концепції відновного правосуддя та становлення інституту медіації в якості самостійного механізму вирішення кримінально-правових конфліктів.

Отже, інститут медіації є сучасним інструментом вирішення кримінально-правового конфлікту, має одночасно глибинні історичні коріння та новизну для сучасного суспільства, а також застосовується в багатьох країнах світу, не зважаючи на різні системи права та правові традиції.

Повноцінне запровадження інституту медіації в кримінальний процес України сприятиме прискоренню здійснення кримінального провадження, зменшенню навантаження на правоохоронну та судову системи, зумовить зменшення витрат коштів державного бюджету на їхнє утримання.

Список використаних джерел

1. Арутюнян А. А. Медиация в уголовном процессе: автореф.дис. на соискание науч. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 "Угловный процесс, криминалистика; оперативно-розыскная деятельность" / А. А. Арутюнян. – Москва, 2012. – 30с.
2. Александренко О. В. Інститут угоди про примирення у кримінальному процесі України / О. В. Александренко, А. В. Титко. // Юридична наука. – 2013. – №2. – С. 94–101.
3. Zehr H. Th e Little Book of Restorative Justice. Intercourse / Howard Zehr., 2002. – 150 p. – (PA: Good Books).
4. Daly K. The past, present, and future of restorative justice: some critical reflections / K. Daly, R. Immarigeon. // The Contemporary Justice Review. – 1998. – №1. – p. 1–45.
5. Marshall T. Criminal Mediation in Great Britain 1980-1990 / T. Marshall. // European Journal on Criminal Policy and Research. – 1996. – №4. – p. 36–39.
6. United Nations Economic and Social Council Resolution 2002/12 "Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters" [Електроннийресурс]. – 2002. – Режимдоступудоресурсу: https://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf.
7. Колясникова Ю. С. Примирительные процедуры в арбитражном процессе: дис. на соискание науч. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.15 "Гражданский процесс; арбитражный процесс"/ Ю. С. Колясникова. – Екатеринбург, 2009. – 240 с.
8. Гуськова А. П., Маткина Д. В. Медиация в уголовном процессе// Российский судья. – 2009. – №2. – С. 10-18.
9. Рекомендація №R (99) 19 від 15.09.1999 року Комітету міністрів Ради Європи державам-членам "Про медіацію в кримінальних справах" // Відновне правосуддя в Україні: Щоквартальний бюлетень. – 2005. – №1-2. – С. 50-53.
10. Карпенко М. О., Туманянц А. Р. Деякі питання впровадження ідеї відновного правосуддя в кримінально-процесуальне законодавство України // Університетські наукові записки. -2006. – №2(18). – С. 260-264
11. Понясюк А. М. Участие адвоката в урегулировании юридических споров посредством: автореф.дис. на соискание науч. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.11 "Судебная власть, прокурорский надзор, организация правоохранительной деятельности "/ А. М. Понясюк. – Москва, 2011. – 28 с
12. Проект Закону про медіацію [Електронний ресурс]: Законопроект №2425а від 26.06.2013 року. – Режим доступу: URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=47637. – Назва з екрану.
13. Проект Закону про медіацію [Електронний ресурс]: Законопроект №2425а-1 від 03.07.2013 року. – Режим доступу: URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=47710. – Назва з екрану.
14. Проект Закону про медіацію [Електронний ресурс]: Законопроект №2480 від 27.03.2015 року. – Режим доступу: URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=54558. – Назва з екрану.

Надійшла до редколегії 07.08.15

Е. Глущенко, начальник сектора по правовой работе отдела сопровождения проектов ООО "ДЕКСТЕР"

ПОНЯТИЕ, СУЩНОСТЬ И МЕСТО МЕДИАЦИИ В СИСТЕМЕ МЕХАНИЗМОВ ВОССТАНОВИТЕЛЬНОГО ПРАВОСУДИЯ

Статья посвящена анализу концепции восстановительного правосудия, выделению программ альтернативного разрешения конфликтов, которые повлияли на формирование данной концепции, исследованию различных подходов к толкованию понятия медиации. На основе проведенного исследования сформулировано собственное определение данного понятия, сделан вывод о том, что институт медиации является современным инструментом разрешения уголовно-правового конфликта, который имеет глубинные исторические корни, применяется во многих странах мира. Предпосылкой внедрения этого института в Украине является закрепление в Уголовном процессуальном кодексе Украины института соглашения о примирении и института соглашения о признании виновности.

Ключевые слова: концепция восстановительного правосудия, программы альтернативного разрешения конфликтов, медиация, инструмент разрешения уголовно-правовых конфликтов.

**O. Glushchenko, the Head of the Branch of Legal Work
of the Project Administration DepartmentLLC "DEXTER"**

**THE CONCEPT, ESSENCE AND PLACE OF MEDIATION
IN SYSTEM OF MECHANISMS OF RESTORATIVE JUSTICE**

The article is concerned with the analyzes the concept of restorative justice and devoted to the allocation of alternative dispute resolution programs that have influenced on the formation of the concept, also this article investigates different approaches to the interpretation of the mediation. On the basis of research was established own definition of the mediation and a conclusion that institute of mediation is a modern tool for resolution of criminal law conflicts, which has deep historical roots and is used in many countries around the world, was made.Enshrined of the institute of the reconciliation agreement and the institute of the agreement on guilt recognition in the Criminal Procedure Code of Ukraine is a precondition of implementation of this institute.

Keywords: concept of restorative justice, alternative dispute resolution programs, mediation, a tool for resolution of criminal law conflicts.

УДК 346.13

**О. Джуринський, асп.
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ**

ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ ДЖЕРЕЛ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА УКРАЇНИ

В статті розглядаються питання щодо поняття та видів джерел господарського права України. Звертається увага на недосконалість законодавчого визначення переліку джерел господарського права в Господарському кодексі України та вносяться пропозиції, спрямовані на його вдосконалення.

Ключові слова: джерела господарського права, міжнародний договір, звичаї ділового обороту, аналогія закону, аналогія права.

Одним із напрямів реалізації прагнення українського суспільства до побудови дійсно правової держави Україна є створення належної правової основи життєдіяльності державних органів, органів місцевого самоврядування, колективних утворень та окремих індивідів у різних сферах суспільного буття, що зумовлює потребу у поліпшенні нормотворчої діяльності української держави в особі її компетентних органів.

Зокрема, складний стан української економіки потребує вжиття оптимальних заходів виходу з тривалої економічної стагнації, у тому числі – удосконалення правового регулювання суспільних відносин, що складаються у процесі організації та здійснення господарської діяльності, якому, на наш погляд, сприятиме поглиблене теоретичне дослідження джерел господарського права.

Слід, однак, зазначити, що в науці господарського права України відсутні спеціальні комплексні дослідження проблематики джерел господарського права, зокрема визначення поняття "джерела господарського права". Неоднозначно вирішується питання і щодо видів зазначених джерел.

Як вбачається з огляду публікацій, в яких розглядаються питання, що стосуються правового регулювання господарських відносин, переважна більшість авторів зосереджує увагу на характеристиці актів господарського законодавства [1, с. 93-114; 2, с. 34-49; 3, с. 19-24].

Лише незначне коло вчених більш широко розглядають уявлення щодо джерел господарського права, включаючи до їх переліку не лише нормативно-правові акти господарського законодавства, а й інші, нетрадиційні (нетипові), джерела: нормативно-правовий договір, міжнародні договори, звичаї ділового обороту тощо [4, с. 12-16; 5, с. 29-33; 6, с. 36-40], як це, зазвичай, роблять представники інших галузей юридичної науки, досліджуючи проблематику джерел права загалом, чи його відповідних галузей зокрема.

Так, К.С. Хахуліна ще до прийняття Господарського кодексу України (далі – ГК України), виділивши за критерієм своєрідності способу формування права такі види джерел господарського права, як:

1) нормативно-правовий акт;
2) правовий звичай;
3) юридичний прецедент;
4) нормативний договір;
5) юридична доктрина [7, с. 43],

дійшла висновку щодо пріоритетного значення нормативно-правового акта (передусім закону) в регулюванні господарських відносин [7, с. 50].

Слід, однак, констатувати, що, незважаючи на окремі спроби висвітлити окремі джерела господарського права України, комплексні дослідження видів як традиційних, так і нетрадиційних джерел господарського права, та їх значення для правового регулювання господарських відносин в Україні відсутні. Винятком є дві статті Р.Б. Прилуцького [8; 9], в яких автор порушив проблему джерел господарського права і дав їм загальну характеристику.

Метою цієї статті є визначення поняття джерел господарського права України та уточнення їх переліку і на цій основі – формування пропозицій до ГК України, спрямованих на ефективне застосування для регулювання господарських відносин в Україні усіх відомих джерел господарського права.

В теорії права та в галузевих юридичних науках питання щодо поняття джерела права – "складного, багатостороннього і досить неоднозначного явища" [10, с. 45] – та його співвідношення з поняттям форми права відносяться до дискусійних, хоч і досить повно досліджених [11, с. 35-63]. Не вдаючись до аргументів, що їх наводять прихильники застосування того чи іншого терміну, намагаючись довести їх тотожність або відмінність, зазначимо, що для цілей цього дослідження ми виходитимемо з того, що форма права є об'єктивованим вираженням його змісту – правової норми чи іншого правила поведінки, які у сукупності складають систему джерел права.

Наприклад, в XIX ст. джерелами права називали такі дві форми права як закон і правовий звичай [12, с. 392].

Якщо звернутися до етимологічного значення слова "джерело", то воно означає те, що дає початок чомусь, звідки постає, черпається щось; основа чого-небудь, вихідне начало [13, с. 222; 13, с.240].

Виходячи з запропонованого Н.М. Пархоменко визначення поняття "джерело права" [11, с. 333], яке поділяє автор цієї статті, *під джерелами господарського права України* слід розуміти зовнішні форми існування норм господарського права у вигляді письмових документів (правових приписів), виданих у межах повноважень суб'єктів правотворчості, згідно зі спеціальною процедурою, що мають юридичну силу та обов'язко-

© Джуринський О., 2015

вість до виконання, відображають волю суб'єктів правотворчості та спрямовані на регулювання господарських відносин, що виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності між суб'єктами господарювання, а також між цими суб'єктами та іншими учасниками відносин у сфері господарювання.

Однією з головних причин зведення джерел господарського права лише до актів законодавства можна назвати положення ст. 7 ГК України, що називається "Нормативно-правове регулювання господарської діяльності". Згідно з цією статтею, відносини у сфері господарювання регулюються Конституцією України, цим Кодексом, законами України, нормативно-правовими актами Президента України та Кабінету Міністрів України, нормативно-правовими актами інших органів державної влади та органів місцевого самоврядування, а також іншими нормативними актами. Що стосується інших (нетрадиційних) джерел господарського права (передусім, міжнародних договорів України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України тощо), то ГК України про них навіть не згадує, що, на нашу думку, є невиправданим.

Обмеження в ГК України кола джерел господарського права лише нормативно-правовими актами господарського законодавства та іншими нормативними актами (під останніми розуміють, зокрема, установчі документи суб'єктів господарювання, державні стандарти, технічні умови [14, с. 20], з чим можна лише частково погодитися, але це предмет окремого дослідження. – О.Д.), яке було характерним для радянської доби формування і застосування господарського законодавства, в сучасних умовах розвитку правової системи України, поглиблення міжнародних економічних зв'язків, розширення зовнішньоекономічної діяльності суб'єктів господарювання видається необґрунтованим.

Прогалиною в господарському законодавстві слід визнати відсутність у ньому норм щодо можливості застосування звичаїв ділового обороту та аналогії права і аналогії закону, хоч зі змісту п.п. 2 і 4 Інформаційного листа Вищого господарського суду України від 7 квітня 2008 р № 01-8/211 "Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України" [15] випливає, що такі джерела мають враховуватися господарськими судами при вирішенні господарських спорів.

Викладене дає підстави для висновку щодо відсутності в ГК України чіткого і повного визначення переліку джерел господарського права, з яких у зазначеному кодексі названі лише нормативно-правові та нормативні акти. Це, так би мовити, традиційні джерела.

На думку Р.Б. Прилуцького, аналіз положень ГК України дозволяє виділити три самостійні джерела господарського права: 1) господарське законодавство; 2) договір; 3) звичай [16, с. 59].

Насправді коло джерел господарського права в Україні значно ширше і, крім актів законодавства, має, на нашу думку, охоплювати також: 1) міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, 2) нормативний договір, 3) звичаї ділового обороту (торгові звичаї), 4) рішення Європейського суду з прав людини, 5) рішення Конституційного Суду України.

Так, результатом досліджень проблеми джерел права став поділ їх на *традиційні* (закони та інші нормативно-правові акти) і *нетрадиційні* (нетипові), до яких, зазвичай, відносять судовий прецедент і судову практику, звичаї ділового обороту, принципи права, правову доктрину, договір тощо [17; 18].

Наприклад, згідно з ст. 17 Закону України від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV "Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини" [19] суди застосовують при розгляді справ Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. № ETS N 005 та практику Європейського суду з прав людини як джерело права.

На нашу думку, така редакція статті 17 зазначеного Закону дозволяє застосовувати Конвенцію і практику Європейського суду також сторонам та іншим учасникам судового процесу, у тому числі – учасникам господарських відносин.

Виходячи з цього, вважаємо за доцільне закріпити положення щодо окремих із зазначених джерел господарського права у ГК України, для чого доповнити статтю 7 частинами 2 і 3 такого змісту:

"2. Якщо у чинному міжнародному договорі України, укладеному у встановленому законом порядку, містяться інші правила, ніж ті, що встановлені відповідним актом господарського законодавства, застосовуються правила відповідного міжнародного договору України.

3. Господарські відносини можуть регулюватися звичаєм ділового обороту".

Крім того, з урахуванням співвідношення ЦК України і ГК України як загального і спеціального законів, видається за доцільне врегулювати в ГК України питання щодо застосування аналогії (як закону, так і права) при регулюванні господарських відносин. Для цього пропонуємо доповнити ГК України ст. 7-2 "Аналогія закону і аналогія права" такого змісту:

"1. Якщо господарські відносини не врегульовані цим Кодексом, іншими актами господарського законодавства або договором, вони регулюються тими правовими нормами цього Кодексу, інших актів господарського законодавства, що регулюють подібні за змістом господарські відносини (аналогія закону).

2. У разі неможливості використати аналогію закону для регулювання господарських відносин вони регулюються відповідно до загальних засад господарського права (аналогія права)".

Слід погодитися з О.В. Котом, на думку якого, забезпеченню вимоги щодо законності рішення господарського суду сприяло б доповнення ст. 4 Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України) частиною 6 такого змісту: "У разі відсутності законодавства, що регулює спірні відносини за участю суб'єктів господарювання України, господарський суд може застосувати аналогію закону або аналогію права" [20, с. 11].

Разом з тим, встановлення запропонованої норми лише в процесуальному законі могло б привести до колізії між ГК України і ГПК України. При цьому ми виключаємо застосування щодо господарських відносин, як загальної, ст. 8 ЦК України, оскільки в ній йдеться про цивільні відносини та про акти цивільного законодавства. Тому, з метою недопущення зазначеної колізії, пропонуємо доповнити ГК України ст. 7-2 "Аналогія закону і аналогія права" такого змісту:

"1. Якщо господарські відносини не врегульовані цим Кодексом, іншими актами господарського законодавства або договором, вони регулюються тими правовими нормами цього Кодексу, інших актів господарського законодавства, що регулюють подібні за змістом господарські відносини (аналогія закону).

2. У разі неможливості використати аналогію закону для регулювання господарських відносин вони регулюються відповідно до загальних засад господарського права (аналогія права)".

Потребує вирішення на законодавчому рівні висунута В.С. Щербиною [21, с. 6] і сформульована В.І. Тать-

ковим у вигляді пропозиції до законодавства [22, с. 8], ідея щодо одночасного внесення змін до ГК України у разі прийняття Верховною Радою України закону, який регулює господарські відносини інакше, ніж ГК України.

Отже, проведене у цій статті дослідження поняття та видів джерел господарського права України свідчить, з одного боку, про необхідність внесення змін і доповнень до чинного ГК України з метою більш повного врахування в ньому джерел правового регулювання господарських відносин, а з іншого – про потребу в подальших поглиблених теоретичних дослідженнях цієї проблематики. Особливої уваги дослідників потребують ті регулятори господарських відносин, що не знайшли закріплення в ГК України, проте знаходять все ширше застосування в умовах ринкової економіки.

Список використаних джерел

1. Щербина В.С. Господарське право: підручник / В.С. Щербина. – 6-е вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – 640 с.
2. Вінник О.М. Господарське право: навч. посіб. / О.М. Вінник. – 2-ге вид., змін. і допов. – К.: Правова єдність, 2008. – 766 с.
3. Мілаш В.С. Господарське право: Курс лекцій: У 2 ч. – Ч. 1 / В.С. Мілаш. – Х.: Право, 2008. – 496 с.
4. Господарське право України: Підручник / за ред. В.М. Гайворонського і В.П. Жушмана. – Х.: Право, 2005. – 384 с.
5. Господарське право: підручник / Д.В. Задихайло, В.М. Пашков, Р.П. Бойчук та ін.; за заг. ред. Д.В. Задихайла, В.М. Пашкова. – Х.: Право, 2012. – 696 с.
6. Хозяйственное право Украины: Учебник / Под ред. А.С. Васильева, О.П. Подцерковного. – Х.: ООО "Одиссей", 2005. – 464 с.
7. Хозяйственное право: Учебник / В.К. Мамутов, Г.Л. Знаменский, К.С. Хахулина и др.; Под ред. Мамутова В.К. – К.: Юринком Интер, 2002. – 912 с.
8. Прилуцький Р.Б. Джерела господарського права за чинним законодавством України / Р. Б. Прилуцький // Форум права. – 2010. – № 2. – С. 409-419. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.ua\eDjournals\FP\2010D2\10prbczu.pdf
9. Прилуцький Р.Б. Щодо джерел господарського права України / Р.Б. Прилуцький // Юридична наука. – 2012. – № 1. – С. 26-36.
10. Марченко М.Н. Источники права: учеб. пособие / М.Н. Марченко. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2006. – 760 с.
11. Пархоменко Н.М. Джерела права: проблеми теорії та методології. Монографія / Н.М. Пархоменко. – К.: ТОВ "Видавництво "Юридична думка"", 2008. – 336 с.
12. Ожегов С.И. Словарь русского языка: Ок. 57 000 слов / Под ред. докт. филол. наук, проф. Н.Ю. Шведовой. – 16-е изд., испр. – М.: Рус. яз., 1984. – 797 с.
13. Сучасний тлумачний словник української мови: 65 000 слів / За заг. ред. д-ра філол. наук, проф. В.В. Дубічинського. – Х.: ВД "ШКОЛА", 2006. – 1008 с.
14. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України: / О.А. Беляневич, О.М. Вінник, В.С. Щербина [та ін.]; за заг. ред. Г.Л. Знаменського, В.С. Щербини. – 3-тє вид., переробл. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2012. – 776 с.
15. Вісник господарського судочинства. – 2008. – № 3.
16. Прилуцький Р.Б. Договір та звичай як джерела господарського права України / Р.Б. Прилуцький // Юридична наука. – 2012. – № 6. – С. 59-70.
17. Петров К.В., Сапун В.А., Смирнова М.Г. Нетипичные источники российского права // Российский юридический журнал. – 2009. – № 1. – С. 7-16.
18. Храмов Д.В. Нетрадиционные источники российского частого права: общетеоретический аспект: монография / под. науч. ред. докт. юрид. наук, проф., заслуженного деятеля науки РФ А.В. Малько. – М: Юрлитинформ, 2012. – 192 с.
19. Офіційний вісник України. – 2006. – № 12. – Ст. 792.
20. Кот О.В. Судові акти в господарському процесі України: Автореф… дис. канд. юрид. наук / О.В. Кот. – К., 2011. – 21 с.
21. Щербина В.С. Модернізація господарського законодавства: причини, напрями та наслідки здійснення / В.С. Щербина // Проблеми модернізації господарського законодавства. Зб. наук. праць (за матеріалами круглого столу, м. Київ, 1 грудня 2010 р.) / Ред. кол.: О.Д. Крупчан (голова), В.С. Щербина, О.М. Вінник та ін. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2011, С. 5-8.
22. Татьков В. Проблеми застосування господарського законодавства господарськими судами України (у світлі формування судової практики) / В. Татьков // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. Вип. 93. – К., 2012. – С. 7-10.

Надійшла до редколегії 30.08.15

А. Джуринский, асп.
Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Киев, Украина

ПОНЯТИЕ И ВИДЫ ИСТОЧНИКОВ ХОЗЯЙСТВЕННОГО ПРАВА УКРАИНЫ

В статье рассматриваются вопросы о понятии и видах источников хозяйственного права Украины. Обращается внимание на несовершенство законодательного определения перечня источников хозяйственного права в Хозяйственном кодексе Украины, и вносятся предложения, направленные на его совершенствование.

Ключевые слова: источники хозяйственного права, международный договор, обычаи делового оборота, аналогия закона, аналогия права.

O. Dzhurinsky, graduate student
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

CONCEPT AND TYPES OF SOURCES OF ECONOMIC LAW OF UKRAINE

In the article is examined questions about a concept and types of sources of economic law of Ukraine. Attention applies on imperfection of legislative decision of list of sources of economic law in the Economic code of Ukraine, and suggestions, directed on his perfection, are made.

Key words: sources of economic law, international agreement, consuetudes of business, analogy of law.

УДК 346.12:368.347.413

А. Головачова, здобувач,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ

ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВОВОГО СТАНОВИЩА СТРАХОВИХ АГЕНТІВ

У статті досліджено окремі аспекти господарсько-правового регулювання діяльності страхових агентів. Виявлено колізію норм права щодо визначення суб'єктного складу агентської посередницької діяльності у страхуванні. Досліджено проблему змішування представницької та посередницької природи діяльності страхових агентів. Запропоновано шляхи вирішення означених проблем та конкретні пропозиції внесення змін та доповнень до чинного законодавства України.

Ключові слова: правове становище страхових агентів; господарсько-правове регулювання; комерційне посередництво; представництво за договором доручення; трудові відносини.

Вступ. Розвиток страхової посередницької діяльності агентів пройшов шлях від здійснення такого виду діяльності в якості не основної (купцями, банкірами, дрібними торговцями та ін.) до страхового агента, який працює переважно із конкретною страховою організацією, як правило, від її імені, в її інтересах, під її контролем і за її рахунок. Проте, це класична схема побудови юридичного взаємозв'язку між страховим агентом і суб'єк-

© Головачова А., 2015

том, якого він представляє (страховиком). Практика здійснення страхової посередницької діяльності знає і інші умови формалізації таких відносин, що, безумовно відбивається на обсязі право- і дієздатності страхових агентів, і,головним чином, зав'язано за таку ознаку як вид страхового агента, який надає страхову посередницьку послугу: фізична особа, фізична особа-підприємець, юридична особа.

На жаль, до сьогодні пострадянське суспільство в більшості випадків з недовірою відносяться до послуг страхових агентів. Як зазначає О. М. Залєтов, причин цьому є досить багато: від суто економічних (діяльність страхових агентів сприймається в суспільстві через призму фінансових та торгових шахраїв, які ошукали значну частину населення) до юридичних факторів (незахищеність страхового посередника перед страховою компанією, яка може перехопити клієнта, запропонувавши йому більш вигідні умови страхування [I], низький професійних рівень страхових агентів, що може негативно вплинути на споживача страхової послуги, відсутність належних законодавчих вимог до діяльності таких суб'єктів господарювання тощо).

В той же час, страховий агент є одним із найпоширеніших суб'єктів, який здійснює посередництво у страхуванні. Актуальність обраної теми зумовлена тим, що чинне законодавство України, яке врегульовує правове становище страхового агента, на сьогодні характеризується проблемними питаннями і лакунами, що в свою чергу, зумовлює досить слабкий державний контроль за діяльністю в даній сфері.

Саме тому *метою статті* є виявлення основних проблемних аспектів господарсько-правового регулювання правового становища страхових агентів та з'ясування шляхів їх вирішення. На підставі цього, основними *завданнями статті* є: з'ясувати правову природу діяльності вказаних суб'єктів; встановити суб'єктний склад агентської діяльності у страхуванні; запропонувати шляхи вирішення проблемних теоретико-практичних питань; внести конкретні пропозиції щодо змін та/або доповнень до чинного законодавства України в цій частині.

Огляд літератури. Дослідженням правового регулювання правого становища страхових агентів, а також таких категорій як комерційне посередництво та представництво, в сучасний період займаються такі вчені, як Н. Б. Пацурія, В. В. Рєзнікова, Р. О. Коротка, А. Л. Дядюк, О. М. Залєтов, Г. І. Сальнікова, Т. А. Федорова, Т. В. Степанова, Р. Т. Юлдашев та інші. Однак, майже всі наявні дослідження носять уривчастий характер і не відрізняються системністю, оскільки питання правового становища страхових агентів досліджувалось в рамках більш загальних тем, наприклад, основними з них є дисертаційне дослідження Н. Б. Пацурії на тему "Теоретичні проблеми страхових правовідносин (господарсько-правовий аспект)" та В. В. Рєзнікової на тему "Теоретичні проблеми регулювання посередництва у сфері господарювання".

Методологія дослідження. Дослідження проводилось за допомогою загальнонаукового діалектичного методу пізнання, який дає змогу розглядати процеси та явища в їх розвитку та взаємозв'язку. Також було використано формально-логічний метод, метод аналізу і синтезу при дослідженні змісту нормативно-правових актів, теоретичних положень, при виробленні пропозицій щодо вдосконалення законодавства в сфері діяльності страхових агентів. У статті дотримано вимоги формальної логіки стосовно визначеності, несуперечливості, послідовності і обґрунтованості міркувань.

Основні результати. Основними спеціальними нормативно-правовими актами, які регулюють діяльності страхових агентів є Закон України "Про страхування" [II] та Постанова Кабінетів Міністрів України "Про порядок провадження діяльності страховими посередниками" [III] (далі – Постанова КМУ № 1523). Серед нормативно-правових актів загальної дії слід виділити Господарський кодекс України [IV] (далі – ГК України), Цивільний кодекс України [V] (далі – ЦК України), Податковий кодекс України [VI]. Безумовно, існують і інші законодавчі акти, які врегульовують окремі питання здійснення страховими агентами страхової посередницької діяльності.

Аналіз чинного законодавства в частині визначення правового становища страхових агентів доводить наявність невідповідності між нормативними актами, які регулюють їх діяльність. Так, наприклад, в статті 15 Закону України "Про страхування" зазначено, що страховими агентами є *фізичні та юридичні особи*, які діють від імені та за дорученням страховика і виконують частину його страхової діяльності, а саме: укладають договори страхування, одержують страхові платежі, виконують роботи, пов'язані із здійсненням страхових виплат та страхових відшкодувань. В той же час, Постанова КМУ № 1523 передбачає, що агентська діяльність – це *діяльність суб'єктів підприємницької діяльності*, уповноважених діяти від імені та на підставі доручення одного або більше страховиків, щодо рекламування, консультування, пропонування страхувальникам страхових послуг та проведення роботи, пов'язаної з укладенням та виконанням договорів страхування (підготовка і укладення договорів страхування, виконання робіт з обслуговування договорів), у тому числі оформлення всіх необхідних документів для своєчасної виплати страхових сум або страхового відшкодування, а також здійснення цих виплат. Отже, в Законі передбачено, що страховим агентом може бути фізична особа, в той же час мова не йде про фізичну особу – підприємця, що на нашу думку, є досить вагомою прогалиною. Постанова КМУ № 1523 конкретизує, що агентська діяльність – це діяльність суб'єктів підприємницької діяльності. Отже, постає питання хто може бути страховим агентом?

Стаття 15 Закону України "Про страхування" визначає, що страхові агенти є представниками страховика і діють в його інтересах за винагороду на підставі договору доручення із страховиком. Згідно статті 1000 ЦК України за договором доручення одна сторона (повірений) зобов'язується вчинити від імені та за рахунок другої сторони (довірителя) певні юридичні дії. Але необхідно звернути увагу на те, що, по-перше, правовідносини, які виникають при укладенні договору доручення кваліфікуються, як цивільні. По-друге, із договору доручення виникають відносин представництва (одна особа представляє у правовідношенні інтереси іншої, набуваючи для неї права та обов'язки). Враховуючи вказане, норми Глави 17 "Представництво" ЦК України, поширюються на договір доручення.

Отже, страхові агенти, які здійснюють свою діяльність на підставі договору доручення, виступають саме представниками страхової компанії, з якою було укладено вказаний договір. Про це прямо і зазначено у статті 15 Закону України "Про страхування" – страхові агенти є представниками страховика. Таким чином, ми маємо колізію норм права, тобто логіко-структурний дефект системи права, який виникає внаслідок недотримання правил формальної логіки та логіки права при побудові правової норми та її закріпленні в тексті нормативного акту [VII, с. 237-238]. Стаття 15, у ч.1, серед *страхових посередників* виділяє окремим суб'єктом страхових агентів, і в той же час у ч.7 встановлює, що вони є *представниками страховика*. Крім колізії, в даному випадку також вбачається і змішування правової

природи інститутів представництва та посередництва, що є недопустимим, на нашу думку.

На сьогодні ані в законодавстві України, ані в науковій літературі немає єдиної точки зору щодо співвідношення цих інститутів. Слід погодитися із В. В. Рєзніковою, що представництво та посередництво хоч і є спорідненими та суміжними категоріями, все ж таки їх необхідно розмежовувати. Основним критерієм, що їх зближує є вчинення в обох випадках юридичних та/або фактичних дій у чужому інтересі. Розмежовуючи вказані поняття, В. В. Рєзнікова акцентує увагу на тому, що, посередництво – це передусім господарська (підприємницька) діяльність, а сутність представництва визначається не через діяльність, а через правовідношення, в силу якого правомірні юридичні дії, здійснені представником від імені того, кого представляють, безпосередньо створюють, змінюють або припиняють для останнього юридичні права та обов'язки [VIII, с. 55-60].

На тому, що посередництво – це саме господарська діяльність наголошує і Р. О. Коротка, зокрема комерційне агентування вона визначає як діяльність у сфері господарювання, що здійснюється професійним її учасником – комерційним агентом, на підставі укладеного з принципалом (в нашому випадку страховиком) агентського договору, відповідно до якого агент здійснює дії юридичного та фактичного характеру на користь, під контролем, за рахунок і в інтересах принципала, встановлюючи для нього господарські обов'язки з третіми особами [IX, с.11].

Дядюк А. Л., досліджуючи правове регулювання комерційного посередництва у сфері господарювання, однією з юридичних ознак посередництва називає вчинення правочинів, спрямованих на виконання посередницьких послуг від власного імені або від імені іншої особи. А до основних юридичних ознак комерційного посередництва автор відносить: договірний (зобов'язальний) характер правовідносин з надання послуг; діяльність посередника за рахунок іншої особи; незалежність посередника у своїй діяльності; досягнення власного економічного інтересу шляхом задоволення інтересів іншої особи; оплатний характер послуг; відсутність переходу права власності на товар (майно) іншої особи [X, с. 7, 14].

Виходячи із вище викладеного вбачається, що дійсно правові інститути посередництва та представництва є схожими за своєю правовою природою, оскільки базові юридичні ознаки є спільними: комерційний посередник та представник за договором доручення діють від імені, за рахунок і в інтересах особи, з якою уклали відповідний договір (агентський чи договір доручення). Однак, все ж вважаємо, що вказані правові інститути варто розрізняти. По-перше, за сферою діяльності. Ст. 295 ГК України встановлює, що комерційне посередництво (агентська діяльність) є підприємницькою діяльністю, а отже, вказана правова конструкція використовується саме у сфері господарювання. ЦК України не визначає специфіку сфери застосування представництва за договором доручення. По-друге, за суб'єктним складом. ЦК України не конкретизує у ст. 1000 хто саме може здійснювати представництво за договором доручення, в той час як у ч. 2 ст. 295 ГК України закріплено, що комерційнимагентом може бути суб'єкт господарювання (громадянин або юридична особа). По-третє, однією із основних відмінностей комерційного посередництва та представництва за договором доручення, це характер дій, які має право вчиняти посередник та представник. Ст. 297 ГК України передбачає, що за договором комерційного посередництва комерційний агент зобов'язується вчиняти *дії юридичного та фактичного характеру*, а згідно ст. 1000 ЦК України за договором доручення повірений (представник) зобов'язаний вчинити лише *юридичні дії*. По-четверте, за видом договору, який регулює діяльність комерційного посередника чи представника. Представник діє на основі договору доручення, а комерційний посередник (агент) на підставі агентського договору, основні вимоги до яких містяться у ЦК України (Глава 68) та ГК України (Глава 31) відповідно. Вказані договори доволі схожі за змістом, але досить вагома відмінність, на нашу думку, у питанні щодо підстав їх припинення. Зокрема відмінність полягає у наступному. Якщо повірений за договором доручення діє як підприємець, *сторона, яка відмовляється від договору*, має повідомити другу сторону про відмову від договору не пізніш як за один місяць до його припинення, якщо триваліший строк не встановлений договором. А у випадку із припиненням агентського договору, у разі відкликання повноважень комерційного агента *суб'єкт, якого представляє комерційний агент*, повинен сповістити його про припинення договору не менш як за один місяць, якщо більш тривалий строк не передбачений договором. Тобто припинення договору доручення (окрім загальних підстав) можливе за ініціативою обох сторін договору, а агентського – лише за ініціативою суб'єкта, якого представляє комерційний агент. Можливо на перший погляд вказана відмінність і не здається досить вагомою, але на практиці (у сфері страхування) з даного приводу виникають проблемні ситуації, про що свідчить і судова практика.

Відтак 24 липня 2008 року Вищий господарський суд України прийняв Постанову у справі № 39/714-07(30/64-07) [XI], якою частково задовольнив касаційну скаргу державного підприємства "Придніпровська залізниця" на постанову Дніпропетровського апеляційного господарського суду у справі господарського суду Дніпропетровської області за позовом акціонерного товариства закритого типу страхова компанія "ДІСКО" до державного підприємства "Придніпровська залізниця" про визнання договору діючим.

У січні 2007 року СК "ДІСКО" звернулася до господарського суду Дніпропетровської області з позовом до ДП "Придніпровська залізниця" про визнання агентського договору (договору доручення) від 19.10.2005 року діючим до 31 грудня 2007 року, що залізниця несвоєчасно сповістила страхову компанію про намір розірвати договір, чим порушила його права. В результаті розгляду справи першою інстанцією суд визнав укладений сторонами Договір *агентським договором*, який сторони продовжували виконувати у 2007 році, *і який припиняється на підставах, передбачених ст. 304 Господарського кодексу України*. В результаті цього у задоволенні позовних вимог було відмовлено. До того ж, суд послався на ст. 16 Цивільного кодексу України, яка не передбачає такий спосіб захисту цивільних прав і інтересів, як визнання договору діючим.

Розглянувши вказану касаційну скаргу, Вищий господарський суд України у своїй постанові погоджується із судом першої інстанції у тому, що він визначив спірний договір, за яким залізниця як страховий агент надає позивачу як страховику посередницькі послуги при здійсненні ним страхової діяльності як комерційне посередництво (агентська діяльність), який відповідає положенням ст.ст. 295, 297 Господарського кодексу України. Також у постанові зазначається, що припинення агентського договору врегульоване ст. 304 Господарського кодексу України, в якій закріплено, що у разі відкликання повноважень комерційного агента суб'єкт, якого представляє комерційний агент, повинен сповістити його про припинення договору не менш як за один місяць, якщо більш

тривалий строк не передбачений договором. Але термін, за який комерційний агент повинен сповістити суб'єкта, якого він представляє, про відмову від подальшого здійснення комерційного посередництва за договором, – норми цієї статті не встановлюють.

Суд апеляційної інстанції помилково дійшов висновку, що невірним є висновок господарського суду про віднесення спірного Договору до агентського договору (договору доручення) а також, що невірним є посилання суду першої інстанції в рішенні на положення частини 7 статті 15 Закону України "Про страхування", якою передбачено, що страхові агенти діють на підставі договору доручення із страховиком, оскільки даний Закон містить загальні положення щодо регулювання відносин страхування і не забороняє укладення інших угод, в тому числі агентських договорів, при здійсненні посередницької діяльності у сфері страхування, оскільки ст. 627 Цивільного кодексу України закріплює принцип свободи договору. Апеляційний суд послався на те, що термін "агентська угода" було замінено на термін "Договір доручення" постановою Кабінету Міністрів України від 20.04.2007 року № 640, проте сторонами відповідних змін до агентського Договору (Договору доручення) від 19.10.2005 року не вносилось.

В результаті розгляду касаційної скарги ДП "Придніпровська залізниця" Вищий господарський суд України постановою від 24 липня 2008 року № 39/714-07(30/64-07) її задовольнив частково. Постанову Дніпропетровського апеляційного господарського суду від 09.04.2008 року скасував, а рішення господарського суду Дніпропетровської області від 10.01.2008 року залишив в силі.

На прикладі наведеної судової практики можна побачити, як відмінність у підставі припинення агентського договору та договору доручення безпосередньо впливає на провадження діяльності страховими агентами.

Таким чином, враховуючи вище зазначені відмінності між правовими інститутами комерційного посередництва та представництвом за договором доручення, вважаємо, що при наявності деяких схожих ознак, все ж їх не можна ототожнювати.

Повертаючись до питання змішування законодавцем правової природи діяльності страхових агентів, варто визначити чи вони посередники, чи представники страхової компанії. На сьогодні, чинне законодавство України у сфері страхування встановлює, що страховими агентами можуть бути фізичні особи без статусу суб'єкта підприємницької діяльності, фізичні особи-підприємці, а також юридичні особи. Зазначений суб'єктний склад посередницької діяльності у страхуванні, на нашу думку, не вважається адекватним сучасним реаліям, зважаючи на наступне.

В умовах сьогодення, нестабільна ситуація всередині нашої держави, призвела до занепаду економіки України, в тому числі і ринку страхування. На жаль, аналізуючи досвід діяльності як окремих страхових агентів (фізичних осіб та фізичних осіб-підприємців), так і страхових агенцій – юридичних осіб, можна побачити доволі сумну тенденцію. Якщо у країнах Європи левова частка продажів страхових послуг припадає саме на посередників у страхуванні (агентів та брокерів), то в Україні має місце ситуація конкуренції між страховою компанією та посередником, зокрема страховим агентом. Вказане проявляється в тому, що страховик намагається "переманювати" клієнтів страхових агентів, пропонуючи їм укласти договір страхування на пряму із ним, без участі посередника.

З іншої сторони, в силу того, що на законодавчому рівні діяльність страхових агентів регламентована, м'яко кажучи, недосконало (відсутність загального реєстру, кваліфікаційних вимог, наявність колізій норм права, прогалин та ін.), на практиці ми маємо справу із страховими агентами, які надають неякісні послуги та займаються шахрайством. Все це призводить до того, що довіра з боку населення до зазначених суб'єктів є низькою.

Вирішити вказані проблеми та підвищити якість послуг, які надають страхові агенти, на нашу думку, можливо шляхом закріплення на законодавчому рівні вимоги щодо обов'язковості набуття страховим агентом, що здійснює страхову посередницьку діяльність, статусу суб'єкта підприємницької діяльності. Зазначене дозволить частково "відсіяти" з ринку страхування агентів, метою діяльності яких ще від початку було шахрайство або будь-які інші дії, які спричинили збитки страхувальнику чи страховику (в тому числі через відсутність необхідного рівня знань, кваліфікації, добросовісності та ін.).

Зважаючи на вище викладене, вважаємо за необхідне розрізняти посередницьку діяльність у страхуванні та представництво страховика. Зокрема одним із суб'єктів посередницької діяльності у страхуванні (поряд із страховим та перестраховим брокером) має бути страховий агент – *фізична особа-підприємець або юридична особи*, які зареєстровані у встановленому законом порядку та діють *на підставі агентського договору*, укладеного із страховою компанією.

В свою чергу, *представництво страховика* має здійснюватись на підставі укладення договору доручення. На нашу думку, діяльність представника страховика має врегульовуватися нормами саме цивільного права, а не господарського, що випливає з наступного. По-перше, ст. 1000 ЦК України закріплює, що за договором доручення одна сторона (повірений) зобов'язується вчинити від імені та за рахунок другої сторони (довірителя) певні юридичні дії. Тобто такий інститут права, як представництво за договором доручення закріплений саме нормами цивільного права. В свою чергу ст. 4 ГК України наголошує на тому, що майнові та особисті немайнові відносини, які регулюються ЦК України не є предметом регулювання КГ України. По-друге, як відомо, щоб певний вид діяльності підпадав під регулювання господарським правом, вона має відповідати усім ознакам, які притаманні господарській діяльності (ст. 3 ГК України): це діяльність у сфері суспільного виробництва; суб'єкт, що її здійснює має бути суб'єктом господарювання; здійснюється на професійних засадах; результат такої діяльності реалізується як товар, за плату; ця діяльність поєднує у собі приватні та публічні інтереси. Ст. 1000 ЦК України не містить вимоги щодо наявності у повіреного статусу суб'єкта господарювання, теж саме стосується і таких ознак, як професійність такої діяльності, поєднання у собі приватних та публічних інтересів. Щодо ознаки, яка передбачає, що результат такої діяльності реалізується як товар, за плату, то ст. 1002 ЦК України встановлює, що повірений *має право на плату* за виконання свого обов'язку за договором доручення, якщо інше не встановлено договором або законом, тобто вказана норма права має диспозитивний характер. Отже, вище викладене, на нашу думку, свідчить про те, що діяльність представника за договором доручення не є за своєю правовою природою господарською, та має регулюватися нормами цивільного законодавства.

Враховуючи відмінність комерційного посередництва та представництва за договором доручення, обсяг функцій, які може здійснювати представник страхової компанії, має бути вужчий за обсяг функцій страхового агента (посередника у страхуванні). Вказане виплаває і з того, що представник за чинним законодавством України зобов'язується вчинити певні юридичні дії, а

страховий агент (комерційний посередник) – як юридичні (послуги в укладенні угод), так і фактичні дії (сприяти укладенню угод).

У зв'язку із зазначеним, пропонуємо внести зміни у наступні нормативно-правові акти.

– у Закон України "Про страхування", виклавши частину 7 статті 15 у наступній редакції:

"Страховими агентами визнаються фізичні особи-підприємці або юридичні особи, які зареєстровані у встановленому законом порядку та діють від імені, в інтересах, під контролем та за рахунок страховика і мають право укладати договори страхування, одержувати страхові платежі, виконувати роботи, пов'язані із здійсненням страхових виплат та страхових відшкодувань. Страхові агенти діють на підставі укладення агентського договору із страховиком."

– у Розділ І Закону України "Про страхування", доповнивши його статтею 15-1 "Представництво страховика", виклавши її в наступній редакції:

"Страховик має право укладати договори страхування через представника, що діє в його інтересах за винагороду на підставі укладення договору доручення із ним."

– у Постанову КМУ № 1523, пункт 1 якої викласти в наступній редакції:

"агентська діяльність – діяльність суб'єктів підприємницької діяльності, уповноважених діяти від імені, в інтересах, під контролем, за рахунок страховика, на підставі агентського договору, укладеного з одним або більше страховиками, щодо рекламування, консультування, пропонування страхувальникам страхових послуг та проведення роботи, пов'язаної з укладенням та виконанням договорів страхування (підготовка і укладення договорів страхування, виконання робіт з обслуговування договорів), у тому числі оформлення всіх необхідних документів для своєчасної виплати страхових сум або страхового відшкодування, а також здійснення цих виплат;".

Запропоновані зміни дозволять, по-перше, вирішити вище зазначені невідповідності між Законом України "Про страхування" та Постановою КМУ № 1523 щодо можливості здійснення агентської діяльності фізичною особою без статусу суб'єкта підприємницької діяльності, а по-друге, вирішити проблему змішування представницької та посередницької природи діяльності страхових агентів.

Таким чином, відносини, які виникають при здійсненні страховим агентом страхової посередницької діяльності мають регулюватися, в першу чергу, спеціальними нормами, які містяться у Законі України "Про страхування" та у Постанові КМУ № 1523, а також загальними нормами Господарського кодексу України та Цивільного кодексу України.

Окрім вище зазначених проблемних аспектів, на практиці має місце ситуація, коли страховик оформлює представницькі відносини із фізичною особою шляхом укладення трудового договору (виходячи з того, що прямої заборони законодавця з цього питання не існує). Але якщо фізична особа (працівник) укладає трудовий договір зі страховиком (роботодавець), то виникають трудові відносини, які регулюються зовсім іншим законодавством (про працю). Вказана фізична особа стає штатним працівником страховика.

А тому, задля вирішення вказаної проблеми, вважаємо за необхідне, внести зміни у Розділ І Закону України "Про страхування", доповнивши його частиною 2 статті 15-1 "Представництво страховика", виклавши її в наступній редакції:

"Представник страховика не може перебувати у трудових відносинах зі страховиком."

Досліджуючи особливості провадження господарської діяльності страхових агентів, варто звернути увагу і на питання можливості страховим агентом представляти інтереси більше ніж одного страховика.

ГК України містить норму, якою передбачено, що суб'єкт, якого представляє комерційний агент, має право довірити комерційне посередництво також іншим суб'єктам, повідомивши про це агента, а агент має право здійснювати комерційне посередництво також для інших суб'єктів господарювання, якщо інтереси суб'єктів, яких представляє комерційний агент, не є суперечливими у питаннях, для вирішення яких запрошений цей агент (ст. 299).

У разі монопольних агентських відносин комерційний агент, що представляє суб'єкта господарювання, не має права здійснювати комерційне посередництво для інших суб'єктів у межах, передбачених агентським договором. Таким чином, ГК України дозволено закріпити агентським договором монопольні агентські відносини. Оскільки спеціальними нормами законодавства в сфері страхування не встановлено заборони щодо цього, можна зробити висновок, що страховик має право встановлювати монопольні відносини із страховим агентом. На практиці все ж в більшості випадків страхові агенти здійснюють посередництво для кількох страховиків.

Варто згадати і положення першої редакції Проекту Закону України "Про внесення змін до Закону України "Про страхування" (нова редакція)" № 9614 від 19 грудня 2011 року [XII] (далі – Проекту Закону № 9614), яке передбачає обмеження щодо операцій страхового агента (стаття 84). Страховий агент може здійснювати посередництво для одного страховика, який має ліцензію на провадження страхування життя, і для одного страховика, який здійснює страхування інше, ніж страхування життя. Страховий агент також має право за згодою страховиків, для яких здійснює посередництво, пропонувати клієнтам страхові послуги, продукти інших страховиків, якщо такі послуги, продукти за змістом не є конкуруючими або відносяться до різних класів страхування.

Але 12 квітня 2012 року було представлено доопрацьований текст Проекту Закону № 9614, в якому зазначена норма відсутня. Тобто законодавець все ж притримується позиції, відповідно до якої страхові агенти можуть представляти інтереси більше ніж одного страховика.

Отже, на сьогодні страховий агент може здійснювати посередництво для необмеженої кількості страховиків (якщо договором не встановлено інше). Доцільність та ефективність цього викликає сумнів, оскільки на сучасному страховому ринку України склалася наступна негативна практика. Відповідно до чинного законодавства страхові агенти здійснюють свою діяльність за винагороду, яку сплачує страховик. Виходячи з цього страхові агенти, які здійснюють посередництво від імені кількох страховиків, в більшості випадків пропонують, в першу чергу, страхові послуги того страховика, який запропонував більшу винагороду.

За кордом поширена практика, коли страховий агент може здійснювати посередництво від імені кількох страховиків. Наприклад, у Німеччині страхові агенти поділяються на, так званих, генеральних агентів та агентів, що працюють на кілька страхових компаній. Також поділ здійснюється на агентів, для яких цей вид діяльності є основним та на тих, які займаються цим видом діяльності по сумісництву.

Виходячи із вище наведеного вважаємо, що ст. 84 першої редакції Проекту Закону № 9614 має бути врахована при прийнятті нової редакції Закону України "Про страхування".

Висновки. Отже, дослідивши деякі проблемні аспекти правового становища страхових агентів можна зробити висновок, що чинне законодавство України, яке покликане врегульовувати діяльність вказаних суб'єктів, характеризується наявністю прогалин та колізій. Зокрема особливо гострими вважаються проблеми визначення суб'єктного складу агентської посередницької діяльності у страхуванні, а також змішування на законодавчому рівні представницької та посередницької природи діяльності страхових агентів.

Список використаних джерел

I. *Залєтов О. М.* Фінансово-економічні основи діяльності страхових агентів [Електронний ресурс] / О. М. Залєтов. – Режим доступу : http://forinsurer.com/public/05/03/15/1768.

II. Про страхування : Закон України від 07 березня 1996 року № 85/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 18. – Ст. 78.

III. *Про порядок провадження діяльності страховими посередниками* : Постанова Кабінету Міністрів від 18 грудня 1996 року № 1523 // Зібрання постанов уряду України. – 1996. – № 21. – Ст. 590.

IV. *Господарський кодекс України* від 16 січня 2003 року № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18, №19-20, № 21-22. – Ст.144.

V. *Цивільний кодекс України* від 16 січня 2003 року № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

VI. *Податковий кодекс України* від 02 грудня 2010 року № 2755-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 13-14, № 15-16, № 17. – Ст. 112.

VII. Коваленко Т. О. Юридичні дефекти у правовому регулюванні земельних відносин: поняття та види / Т. О. Коваленко // Вісник Академії адвокатури України. – 2011. – № 2 (21). – С. 237-240.

VIII. *Рєзнікова В. В.* Посередництво та представництво як суміжні правові категорії / В. В. Рєзнікова // Вісник господарського судочинства. – 2010. – № 6. – С. 55-67.

IX. *Коротка Р. О.* Господарське-правове регулювання агентських відносин в Україні : автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.04 / Р. О. Коротка ; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2011. – 18 с.

X. *Дядюк А. Л.* Правове регулювання комерційного посередництва (агентських відносин) у сфері господарювання : автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.04 / А. Л. Дядюк ; ДВНЗ "Київ. нац. економ. ун-т ім. В. Гетьмана". – К., 2010. – 22 с.

XI. *Вищий господарський суд України* : Постанова від 24 липня 2008 року у справі № 39/714-07(30/64-07) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28_2031659.html.

XII. *Про внесення змін до Закону України "Про страхування" (нова редакція)* : Проект Закону України № 9614 від 19 грудня 2011 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=42141.

Надійшла до редколегії 01.08.15

А. Головачева, соискатель
Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Киев, Украина

ХОЗЯЙСТВЕННО-ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ПРАВОВОГО ПОЛОЖЕНИЯ СТРАХОВЫХ АГЕНТОВ

В статье исследованы отдельные аспекты хозяйственно-правового регулирования деятельности страховых агентов. Выявлено коллизию норм права по определению субъектного состава агентской посреднической деятельности в страховании. Исследовано проблему смешивания представительской и посреднической природы деятельности страховых агентов. Предложены пути решения указанных проблем и конкретные предложения изменения в действующее законодательство Украины.

Ключевые слова: правовое положение страховых агентов; хозяйственно-правовое регулирование; коммерческое посредничество; представительство по договору поручения; трудовые отношения.

A. Golovachova, applicant
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

LEGAL ECONOMIC REGULATION OF THE LEGAL STATUS OF INSURANCE AGENTS

The paper explores some aspects of the economic and legal regulation of insurance agents' activities. Based on the analysis of the current legislation of Ukraine, the paper reveals the conflict of law in terms of determining the structure of participants of the insurance mediation and mixing the representative nature and the intermediary nature of insurance agents. Taking into account the results, the paper suggests the ways of solving these problems and specific changes to the current legislation of Ukraine.

Keywords: legal status of insurance agents, economic and legal regulation, commercial mediation, representation under the agency agreement (contract), labor relations.

УДК 347.764 (477)

І. Войцеховська, асп.
Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Київ

ПЕРЕСТРАХОВИЙ ІНТЕРЕС: ПОНЯТТЯ ТА ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА

У статті здійснюється загальна характеристика перестрахового інтересу як окремої та самостійної правової категорії. Зокрема, виявляється особливий характер майнових інтересів перестрахувальників, встановляється специфічна сутність перестрахових потреб та розкривається механізм перестрахового захисту. Обґрунтовується доцільність розмежування страхового та перестрахового інтересу.

Ключові слова: потреба; інтерес; страхова потреба; страховий інтерес; перестрахова потреба; перестраховий інтерес; страховий захист; перестраховий захист.

Вступ. Актуальність теми дослідженняпов'язана із тим, що однією із головних ознак будь-якої господарської діяльності є її суспільна необхідність або, як зазначає Щербина В. С., суспільна користь [XXII, с. 14], що полягає у виробництві продукції, виконанні робіт чи наданні послуг не для власних потреб виробника, а для задоволення потреб інших осіб. А тому, визнання перестрахової діяльності як окремого та особливого різновиду господарської діяльності є неможливим без встановлення самостійного характеру перестрахової потреби та, відповідно, породженого даною потребою перестрахового інтересу. Так, **метою статті** є проведення комплексного теоретико-правового аналізу категорії "перестраховий інтерес". **Основними завданнями статті** є: встановити та охарактеризувати специфічні риси перестрахового інтересу; довести самостійний та незалежний від страхового характер перестрахового інтересу; сформулювати поняття "перестраховий інтерес". **Об'єктом дослідження** є: правова категорія "перестраховий інтерес". **Предмет дослідження** – особливості перестрахового інтересу як основоположного елементу перестрахової діяльності.

Огляд літератури. Загалом, категорія інтересу є предметом досліджень багатьох вчених-правників. Зокрема, питанням визначення місця інтересу в праві займалися А. В. Венедіктов, Р. Ієрінг, І. Т.Тарасов, Г. Ф. Шершеневич та багато інших. Розкриття цивільно-правової сутності зазначеної категорії здійснювали такі науковці, як С. М. Братусь, Н. С. Кузнєцова, О. В. Малько, С. В. Михайлов, О. А. Пушкін та ін. Даною проблематикою з позиції господарського права також займалися В. Е. Беляневич, О. А. Беляневич, А. Г. Бобкова,

© Войцеховська І., 2015

О. М. Вінник, Г. Л. Знаменський, В. В. Лаптєв, П. С. Пацурківський, Ю. П. Пацурківський, Г. В. Пронська та ін.

Окрему увагу також було приділено страховому інтересу в роботах таких фахівців у сфері страхування як К. А. Граве, В. Р. Ідельсон, Л. Н. Клоченко, Л. А. Лунц, Н. Б. Пацурія, В. К. Райхер, Ю. Б. Фогельсон, А. І. Худяков та ін.

Разом із тим, дослідженням особливостей перестрахового інтересу в правовій науці, на жаль, не приділено достатньої уваги. Ті ж, науковці, якій займалися зазначеним питанням, а саме: Д. Е. Дмітрієва та К. Г. Семенова, хоча й визначали в своїх дисертаційних роботах відмінні риси даного інтересу, однак не відокремлювали його від страхового.

Методологія дослідження. Проведення аналізу категорії "перестраховий інтерес" здійснювалося на основі цілого ряду загальнонаукових методів. Зокрема, діалектичний метод, методи аналізу та синтезу були використані для встановлення змісту та виявлення сутнісних характеристик перестрахового інтересу. Також за допомогою логіко-семантичного методу було сформовано визначення "перестраховий інтерес", а порівняльний метод використовувався для розкриття співвідношення понять страхового та перестрахового інтересу.

Основні результати. Для з'ясування сутності перестрахового інтересу, перш все, необхідно визначитися із змістом поняття "інтерес" як загально наукової категорії. Адже інтерес є предметом дослідження ряду наук, зокрема: філософії, психології, соціології, економіки, правознавства та ін.

Розглядаючи інтерес в якості філософської категорії, дане поняття характеризується як щось об'єктивно значуще, необхідне для індивіда, сім'ї, класу, нації, суспільства в цілому [XIX, с. 131], у зв'язку з чим виступає причиною їхніх дій. Однак, на відміну від потреби, інтерес спрямований не стільки на предмет задоволення, скільки на соціальні інститути та норми, від яких залежить розподіл предметів, цінностей, благ, що забезпечують задоволення потреб [XX, с. 212].

В психології "інтерес" постає більш складним явищем, зміст якого полягає в емоційному бажанні людини задовольнити свої пізнавальні потреби, що формуються у відповідності із її внутрішніми орієнтирами та переконаннями, та яке виступає спонукальним мотивом до їх задоволення [XVIII].

З соціологічної токи зору інтерес не просто ілюструє прагнення, орієнтації, потреби чи вигоди соціального суб'єкта, а й відображає передумови дії та умови переходу від існуючої потреби до її задоволення в конкретній соціальній ситуації з урахуванням постановки цілей і вибору доступних засобів [II, с. 12].

Економічна ж теорія, визначаючи сутність інтересів, робить акцент на взаємозв'язку існуючих потреб суб'єкта та шляхів їх задоволення з матеріальним виробництвом. Так, економічні інтереси є **усвідомленим прагненням суб'єктів господарювання до задоволення власних економічних потреб, що є об'єктивним спонукальним мотивом їхньої господарської діяльності [III].**

Таким чином, визначення поняття "інтерес" в різних науках так чи інакше пов'язано із потребою.

Що ж стосується юриспруденції, то більшість вчених-правників для розкриття сутності поняття "інтерес" так само використовують категорію "потреба".

В юридичні літературі з даного приводу навіть сформувалося три підходи, прихильники кожного із яких по різному розкривають правову природу інтересу, а саме: як об'єктивну категорію, яка виникає на основі об'єктивних потреб суб'єкта; як суб'єктивну категорію, основою якої виступає усвідомлена його суб'єктом потреба; а також як об'єктивно-суб'єктивну категорія, що поєднує у собі об'єктивний характер потреб та їх усвідомлення відповідним суб'єктом [V, с. 33-36].

Найбільш обґрунтованим, на наш погляд, є останній підхід. Адже виникнення інтересу як потреби у чомусь пов'язано не лише із внутрішніми переконаннями та бажаннями суб'єкта, але й у зв'язку із впливом на них чинників об'єктивної дійсності, а саме: суспільних явищ та подій. Тобто, формування потреби завжди відбувається під впливом певних об'єктивних факторів, які згодом формують у особи суб'єктивне ставлення до них та, відповідно, бажання їх задовольняти.

Таким чином, як відзначає В. І. Приписнов, інтерес є суб'єктивним відбиттям об'єктивно існуючих потреб. **Схоже визначення також надають** П. С. Пацурківський та Ю. П. Пацурківський, які розглядають інтерес як суспільне відношення змістом якого виступає потреба суб'єкта, яка має соціальний характер і яка виражається в усвідомленні та реалізації цілей [XIV, с. 49].

Разом із тим, варто погодитися з позицією тих науковців, на думку яких потреба не лише визначає, а й породжує інтерес, стаючи його змістом [VI, с. 239; IV, с. 33-34; XIII, с. 33]. Зокрема, В. П. Грибанов вказує на те, що умови суспільного життя з необхідністю породжують певні потреби, які відповідають цим умовам. Дані потреби, проходячи через свідомість людей, приймають ту чи іншу форму свідомих спонукань, які визначають цілеспрямованість і вольовий характер їхньої діяльності [VI, с. 239]. Таким чином, потреба, що породжує відповідний інтерес, перетворюється у його зміст та конкретизується у ньому.

Відтак, перестраховий інтерес, як і будь-який інший інтерес, нерозривно пов'язаний із відповідною потребою, в даному випадку – перестраховою. Однак, зважаючи на превалюючу думку серед більшості науковців, а також позицію вітчизняного законодавця щодо визнання перестрахування частиною страхування та необхідності поширення норм страхового законодавства на перестрахові відносини, визначення перестрахової потреби та, відповідно, перестрахового інтересу є неможливим без розкриття сутності понять "страхова потреба" та "страховий інтерес".

Перш за все, слід відзначити, що в юридичній літературі питання страхового інтересу є досить дискусійним. Деякі науковці, відносять страховий інтерес до предмету страхування, інші ж, в свої переважній більшості, – до об'єкту.

Зокрема, В. І. Серебровський обґрунтовує позицію, відповідно до якої страховий інтерес є предметом страхування, оскільки страховик, укладаючи договір страхування, не приймає на себе зобов'язань поновити певну річ, яку було пошкоджено в результаті настання страхового випадку, а зобов'язується відшкодувати тільки той збиток, якого може зазнати страхувальник. А отже, страхується не певна річ, а інтерес страхувальника щодо цілісності майна, яке він страхує [XVII, с. 79].

Дещо іншої точки зору притримується М. С. Малеін, на переконання якого, страховий інтерес виступає об'єктом страхової охорони [X, с. 27], а також Є. М. Мен, який вбачає у страховому інтересі об'єкт страхування [XI, с. 31].

Таким чином, страховий інтерес, як правило, ототожнюється з майновим інтересом, який відповідно до чинного законодавства підлягає страховому захисту та пов'язаний: 1) з життям, здоров'ям, працездатністю та пенсійним забезпеченням 2) з володінням, користуванням і розпорядженням майном 3) з відшкодуван-

ням страхувальником заподіяної ним шкоди особі або її майну, а також шкоди, заподіяної юридичній особі [I].

Однак найбільш обґрунтованим, вважаємо, підхід, відповідно до якого страховий та майновий інтерес хоча й пов'язані між собою, проте не є рівнозначними поняттями. Так, об'єктом страхування завжди є тільки майнові інтереси страхувальника, у страховому захисті яких існує відповідна потреба. Що ж стосується страхового інтересу, то він породжується даною потребою, яка трансформується у його зміст, та полягає у необхідності її задовольнити. А отже, страховий інтерес – це потреба страхувальника у захисті своїх правомірних майнових інтересів, які є підставою для виникнення страхового правовідношення [XIII с. 33].

Відповідно, перестраховим інтересом також є потреба перестрахувальника захистити свої законні майнові інтереси.Протевідмінності полягають в характері таких інтересів, на захист яких спрямовані інститути страхування та перестрахування відповідно.

В даному випадку надзвичайно важливими є розуміння того, що перестрахування – це не страхування відповідальності перестрахувальника. Адже при страхуванні відповідальності об'єктом страхування виступають майнові інтереси страхувальника, пов'язані з відшкодуванням ним заподіяної шкоди певній особі або її майну, а також шкоди, заподіяної юридичній особі. Саме тому, визнання перестрахування в якості даного виду страхування означало б, що об'єктом перестрахування виступають майнові інтереси перестрахувальника, пов'язані із заподіянням ним шкоди відповідним споживачам страхових послуг внаслідок невиконання або неналежного виконання прийнятих на себе зобов'язань за договором страхування. Однак при перестрахуванні, перш за все, відбувається захист майнових інтересів перестрахувальника, які не пов'язані із заподіянням ним шкоди (оскільки перестрахування лише опосередковано захищає майнові інтереси споживачів страхових послуг), а полягають у зацікавленості виконати власні зобов'язання і, як наслідок, зберегти фінансову стабільність власної діяльності та отримати прибуток від її здійснення.

В. В. Нечипоренко притримується аналогічної точки зору і вказує на те, що для виконання свого договірного зобов'язання перестраховиком не передбачається вчинення цивільного правопорушення з боку перестрахувальника. Тобто, укладення договору перестрахування та його виконання не передбачає наявності цивільного правопорушення в діях застрахованої особи – страховика.

Разом із тим, як відзначає автор, підставою для здійснення перестраховиком свого договірного зобов'язання є настання страхової події за первісним договором страхування, частина ризику за яким була перестрахована. Відповідно, "перестрахування, на відміну від страхування цивільної відповідальності, … стосується суто певного юридичного факту (здебільшого події) – настання передбаченого страхового випадку, не пов'язаного безпосередньо із вчиненням страховиком цивільного правопорушення" [XII, с. 128-129].

На нашу думку, зазначені висновки щодо підстав виникнення обов'язку страховика здійснити страхову виплату при страхуванні відповідальності є цілком доречними, однак при перестрахуванні обов'язок перестраховика здійснити відповідну перестрахову виплату пов'язаний не із самим фактом настання страхового випадку, а з необхідністю здійснення страхового відшкодування (в чому і полягає сутність перестрахового випадку). Саме дані відмінності у складі страхових та перестрахових відносин дають можливість відмежовувати перестрахування від страхування та не визначати його в якості різновиду останнього.

Також неможливо погодитися із думкою висловленою деякими науковцями про віднесення перестрахування до різновиду майнового страхування та, відповідно, доцільності поширення норм страхового законодавства за аналогією до перестрахових відносин [VII, с. 108].

Зокрема, Ю. Б. Фогельсон обґрунтовує таку позицію тим, що здійснення страхової виплати, незважаючи на добровільний характер прийнятого на себе страхового зобов'язання, завжди завдає матеріальної шкоди страховику, про що свідчить існуючий законодавчий підхід Російської Федерації та інших країн світу [XXI, с. 114-115]. А тому, об'єктом перестрахування виступає майновий інтерес перестрахувальника, пов'язаний із можливими витратами на страхові виплати, які можуть виникнути в результаті настання страхового випадку [XVI]. Відповідно, об'єкт перестрахування за таких обставин співпадає із об'єктом майнового страхування.

Однак, зазначений підхід, на наш погляд, є невірним. Адже, об'єктом майнового страхування виступають майнові інтереси страхувальників, які пов'язані з володінням, користуванням і розпорядженням належним їм майном. Відповідно, обов'язок здійснення страхового відшкодування в такому випадку пов'язаний із заподіянням шкоди майну. Для перестрахування ж безпосереднє заподіяння шкоди майну перестрахувальника не має ніякого юридичного значення, оскільки перестраховому захисту підлягають зовсім інші майнові інтереси – пов'язані з виконанням зобов'язань за договором страхування та, відповідно, збереженням стабільності фінансового становища страхової компанії як споживача перестрахових послуг. Більше того, як вже було зазначено, настання страхового випадку не є прямою підставою для виконання перестраховиком свого перестрахового зобов'язання.

Відтак, перестрахові та страхові інтереси характеризуються наявністю потреби у захисті різних майнових інтересів.

Досліджуючи особливості перестрахових відносин, Д.Е. Дмітрієва також робить висновок про нетотожність "страхового інтересу перестрахувальників" страховому інтересу страхувальників за відповідними договорами страхування та перестрахування. Разом із тим, "прагнення виконати свої зобов'язання за первинним договором страхування" науковець помилкового визначає не майновим, а перестраховим інтересом перестрахувальника [VII, 64-65].Таким чином, зазначене підтверджує існування в науковій літературі поглядів щодо необхідності розмежування страхових та перестрахових інтересів, а також ще раз наголошує на проблемі співвідношення понять майновий та страховий/перестраховий інтерес.

Окрім того, вважаємо за необхідне висловити думку про існування поряд із особливими майновими інтересами перестрахувальників, також і відмінних від страхових перестрахових потреб даних суб'єктів. Дана позиція пояснюється тим, що перестраховий інтерес перестрахувальника обумовлений не потребою відшкодувати відповідні матеріальні збитки (як це відбувається при страхуванні) [XIII, с. 33], а потребою виконати власні страхові зобов'язання.

Однак, переважна більшість науковців, зокрема К. Г. Семенова притримується протилежної точки зору, відповідно до якої перестраховий інтерес або, як відзначає автор, "страховий інтерес перестрахувальника" пов'язаний із витратами, що можуть виникнути у зв'язку з виконанням перестрахувальником своїх зобов'язань за основним договором страхування, у якому він виступає як страховик. Наявність даного інтересу в прийнятому ризику дозволяє перестрахувальникові захищати свій інтерес шляхом перестрахування [XV, с. 41-42].

Дослідивши вищезазначену позицію Ю. Б. Фогельсона про віднесення перестрахування до одного із різновидів майнового страхування та, відповідно, ототожнення майнових інтересів страхувальників та перестрахувальників [XXI, с. 114-115], логічно припустити, що на думку науковця, перестраховий інтерес перестрахувальника так само виникає у зв'язку з потребою відшкодувати йому збитки, заподіяні виконанням, прийнятого на себе зобов'язання.

Проте, суттєві відмінності між інститутами страхування та перестрахування, а також різниця у відповідних майнових інтересах свідчать про неприпустимість зведення сутності перестрахового інтересу до потреби відшкодування перестрахувальнику відповідних матеріальних збитків.

На наш погляд, перестраховий інтерес, на відміну від страхового, не пов'язаний із потребою відшкодування, понесених відповідними суб'єктами збитків, а обумовлений потребою створення умов для можливості виконання перестрахувальниками прийнятих на себе страхових зобов'язань належним чином та в повному обсязі, та, як наслідок, продуктивності здійснення власної страхової діяльності.

Більше того, виконання страховиками власних зобов'язань за первинним договором страхування, враховуючи зміст страхової діяльності, який полягає у наданні страхових послуг, а також її підприємницький характер, що виражається в отриманні відповідної винагороди за надання даних послуг, навряд чи, можна взагалі визнати збитком.

Таким чином, перестраховий інтерес відрізняється від страхового інтересу не лише наявністю відмінних майнових інтересів, у захисті яких існує потреба, але й відмінною сутністю перестрахової потреби, яка й породжує відповідний інтерес та трансформується у його зміст.

Розрізняючи між собою страхові та перестрахові відносини, О. В. Кнейслер також вбачає відмінності в інтересах, на захист яких спрямовані інститути страхування та перестрахування. Зокрема, як відзначає автор, при укладанні перестрахового договору перестрахувальник захищає власні страхові інтереси, забезпечуючи собі додаткові гарантії виконання страхових зобов'язань, а страхувальник – майнові інтереси, пов'язані: із життям, здоров'ям і працездатністю; водінням, користуванням і розпорядженням майном; відшкодуванням страхувальником заподіяної ним шкоди особі або її майну [VIII, с. 154].

В даному випадку, при встановленні інтересів, на які спрямовано страховий та перестраховий захист, автор використовує категорії "страховий інтерес" та "майновий інтерес" як синоніми.

Проте, як вже було відзначено, дані інтереси, хоча й взаємопов'язані, але різняться між собою. Більше того, при укладанні договору перестрахування у перестрахувальника виникає не страховий, а перестраховий інтерес, який полягає у потребі захистити майнові інтереси, пов'язані із бажанням виконати прийняті на себе страхові зобов'язання. Страховий же інтерес виникає у страхувальника при укладанні договору страхування і полягає в потребі захистити свої майнові інтереси, пов'язані із життям, здоров'ям і працездатністю, водінням, користуванням і розпорядженням майном чи відшкодуванням заподіяної ним шкоди особі або її майну.

Разом із тим, висловлену науковцем думку про те, що перестраховий інтерес перестрахувальника, пов'язаний із його потребою забезпечити додаткові гарантії виконання власних страхових зобов'язань, вважаємо, цілком доречною та приєднуємося до неї.

Отже, на підставі вищезазначеного, майновий інтерес перестрахувальника є потребою у виконанні ним прийнятих на себе зобов'язань за договором страхування, а ***перестраховий інтерес*** – потребою у перестраховому захисті відповідного майнового інтересу. **А тому, потреба у перестрахуванні або *перестрахова потреба* є нічим іншим, ніж усвідомленою необхідністю у перестраховому захисті.**

Окрім того, зважаючи на те, що інтерес містить у собі не лише потребу, але й шляхи її задоволення [IX, с. 65], особливої уваги потребує такий механізм задоволення перестрахової потреби як перестраховий захист.

З цього приводу також слід навести наукову позицію В. В. Нечипоренка щодо некоректності застосування в правових джерелах запозичених з економічної та фінансової літератури таких формулювань як "забезпечення перестрахового захисту" і "перестрахове покриття" [XII, с. 9]. На думку науковця, жодна із сторін договору перестрахування не здійснює захист будь-кого або будь-чого в прямому значенні цього слова. Іншими словами, ніхто нікому не надає послуги захисту, а мова йде про надання фінансової послуги, яка полягає, у зобов'язанні відшкодування ймовірної шкоди на умовах укладеної угоди. У зв'язку з цим, запропоновано в якості найбільш вдалого замінника понять "перестраховий захист" та "перестрахове покриття" використовувати такі дефініції як "перестрахове зобов'язання" або "фінансова послуга перестрахування" [XII, с.132-133].

К. Г. Семенова надає схоже визначення перестрахового захисту (яке ґрунтується на висловленому автором підході щодо розуміння сутності перестрахового інтересу), під яким вона розуміє зобов'язання перестраховика відшкодувати перестрахувальникові відповідно до умов договору витрати, пов'язані з виконанням перестрахувальником своїх зобов'язань за укладеним ним як страховиком договором страхування [XV, с. 44-45].

Спробуємо не погодитися із зазначеною позицією, адже, враховуючи встановлений нами особливий зміст перестрахового інтересу, перестраховий захист полягає не у відшкодуванні перестрахувальнику ймовірної шкоди у зв'язку із виконанням або необхідністю виконання ним свої зобов'язань за договором страхування, а у комплексному захисті його майнових інтересів, а саме: у забезпеченні впевненості у можливості виконувати прийняті на себе зобов'язання у разі настання непередбачуваних подій, а, відповідно, і продовжувати здійснення власної підприємницької діяльність та отримувати прибуток за її результатами, що забезпечується шляхом здійснення перестрахової виплати.

Таким чином, поняття "перестраховий захист" є ширшим за поняття "перестрахове зобов'язання" та повністю охоплює його як один із своїх проявів. Більше того, перестрахове зобов'язання полягає не у відшкодуванні понесених перестрахувальником збитків, а у здійсненні перестрахової виплати, яка є додатковою гарантією для виконання ним власних страхових зобов'язань.

Висновки. Проведений аналіз дає підстави стверджувати про наявність у перестрахувальників специфічних майнових інтересів, у захисті яких існує відповідна перестрахова потреба. Разом із тим, сутність даної потреби полягає у необхідності створення умов для можливості виконання ними прийнятих на себе зобов'язань за первинним договором страхування, а її задоволення відбувається за рахунок здійснення особливого перестрахового захисту. Таким чином, зазначені особливості свідчать про самостійний характер перестрахового інтересу та неможливості його ототожнення зі страховим інтересом.

Список використаних джерел

I. Про страхування: Закон України від 7 березня 1996 року № 85/96-ВР / Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 18. – Ст. 78.

II. Александров Д. В. Категорія "інтерес" як об'єкт протосоціологічної та соціологічної рефлексії : автореф. дис. … канд. соц. наук : спец. 22.00.01 "Теорія та історія соціології" / Д. В. Александров; Інститут соціології Національної академії наук України. – К., 2009. – 16 с.

III. Базилевич В. Д. Економічна теорія: Політекономія: Підручник [Електронний ресурс] / В. Д. Базилевич. – Знання-Прес. – 2008. – Режим доступу до ресурсу: http://pidruchniki.com/1281041939912/politekonomiya/ ekonomichni_interesi_yihnya_klasifikatsiya_vzayemodiya.

IV. Богатырев Ф. О. Интерес в гражданском праве / Ф. О. Богатырев // Журнал российского права. – 2002. – № 2. – С. 33–43.

V. Вінник О. М. Теоретичні аспекти правового забезпечення реалізації публічних і приватних інтересів в господарських товариствах : дис. …докт. юр. наук : 12.00.04 "Господарське право; господарсько-процесуальне право" / Вінник Оксана Мар'янівна; Київський націон. ун-т. ім. Тараса Шевченка. – К., 2004. – 631 с.

VI. Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав / В. П.Грибанов. – М. : Статут, 2000. – 411 с.

VII. Дмитриева Д. Э. Правовое регулирование отношений перестрахования с участием российских и иностранных страховщиков : дис. … канд. юр. наук : 12.00.03 "Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право" / Дмитриева Дина Энверовна; Российский униврситет Дружбы народов. – М., 2013. – 206 с.

VIII. Кнейслер О. В. Ідентифікація перестрахувальної послуги у системі страхових відносин / О. В. Кнейслер // Фінансовий простір. – 2013. – № 3. – С. 152–155.

IX. Лавриненко Н. В. Интересы как категория исторического материализма / Н. В. Лавриненко // Вестник МГУ. – Сер. Философия. – 1964. – №1. – С.60–69.

X. Малеин М. С. Охраняемый законом интерес / М. С. Малеин // Советское государство и право. – 1980. – №1. – С. 27–34.

XI. Мен Е. М. Имущественное страхование по законодательству СССР / Е. М. Мен. – М. : Издание Главного правления государственного страхования, 1924. – 73 с.

XII. Нечипоренко В. В. Цивільно-правове регулювання перестрахування в Україні : дис. … канд. юр. наук : 12.00.03 "Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право" / Нечипоренко Василь Віталійович; НАН України Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. – Київ, 2012. – 200 с.

XIII. Пацурія Н. Б. Страховий інтерес: теоретичне обґрунтування та проблем правового закріплення / Н. Б. Пацурія // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – 2011. – Вип. 88. – С. 31–36.

XIV. Пацурківський П. С. Юридична категорія "інтерес" у цивільному праві / П. С. Пацурківський, Ю. П. Пацурківський // Науковий вісник Чернівецького університету. – Правознавство. – 2003. –Вип. 200. – С. 45–50 с.

XV. Семенова К. Г. Договір перестрахування : дис. … канд. юр. наук : 12.00.03 03 "Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право" / Семенова Катерина Геннадіївна; Харківський національний університет внутрішніх справ. – Харків, 2007. – 190 с.

XVI. Семеняка В. В. Договірно-правове забезпечення відносин при перестрахуванні [Електронний ресурс] / В. В. Семеняка // Страхова справа: Науково-практичний журнал.. – 2003. – Режим доступу до ресурсу: http://forinsurer.com/public/04/03/02/1728.

XVII. Серебровский В. И. Страхование / И. В. Серебровский – М. : Финиздат, 1927. – 173 с.

XVIII. Скрипченко О. В. Загальна психологія [Електронний ресурс] / О. В. Скрипченко, Л. В. Долинська, З. В. Огороднійчук – Режим доступу до ресурсу: http://westudents.com.ua/knigi/505-zagalna-psihologya-skripchenko-ov-.html.

XIX. Философский словарь / Под ред. И. Т. Фролова. – 4-е изд. – М. : Политиздат, 1981. – 445 с.

XX. Философский словарь / Под ред. И. Т. Фролова. – 7-е изд. перераб. и доп. – М. : Республика, 2001. – 719 с.

XXI. Фогельсон Ю. Б. Страховое право: теоретические основы и практика применения: монография / Ю. Б. Фогельсон. – М. : Норма : ИНФРА М, 2012. – 576 с.

XXII. Щербина В. С. Господарське право: підруч. / В. С. Щербина. – 5-те вид., переробл. і допов. – К. : Юрінком Інтер, 2012. – 600 с.

Найдійшла до редколегії 07.08.15

И. Войцеховская, асп.
Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Киев, Украина

ПЕРЕСТРАХОВОЧНЫЙ ИНТЕРЕС: ПОНЯТИЕ И ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА

В статье осуществляется общая характеристика перестраховочного интереса как отдельной и самостоятельной правовой категории. В частности, выявляется особый характер имущественных интересов перестраховщиков, устанавливается специфическая сущность перестраховочных потребностей и раскрывается механизм перестраховочной защиты. Обосновывается целесообразность разграничения страхового и перестраховочного интереса.

Ключевые слова: потребность; интерес; страховая потребность; страховой интерес; перестраховочная потребность; перестраховочный интерес; страховая защита; перестраховочная защита.

I. Voitsekhovska, post graduate student
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

REINSURABLE INTEREST: CONCEPT AND GENERAL CHARACTERISTICS

Abstract. The article gives the general characteristic of reinsurable interest as separate and independent legal category. In particular, the author defines the special nature of the property interests of insurers, establishes the specific essence of reinsurance needs and reveals the mechanism of reinsurance protection. The article also substantiates the feasibility of differentiation of insurance and reinsurance interests.

Keywords: need; interest; insurance needs; insurable interest; reinsurance needs; reinsurable interest; insurance protection; reinsurance protection.

УДК 347.151:612.63

О. Рябенко, асп.
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ

ПРАВО ОСІБ МАТИ ДИТИНУ ШЛЯХОМ ЗАСТОСУВАННЯ СУРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА

У статті проаналізовано нове явище у сучасному суспільстві – сурогатне материнство як один із видів методів допоміжних репродуктивних технологій. Окрема увага приділена поняттю та ознакам договору про сурогатне материнство.

Ключові слова: репродукція, право на репродукцію, сурогатне материнство, договір сурогатного материнства.

Кожна людина на Землі прагне до продовження власного роду, а, отже, народження здорових нащадків. На жаль, одного бажання часто буває недостатньо. В Україні, за різними даними, кожна п'ята родина не може мати дитину природним шляхом. У таких випадках особи вимушені звертатися до застосування щодо них програм допоміжних репродуктивних технологій. Одним із проявів допоміжної репродукції є метод сурогатного материнства.

Сурогатне материнство – один із нових інститутів сучасного суспільства, що з'явився наприкінці XX ст. В одних країнах – це абсолютно законне явище, в інших – легальне при дотриманні певних умов. У ряді інших країн – це повністю заборонений інститут. Сурогатне материнство має певні проблеми правового та морального характеру. І, не дивлячись на те, що законодавець намагається певним чином залагодити юридичні негаразди, вирішити проблеми морально-етичного характеру виявляється набагато складніше.

З правової точки зору, за переконанням Р.А. Майданика, відносинами сурогатного материнства є правовідносини щодо виношування сурогатною матір'ю дитини, зачатої біологічними батьками (повна сурогатність) або донором і жінкою з використанням її яйцеклітини (часткова/гендерна сурогатність), чи за допомогою до-

© Рябенко О., 2015

норського ембріона (який не має генетичного зв'язку з батьками), застосування до сурогатної матері відповідних процедур, наступної передачі дитини біологічним батькам та визнання батьківства у встановленому законодавством порядку на підставі договору, укладеного між батьками цієї дитини та сурогатною матір'ю, або між зазначеними особами і медичним закладом.

Сурогатне материнство – це один із методів лікування безпліддя шляхом застосування сучасних допоміжних репродуктивних технологій, за якого ембріон, отриманий від генетичних батьків, переноситься у порожнину матки іншої жінки. Це відносно нове явище для нашого суспільства, але воно вже встигло отримати своїх прибічників та супротивників.

Сурогатне материнство застосовується у тих випадках, коли виношування і народження дитини жінкою пов'язане із ризиком для її життя та здоров'я та (або) життя та здоров'ядитини або якщо це фізіологічно неможливо. Законодавчу основу застосування сурогатного (або замінного, як зазначається у законодавстві) материнства становить розділ 6 Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні, затвердженого Наказом Міністерства охорони здоров'я України від 9 вересня 2013 року №787 (далі – Порядок).

Зарубіжний досвід застосування явища сурогатного материнства є неоднозначним. Законодавство Франції та Швеції сурогатне материнство забороняють повністю. У Норвегії, Іспанії, Швейцарії дозволене лише некомерційне сурогатне материнство. У ряді країн, таких як Данія, Ізраїль, Канада, Великобританія – дане явище є легальним при дотриманні певних умов. У Німеччині спроба імплантації ембріона жінці, яка в подальшому має намір відмовитися від такої дитини, є злочином, при цьому відповідальність буде нести лікар, що здійснив перенос ембріона. Разом з тим, у Російській Федерації, Україні, Грузії, Республіці Білорусь даний вид допоміжної репродукції отримує все більше поширення.

Тема сурогатного материнства була предметом незначної кількості досліджень. Так, цю доволі вузьку за змістом тематику вивчали Н.А.Аблятіпова, І.Я.Верес, О.Ю.Кашинцева, Р.А.Майданик, Г.Б.Романовський, Н.В. Хараджа та ряд інших. Як справедливо зазначає Р.А.Майданик, незважаючи на 20-річний досвід правового регулювання відносин сурогатного материнства, в Україні до цього часу відсутні спеціальні нормативно-правові акти, які регулюють правовідносини, що виникають між сторонами сурогатного материнства, що не сприяє належному здійсненню і захисту репродуктивних прав їх носіїв, стабільному розвитку цих відносин.

Аналізуючи зарубіжне законодавство, Г.Б. Романовський зазначив про те, що воно детально регламентує усі етапи програми сурогатного материнства, чого не можна спостерігати у законодавстві країн східної Європи. Основними моментами, що потребують правового втручання є:

– медичні показання до сурогатного материнства. Дана процедура має носити винятковий характер, а не бути заміною традиційному виношуванню та народженню дитини;

– спеціальні вимоги до кандидатури сурогатної матері. Наприклад, у Бразилії цю роль може виконати лише родичка генетичних батьків;

– попереднє санкціонування конкретної угоди між подружжям та жінкою-донором. Так, в Ізраїлі така угода має отримати схвалення комітету, що складається із працівників соціальної сфери, лікарів та релігійних діячів;

– оцінка здатності батьків забезпечити добробут майбутній дитині.

На думку ряду вчених, найпрогресивнішою є система регулювання правовідносин сурогатного материнства, існуюча в переважній більшості штатів США, де законодавцем дозволене комерційне сурогатне материнство. Дійсно, уся процедура сурогатного материнства є складним біологічним процесом, що повсякчас пов'язана із певними фізичними, фізіологічними та психічними навантаженнями для жінки, яка виступає у ролі сурогатної матері.

Для утримання під час вагітності, задоволення елементарних потреб вагітної та породіллі, для відновлення та повної реабілітації організму після пологів, такій жінці потрібні певні кошти. Саме через цю обставину більшість практикуючих юристів, що забезпечують правове супроводження процедур сурогатного материнства, згодні з тим, що кошти, які отримує сурогатна мати після народження дитини необхідно називати не "винагородою", а "компенсацією". Іншими словами, така "компенсація" має на меті покрити понесені сурогатною матір'ю витрати, неотриманий заробіток, компенсувати, хоча б частково, усі ті незручності та ризики, пов'язані із процесом виношування вагітності та безпосередньо пологами.

Існує два різновиди сурогатного материнства: гестаційне (сурогатна мати не має генетичного відношення до дитини) та гендерне (жінка виношує генетично свою дитину).

Перша дитина, яку народила сурогатна матір, з'явилася в Англії в 1978 році. Перший випадок гестаційного сурогатного материнства у світі був здійснений у 1985 році, а в Україні – у 1993 році, коли бабуся виносила свого онука, адже у її доньки була відсутня матка.

За визначенням, яке наводить Всесвітня організація охорони здоров'я, сурогатна мати або носій вагітності – жінка, у якої вагітність настала в результаті запліднення ооцитів третьої сторони спермою третьої сторони (третьою стороною є генетичні батьки). Сурогатна мати виношує вагітність з наміром або за домовленістю, що дитину буде усиновлено однією чи обома особами, які виробили ці гамети.

Спеціального законодавчого регулювання відносин сурогатного материнства наразі в Україні не існує. Ст.123 Сімейного кодексу України (далі – СК України) визначає походження дитини, народженої із застосуванням допоміжних репродуктивних технологій. З аналізу даної статті можна зрозуміти, що в Україні дозволений лише один вид сурогатного материнства, а саме гестаційним способом. Усі інші способи залишилися поза увагою законодавця. Визначення самого поняття сурогатного материнства, як і інших споріднених понять, український законодавець не дає. Як правильно зазначає В.Г. Третьякова, відсутність чіткого і однозначного визначення поняття "сурогатного материнства" на законодавчому рівні створює у цій частині правовий вакуум в цивільному праві, оскільки встановлення правового інституту "сурогатного материнства" при відсутності дефініції останнього створює сприятливі умови для укладення заздалегідь деліктних угод, підґрунтя для виникнення негативних правових наслідків для дитини, яка народжується від сурогатної матері, наприклад, в питаннях спадкоємства, захисту прав дитини, виконання щодо неї обов'язків з боку "соціальних" батьків.

Якщо наблизитися до розуміння самої суті сурогатного материнства, необхідно знову звернутися до праці Р.А. Майданика. Так, зазначається, що технологічно сурогатне материнство передбачає послідовне вчинення певних юридично значимих дій: 1) надання згоди біологічних батьків на імплантацію ембріона з використанням їхнього генетичного матеріалу в організм іншої жінки; 2) укладення договору про виношування дитини

сурогатною матір'ю; 3) застосування до сурогатної матері відповідних процедур, запліднення і виношування дитини; 4) наступна передача дитини біологічним батькам з усіма юридичними наслідками.

Повертаючись до законодавчого регулювання відносин сурогатного материнства, слід зазначити, що, на жаль, і по даному питанню немає єдиного вітчизняного нормативно-правового акту, який би відповідав на усі питання, що виникають при використанні даного методу допоміжних репродуктивних технологій. Норми містяться у різних джерелах та, здебільшого, мають декларативний або фрагментарний характер.

Так, ЦК України у ст. 281 дозволяє проведення щодо повнолітніх чоловіка та жінки за медичними показаннями програм допоміжних репродуктивних технологій. Ч.2 ст. 123 СК України регламентує положення про те, що батьками дитини є подружжя у разі перенесення в організм іншої жінки ембріона людини, зачатого подружжям в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій.

Згідно з ч. 2 ст. 139 СК України оспорювання материнства не допускається у разі перенесення в організм іншої жінки ембріона людини, зачатого подружжям в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій. Така норма захищає подружжя від будь-якого впливу чи спекуляцій зі сторони сурогатної матері, що, на нашу думку, є абсолютно виправданим. Цікаво, що схожу норму віднедавна має і російське законодавство. 1 січня 2012 року у Російський Федерації набув чинності Федеральний закон "Про основи охорони здоров'я громадян Російської Федерації". Якщо раніше біологічні батьки укладали договір із сурогатною матір'ю на свій ризик, то нині права обох сторін закріплені законом; сурогатне материнство у Росії отримало законну комерційну основу.

У п. 10 розділу 3 Наказу Міністерства Юстиції України № 1154/5 від 22.11.2007 р. встановлено порядок реєстрації дитини: "У разі народження дитини жінкою, якій в організм було перенесено ембріон людини, зачатий подружжям в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій, реєстрація народження провадиться за заявою подружжя, яке дало згоду на таке перенесення. У цьому разі одночасно з документом, що підтверджує факт народження дитини цією жінкою, подається засвідчена нотаріусом її письмова згода на запис подружжя батьками дитини".

Порядок застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні містить окремий розділ 6, який визначає показання для сурогатного материнства, алгоритм його здійснення, вимоги до сурогатної матері, перелік документів, необхідних для проведення сурогатного материнств тощо.

Вимоги, що ставляться до жінки, що бажає стати сурогатною матір'ю досить численні, але все це сприяє фізичній та психічній безпеці, перш за все, самої сурогатної матері. Так, це має бути повнолітня дієздатна жінка за умов наявності у неї власної здорової дитини, яка надала інформовану згоду щодо виконання ролі сурогатної матері шляхом написання заяви та відсутність у неї медичних протипоказань. Як зазначає О.Ю. Кашинцева, багаторічний досвід дослідження цієї проблематики не лише в Україні дає право зробити певні узагальнення: жінка, яка вирішує стати сурогатною матір'ю, чітко усвідомлює як сам процес, так і всі його наслідки, і в моральній, і в психологічній, і в фізичній площинах здатна його пережити без моральних та фізичних страждань.

Задля того, щоб уникнути непередбачуваних ситуацій у відносинах щодо виношування дитини та з метою захисту прав обох сторін відносини щодо сурогатного материнства повинні детально регламентуватися договором, укладеним між сторонами.

Правова природа договору сурогатного материнства є дискусійною. Основна дискусія точиться навколо галузевої належності даного виду договору. Одні вчені вбачають у ньому ознаки цивільно-правового договору, інші – виду сімейно-правового договору. Наприклад, ряд науковців, зокрема І.Я. Верес вважає, що договір про сурогатне материнство слід віднести до сімейно-правових договорів і передбачити у СК України. На нашу думку, договір сурогатного материнства є непоіменованим цивільно-правовим договором договором, і хоча він прямо не передбачений цивільним законодавством, його не слід відносити до жодного з відомих законодавцю видів приватно-правових договорів. Однак, за своєю природою цивільно-правові відносини, що виникають з договору сурогатного материнства близькі до договору про надання послуг. Не дивлячись на специфіку даного договору, на думку ряду науковців, відносини між сурогатною матір'ю та подружжям можна розглядати як послугу.

На думку вітчизняних науковців, за своїм предметом цей договір є договором про надання послуги сурогатного материнства; ембріон і дитину, народжену сурогатною матір'ю, можна розглядати як своєрідний об'єкт договору. На думку окремих вчених, предметом договору не може бути передача дитини від сурогатної матері її біологічним батькам, оскільки торгівля дітьми заборонена. Тому договір повинен передбачати тільки виплату певної компенсації з метою створення найбільш сприятливих умов для виношування дитини і подальшої реабілітації. Інші вчені вважають, що предметом договору, навпаки, виступає обов'язок жінки виносити, народити і передати дитину подружжю, яке надає генетичний матеріал. Наша позиція зводиться до того, що предметом даного виду договору потрібно вважати безпосередні дії сурогатної матері по виношуванню вагітності та народженню дитини, тобто надання своєрідної послуги, яка завершиться народженням дитини сурогатною матір'ю для генетичних батьків. Необхідно також пам'ятати, що результатом надання послуги буде виступати саме народження дитини, а не дитина, як така.

Можна виокремити значний перелік ознак договору про сурогатне материнство. Так, даному виду договору притаманні такі характеристики, як консенсуальність, строковість, письмова форма договору, дво- або багатосторонність, оплатність чи безоплатність тощо.

Даний вид договору, як вже зазначалося, є цивільно-правовим договором, не дивлячись на те, що відносини між подружжям та сурогатною матір'ю в рамках договору про сурогатне материнство існують на межі юрисдикції цивільного та сімейного права. Однак, більшість науковців, думку яких ми повністю поділяємо, акцентують увагу на цивільно-правовій природі відповідного договору.

Договір про сурогатне материнство виступає основним документом, що регулює відносини між сурогатною матір'ю та подружжям. Саме через те, що він стосується регулювання як майнових, так і немайнових прав обох сторін, то відповідно і умови договору мають відповідати вимогам не тільки цивільного, а і сімейного законодавства. У договорі максимально чітко, зрозуміло та у повному обсязі слід визначити всі підходи та процедури, пов'язані із застосуванням цього методу допоміжної репродукції.

Право подружжя мати дитину шляхом застосування сурогатного материнства є одним із найбільш дискусійних саме через правову та соціальну природу власне явища сурогатного материнства. Як вже зазначалося,

це відносно нова, прогресивна процедура, але подекуди суспільство не готове сприймати її як адекватну відповідь у вирішенні проблеми безпліддя.

Супротивники сурогатного материнства вважають, що воно перетворює дітей на товар, створюючи ситуацію, коли заможні люди зможуть наймати жінок для виношування власних нащадків. Крім того, вважається, що це буде сприяти експлуатації жінок, а церква у цьому бачить дегуманізуючу, аморальну тенденцію, що подриває священність шлюбу та сім'ї. Найбільш дієвим засобом, що дозволить попередити та запобігти експлуатації по відношенню до жінки, що готується стати сурогатною матір'ю, має стати її максимально повне ознайомлення із сутністю процедури, комплексом ризиків та можливих ускладнень при застосуванні даного методу допоміжної репродукції. Ще одним негативним аспектом явища сурогатного материнства все частіше називають важку психологічну ситуацію, що складається для сурогатної матері, адже за дев'ять місяців виношування дитини жінка встигає звикнути та прив'язатися до малечі у своїй утробі, що природньо.

Прибічники ж сурогатного материнства дивляться на все з набагато більшим оптимізмом. Головним їх аргументом, з яким важко не погодитися, є те, що для осіб, які в силу об'єктивних невідворотних обставин не можуть мати дітей та завагітніти природним шляхом (відсутність або деформація матки, тяжкі соматичні захворювання, структурно-морфологічні зміни ендометрія тощо), це єдиний шанс на народження генетично рідної для них дитини. Через це вони змушені застосувати такий вид допоміжних репродуктивних технологій, як сурогатне материнство. Крім того, прихильники цього явища не вважають сурогатне материнство формою експлуатації жінок. Волевиявлення сурогатної матері передати дитину після народження генетичним батькам фіксується у договорі. Жінка, що виступає у ролі сурогатної матері, навпаки, окрім того, що отримує фінансову компенсацію за весь період вагітності, має отримувати і моральне задоволення від того, що допомагає нещасним людям на шляху до омріяного материнства. Це має розглядатися як акт прояву людяності та великої любові до світу.

На переконання автора, сурогатне материнство – це складне суспільне, моральне та медичне явище. Але разом з тим, у багатьох випадках саме сурогатне материнство – це єдиний спосіб для безплідного подружжя отримати рідну дитину з батьківським генотипом, тому заборона цього методу позбавить їх такої можливості повністю. Крім того, враховуючи, що інститут сурогатного материнства отримує з кожним роком все більшого і більшого поширення на теренах усього світу, введення будь-яких обмежень на використання даного методу, а тим паче його повної заборони, навряд чи допоможе вирішити проблеми, що виникають у цій сфері. Скорішe, навпаки, як завжди це призведе до нелегального досвіду виношування дитини "на замовлення", без належних умов медичного та юридичного характеру, з численними порушеннями та ускладненнями.

У той же час, договір сурогатного материнства можна визначити як непоіменований цивільно-правовий договір, одна сторона якого надає власний біологічний матеріал для проведення процедури запліднення (генетичні батьки), а друга сторона (сурогатна мати) зобов'язується виносити та народити дитину, передати її генетичним батькам із отриманням відповідної грошової компенсації генетичних батьків за втрати, понесені сурогатною матір'ю під час вагітності та пологів.

Список використаних джерел

1. Аблятіпова Н.А. Проблеми сурогатного материнства в Україні // Кримський юридичний вісник. – 2010. – Вип. 1 (8). Частина ІІ. – [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://archive.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/Kyuv/2010_1_2/40.pdf
2. Кашинцева О.Ю. Право мати генетично рідну дитину // Юридична газета. – 2012. – № 21 (311). – С.6-7.
3. Корсак В.С. Суррогатное материнство // Проблемы репродукции. – 2006. – №3. – С.6.
4. Майданик Р.А. Договір про сурогатне материнство за українським правом: питання теорії та практики // Право України. – 2012. – №9. – С.215-225. – С.222.
5. Наказ міністерства юстиції №1154/5 від 22.11.2007 р. "Про внесення змін до Правил реєстрації актів цивільного стану в Україні" // Офіційний вісник України. – 2007. – №90. – С.87.
6. Пестрикова А.А. Суррогатное материнство в России: монография / А.А.Пестрикова. – Самара: Самар. гуманит. акад., 2008. – 180 с.
7. Порядок застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні, затверджений Наказом Міністерства охорони здоров'я України від 9 вересня 2013 року №787 // Офіційний вісник України. – 2013. – №82. – С.446.
8. Романовский Г.Б. Понятие, содержание и значение репродуктивных прав человека и гражданина // Личные неимущественные права: проблемы теории и практики применения: сб. статей и иных материалов / под ред. Р.А. Стефанчука. – К.: Юринком Интер, 2010. – С. 276.
9. Сопель М.В. Правові аспекти сурогатного материнства: Україна та США // Медичне право України: правовий статус пацієнтів в Україні та його законодавче забезпечення (генезис, розвиток, проблеми і перспективи вдосконалення). Матеріали ІІ Всеукраїнської науково-практичної конференції 17-18.04.2008. – Львів. [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://medicallaw.org.ua/uploads/media/02_314.pdf
10. Третьякова В. Цивільно-правові аспекти сурогатного материнства // [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://archive.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Nzizvru/2012_4/p13_21.html
11. Федеральный закон от 21 ноября 2011 г. №323-ФЗ "Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации" // Собрание законодательства Российской Федерации от 28 ноября 2011 г. №48.
12. Франчук С. Юридичні та етичні аспекти репродуктивної медицини // Юридична газета. – 2007. – №50. – С.6.

Надійшла до редколегії 08.08.15

Е. Рябенко, асп.
Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Киев, Украина

ПРАВО ЛИЦ ИМЕТЬ РЕБЕНКА ПУТЕМ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ СУРРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА

В статье проанализировано новое явление в современном обществе – суррогатное материнство как один из видов методов вспомогательных репродуктивных технологий. Отдельное внимание уделено понятию и признакам договора о суррогатном материнстве.

Ключевые слова: репродукция, право на репродукцию, суррогатное материнство, договор суррогатного материнства.

O. Riabenko, post graduate student
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

RIGHT OF PEOPLE TO HAVE A BABY USING SURROGATE MATERNITY

The article is to do with new phenomenon in modern society – surrogacy as one of the methods of assisted reproductive technologies. Some attention is paid to the definition and characteristics of surrogacy agreement.

Keywords: reproduction, the right of reproduction, surrogacy, surrogacy agreement

УДК 343.131

В. Нестор, асп.
Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Київ

ПРОБЛЕМИ ТА ШЛЯХИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ОРГАНІЗАЦІЇ ДІЯЛЬНОСТІ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

У статті проведено порівняльний аналіз діяльності органу конституційного правосуддя в Україні із Конституційним Судом Литовської Республіки, розкрито питання відносно вдосконалення законодавчих норм, що регулюють діяльність Конституційного Суду України.

Ключові слова: конституційне правосуддя, Конституційний Суд, судочинство, порівняльна характеристика судів.

Аналіз організації діяльності Конституційного Суду України свідчить про наявність цілого ряду проблем, усунення яких сприятиме вдосконаленню здійснення конституційного правосуддя. Такими основними проблемами є неможливість зміни правового положення конституційного суду у зв'язку зі зміною політичного керівництва держави, проблема призначення та вступу на посаду судді конституційного суду (зокрема, неналежних професійних та моральних якостей суддів), проблеми правового регулювання статусу суддів Конституційного Суду України тощо.

Як зазначає Р. Мартинюк, реальне досягнення позаполітичного статусу Конституційного Суду України у вітчизняній державно-правовій практиці, нажаль, залишається нерозв'язаною проблемою, яка відображає загальну ситуацію із залежністю судових органів в Україні від інших владних структур [5].

Якщо взяти до уваги пануючу хронологію діяльності Конституційного Суду України [6], то можна побачити, що її етапи напряму залежать від зміни політичного керівництва держави.

Так період становлення і утвердження Конституційного Суду України (1997 р. – 2003 р.), що характеризувався поступовим накопиченням авторитету Конституційного Суду України в суспільстві, становленням його як єдиного органу конституційної юрисдикції в нашій державі, усталенням його правової практики та основних процедур припадає на часи президентства Л.Д. Кучми.

В свою чергу, період ослаблення та залежності Конституційного Суду України, що характеризується поступовим зменшенням його авторитету, формуванням його персонального складу виходячи не скільки з професійних якостей суддів, а виходячи з політичної доцільності припав на часи президентства В.А. Ющенка та В.Ф. Януковича.

Через це, деякі юристи навіть пропонують ліквідувати Конституційний Суд України, а його повноваження передати Верховному Суду України [7].

М. Оніщук зазначає про те, що говорити сьогодні про Конституційний Суд України як про незалежний, неупереджений і політично незаангажований орган досить складно. На думку науковця, було б доцільно під час розгляду питань щодо підготовки нової редакції Конституції України, розглянути і питання щодо передачі функцій Конституційного Суду Верховному Суду України, відповідно, змінивши принципи його формування та компетенцію.

Для зменшення впливу політичного фактору на діяльність суду більш детальна регламентація порядку утворення Конституційного Суду, складення суддями присяги тощо із посади та інших найважливіших моментів у визначенні правового статусу Конституційного Суду на конституційному рівні суттєво ускладнить зміну статусу Конституційного Суду України на законодавчому рівні в політичних цілях.

В цьому контексті було б доцільним застосування досвіду Литовської Республіки в даній сфері. Порівнюючи Конституцію України та Основний Закон Литовської Республіки можна стверджувати, що в Литовській Республіці правовий статус Конституційного Суду врегульований значно детальніше. Зокрема, в Литовській Республіці на рівні Основного закону закріплені такі важливі аспекти діяльності Конституційного Суду як: необхідність складання присяги суддею конституційного суду, вимоги несумісності діяльності судді конституційного суду з іншими видами діяльності, а також про підстави припинення повноважень судді конституційного суду. Треба сказати також про те, що в конституції Литовської Республіки більш детально врегульовані вимого до суддів конституційного суду. На нашу думку, було б доречним закріпити ряд подібних положень і в Конституції України.

В ст. 104 Конституції Литовської Республіки зазначено про те, що до того як суддя Конституційного суду приступає до виконання своїх обов'язків судді Конституційного суду він складає в Сеймі присягу на вірність Литовській Республіці та Конституції. В Конституції України відсутні положення про необхідність складання суддею Конституційного Суду присяги.

Необхідність складення присяги, її текст, та порядок складання передбачені в Законі України "Про Конституційний Суд України" та Постанові Верховної Ради України "Про порядок складення у Верховній Раді України присяги суддею Конституційного Суду України".

Для того щоб зменшити вплив політичних сил на діяльність Конституційного Суду України, ми вважаємо, що необхідно затвердити на рівні Конституції України обов'язок складення суддею Конституційного Суду України присяги як це передбачено Конституцією Литовської Республіки. Більш того, вважаємо, що необхідно закріпити на рівні Конституції порядок та текст присяги закріплений в ст. 17 Закону України "Про Конституційний Суд України". Це можна здійснити за аналогією зі ст. 79 Конституції України якою встановлений текст присяги народного депутата.

Також необхідно зазначити про те, що в Конституції Литовської Республіки зазначені вимоги щодо діяльності, яка є несумісною з роботою судді Конституційного Суду. В ст. 104 Конституції Литовської Республіки зазначено про те, що судді Конституційного Суду при виконанні своїх обов'язків незалежні від будь-яких державних установ, осіб, або організацій і керуються виключно Конституцією Литовської Республіки. Щодо суддів Конституційного Суду застосовуються обмеження трудової та політичної діяльності, що встановлюються для суддів загальних судів. На відміну від Конституції Литовської Республіки в Конституції України про вимоги несумісності, що застосовуються до суддів Конституційного суду України майже нічого не зазначено. Так, в ст. 149 Конституції України зазначено, що на суддів Конституційного Суду України поширюються гарантії незалежності та недоторканності, підстави щодо звільнення з посади, передбачені статтею 126 цієї Конституції, та вимоги щодо несумісності, визначені в частині другій статті 127 цієї Конституції.

© Нестор В., 2015

Вважаємо, що одним із способів завдяки якому можна зменшити вплив на діяльність Конституційного Суду України в аспекті збільшення урегульованості його діяльності Конституцією України є закріплення в Основному Законі положень щодо вимог несумісності, які ставляться до судді Конституційного Суду України. Ст. 149 Конституції України містить лише відсильну норму відповідно до якої на суддів Конституційного Суду України поширюються ті самі вимоги щодо несумісності, що і на суддів судів загальної юрисдикції передбачені ст. 127 Конституції України. В Україні вимоги, які ставляться до суддів Конституційного Суду деталізовані лише на рівні спеціального Закону. В ст. 16 Закону України "Про Конституційний Суд України" вимоги щодо несумісності дещо деталізовані. Так, відповідно до даної статті судді Конституційного Суду України не можуть належати до політичних партій та профспілок, мати представницький мандат, брати участь у будь-якій політичній діяльності, обіймати будь-які інші оплачувані посади, виконувати іншу оплачувану роботу, крім наукової, викладацької та творчої. Стосовно осіб, які претендують на зайняття посади судді Конституційного Суду України, за їх письмовою згодою проводиться спеціальна перевірка в порядку, встановленому Законом України "Про засади запобігання і протидії корупції".

Досвід Литовської Республіки щодо врегулювання на конституційному рівні положень про несумісність був би корисним для України. За аналогією зі ст. 78 Конституції України якою регулюється статус народного депутата України і в якій зазначено про те, що народні депутати України не можуть мати іншого представницького мандата, бути на державній службі, обіймати інші оплачувані посади, займатися іншою оплачуваною або підприємницькою діяльністю (крім викладацької, наукової та творчої діяльності), входити до складу керівного органу чи наглядової ради підприємства або організації, що має на меті одержання прибутку, ми пропонуємо закріпити вимоги щодо несумісності, що ставляться до суддів Конституційного суду України.

На нашу думку, ознакою недооцінки законодавцем важливості Конституційного Суду України як єдиного органу конституційної юрисдикції являється наявність в Основному Законі значної кількості відсильних норм в розділі, який стосується правового регулювання його діяльності. Така ситуація характерна і для правового регулювання підстав припинення повноважень судді Конституційного Суду України.

Оскільки питання призначення та звільнення суддів в Україні, як вже зазначалось вище, є предметом постійних політичних спекуляцій, на нашу думку, доцільним є закріплення підстав припинення повноважень судді Конституційного суду України в Конституції України.

Треба також, сказати про те, що в Конституції Литовської Республіки більш детально врегульовані вимоги до суддів конституційного суду. Зокрема в ст. 103 Конституції Литовської Республіки, яка регулює вимоги, що ставляться до суддів Конституційного Суду Литовської Республіки зазначено про те, що вони мають мати "бездоганну репутацію".

Відсутність законодавчих вимог щодо репутації, моральних та особистих якостей судді Конституційного Суду є суттєвим недоліком українського законодавства. Слушно зазначає Л.М. Москвич про те, що незаперечним є той факт, що професійний відбір не може вважатися кваліфікованим, якщо він не спирається на сучасні уявлення про структуру особистості, на розробку та побудову ідеальної та реальної моделей особи судді, їх порівняння і виявлення розбіжностей між ними [8].

Ставлення до суду як до найсправедливішого органу, що здійснює правосуддя, у свідомості громадськості формується з уявлень окремих людей про професійні й моральні якості конкретного судді, адже, справедливе вирішення справи незалежним і неупередженим судом зумовлюється не тільки об'єктивними, а й суб'єктивними чинниками: моральними якостями самого судді, його здатністю протистояти тиску громадськості, ЗМІ, всіх, хто намагається втручатись у процесуальну діяльність [9].

Отже, можна сказати про те, що одним із важливих аспектів конституційного правосуддя Литовської Республіки, що може бути запозичений в Україні є більш детальне врегулювання правових основ його діяльності в Основному Законі. Зокрема, на нашу думку, Основним Законом мають бути врегульовані питання складання присяги суддею Конституційного Суду України, вимоги несумісності діяльності судді Конституційного Суду України з іншими видами діяльності, підстави припинення повноважень судді Конституційного Суду України, а також вимоги щодо репутації та ділових якостей суддів. Дані положення безумовно зменшать політичний вплив на діяльність Конституційного Суду України.

Завершуючи порівняння норм Конституції України та Конституції Литовської Республіки, які регулюють діяльність Конституційних Судів необхідно звернути увагу на відмінність у розташуванні відповідних норм. Так, Конституція Литовської Республіки, що була прийнята на всенародному референдумі 25 жовтня 1992 року складається з 14 Розділів, заключних положень, а також конституційних законів Литовської Республіки "Про Литовську державу", "Про неприєднання Республіки Литва до пострадянських східних військових союзів", "Про набрання законної сили Конституцією Литовської Республіки" та "Членства Литовської Республіки в Європейському союзі". Конституційному Суду присвячений розділ 8 Конституції Литовської Республіки "Конституційний Суд". Даний розділ Конституції знаходиться після розділу 6 Конституції Литовської Республіки "Президент республіки" та розділу 7 "Уряд Республіки Литва" та передує розділам 9 "Суд" та розділу 10 "Місцеве самоврядування". Таким чином, підкреслюється важливість Конституційного Суду, який в ієрархії конституційного регулювання займає наступне за Президентом та Урядом місце.

В Конституції України розділ "Конституційний Суд України" розміщений практично в самому кінці, так як після нього знаходяться лише такі розділи як "Внесення змін до Конституції України", "Прикінцеві положення" та "Перехідні положення".

Як слушно зазначає К.А. Бабенко, ефективне функціонування Конституційного Суду України є однією з основних гарантій дотримання принципу верховенства Конституції, що дозволяє не тільки підтримувати конституційний баланс державної влади, але й певно забезпечувати чітке і неухильне дотримання Конституції України всіма суб'єктами конституційного права. На думку вченого, Конституційний Суд України має відповідати об'єктивним викликам державотворення, адже в процесі конституційної реформи, зміни правової та політичної систем надзвичайно важливо забезпечити непохитність основ конституційного ладу, що має забезпечувати народний суверенітет, демократичні основи організації державної влади, забезпечення принципів законності, верховенства Конституції України, неухильного дотримання прав та свобод людини і громадянина [10].

Р.Мартинюк зазначає про те, що у системі стримувань і противаг Конституційний Суд України займає таке положення, яке дає йому змогу визначати всю систему правових координат держави, зокрема, Конституційний Суд України, вирішенням питання щодо консти-

туційності нормативно-правових актів вищих органів державної влади України може контролювати ці органи, тим самим – бути одним із найдієвіших учасників системи стримувань і противаг [5].

Тому враховуючи надзвичайну важливість Конституційного Суду України, вважаємо, що розміщення правових норм, які регулюють його діяльність в кінці Основного Закону не сприятиме деполітизації і підвищенню значення даного органу. Через це, під час розробки нової Конституції України необхідно розмістити норми, що регулюють діяльність Конституційного Суду України одразу після норм, які регулюють діяльність Президента України, Уряду України та Верховної Ради України і перед нормами, що регулюють діяльність судів загальної юрисдикції.

Список використаної літератури:

1. Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР [Електронний ресурс]. Режим доступу до док.: [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр]
2. Закон України "Про Конституційний Суд України" // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – No 49. – Ст. 272.
3. Закон Литовської Республіки "Про Конституційний Суд" [Електронний ресурс]. Режим доступу до док.: [http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_e?p_id=345649&p_query=&p_tr2=2]
4. Конституція Литовської Республіки: (в редакції від 12.12.1996 р.) [Електронний ресурс]. Режим доступу до док.: [http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_e?p_id=313316&p_query=&p_tr2=2].
5. Мартинюк Р. Проблеми конституційного правосуддя в Україні / Р. Мартинюк // Актуальні проблеми реформування правової системи України: Зб. наук. ст. за матеріалами VI Міжнар. наук.-практ. конф. – Луцьк: Волинська обласна друкарня. – С. 227-229.
6. Різник С.В. Конституційний суд України. Енциклопедія сучасної України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://esu.com.ua/search_articles.php?id=3074
7. Березюк О. Функції Конституційного Суду слід передати Верховному.[Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.unian.ua/politics/104732-funktsiji-konstitutsiynogo-sudu-slid-peredati-verhovnomu.html
8. Москвич Л. М. Статус суддів: питання теорії та практики : монографія / Москвич Л. М., Подкопаєв С. В., Прилуцький С. В. – Харків : ВД "ІНЖЕК", 2004. – 360 с.
9. Городовенко В.В. Незалежність суддів і моральні засади суддівської професії// Вісник Верховного Суду України. – 2002. – № 4. – с. 42 – 44.
10. Бабенко К.А. Роль Конституційного Суду України у забезпеченні верховенства Конституції України / К. Бабенко // Вісник Конституційного Суду України. – 2007. – № 3. – С. 54–62.

Надійшла до редколегії 12.07.15

В. Нестор, асп.
Киевский национальный университет имен Тараса Шевченко, Киев, Украина

ПРОБЛЕМЫ И ПУТИ УСОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА УКРАИНЫ

В статье проведен сравнительный анализ деятельности органа конституционного правосудия в Украине с Конституционным Судом Литовской Республики, раскрыты вопросы относительно усовершенствования законодательных норм, регулирующих деятельность Конституционного Суда Украины.

Ключевые слова: конституционное правосудие, Конституционный Суд, судопроизводство, сравнительная характеристика судов.

V. Nestor, graduate
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

PROBLEMS AND IMPROVEMENT OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE

This article provides a comparative analysis of the body of constitutional justice in Ukraine with the Constitutional Court of the Republic of Lithuania, reveals aspects of improving legal rules governing the activities of the Constitutional Court of Ukraine.

Keywords: Constitutional Justice, Constitutional Court, proceedings, comparative characteristics of the courts.

УДК **351.713**

О. Сергієнко, здобувач
Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Київ

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВИКОРИСТАННЯ ЗЕМЕЛЬНИХ ДІЛЯНОК ДЛЯ ЗДІЙСНЕННЯ ЗАБУДОВИ ТЕРИТОРІЙ В УКРАЇНІ

Стаття присвячена аналізу правового регулювання питання встановлення права власності та права землекористування на земельні ділянки, на яких здійснюватиметься будівництво. З цією метою проаналізовано усі категорії земель, виділені українським законодавством. Для кожної з категорії виділено види об'єктів будівництва, які можуть бути збудовані на цих землях. Проаналізовані види документів, які посвідчують право власності на землю та землекористування для потреб будівництва. Окрема увага приділена інституту суперфіцію як основному інституту землекористування для забудови територій.

Ключові слова: земельні ділянки, власність на землю, землекористування, сервітут, суперфіцій, оренда землі, містобудування, містобудівна діяльність, будівництво, об'єкти будівництва.

Україна невпинно крокує шляхом розвитку правових інститутів. Останні роки розвиток частини з них зумовлений необхідністю приведення законодавства до стану, що відповідає кращим світовим стандартам. Зокрема необхідність розвитку ринку будівництва вимагає від нашої держави і розвитку права у напрямку встановлення загальновизнаних форм використання землі, з метою створення безпечного та комфортного середовища проживання людини. Концептуально ситуація змінилася у 2011 році, коли в Україні суттєво змінилися погляди і підходи до правового регулювання в галузі будівництва, і відповідно з'явилася ціла низка законодавчих новел, що істотно змінили процес взаємовідносин у галузі.

Отже, Законом України "Про регулювання містобудівної діяльності" визначено, що "замовник – … особа, яка має намір щодо забудови території (однієї чи декількох земельних ділянок) і подала в установленому законодавствомпорядку відповідну заяву". Цим же законом визначено, що "об'єктами будівництва є будинки, будівлі, споруди будь-якого призначення, їх комплекси, лінійні об'єкти інженерно-транспортної інфраструктури". Статтею 24 зазначеного закону визначено, що "право на забудову земельної ділянки реалізується її власником або користувачем". Очевидно, що першою умовою реалізації права на забудову земельної ділянки є набуте на неї право власності чи користування.

До назначеної теми неодноразово зверталися науковці В.І. Андрейцев, В.К. Гуревський, В.Є. Збирита, Р.І. Марусенко, А.М. Мірошниченко, О.О. Погрібний, І.І. Каракаш, Є.О. Мічурін, Н.І. Тітова, М.В. Шульга та

© Сергієнко О., 2015

інші. Проте є необхідність у комплексному дослідженні питання правового регулювання набуття права на використання земельних ділянок для провадження діяльності з забудови територій.

Метою даного дослідження є встановлення правових підстав використання права власності та набуття права користування на земильні ділянки, на яких власники чи землекористувачі мають намір здійснити будівництво, віходячи із норм законодавства України.

Законами, що регулюють зазначену сферу відносин є Конституція України, Цивільний кодекс України, Земельний кодекс України та Закон України "Про регулювання містобудівної діяльності". Відповідно до Статті 13 Конституції України земля в межах території України є об'єктом права власності Українського народу. Цей об'єкт власності зобов'язує свого власника, і не може бути використаний на шкоду людини і суспільству [1]. Отже, будівництво розпочинається із з'ясування суспільних відносин щодо права на землю.

Таким чином предметом даного дослідження є з'ясування взаємозв'язку між особливостями правого регулювання порядку використання земель та особливостями правового регулювання питання забудови територій.

Законодавець, створюючи уречівлене земельне право, основоположні гасла і принципи виклав безпосередньо як у чотирнадцятій статті основного закону, так і безпосередньо у першій статті Земельного кодексу України [2]:по-перше: земля – це основне багатство, а отже і питання її використання набувають особливого змісту (не дивно, що законодавець визначає його основним багатством, адже інститут держави без землі (території) взагалі не існує);

по-друге: використання права одних осіб щодо землі не може завдавати шкоди чи порушувати права інших осіб.

Оскільки земля основне багатство, то і питання її використання в для будівництва є одним із основоположних у суспільних відносинах.

Відповідно до статей 19 та 20 глави 4 ЗКУ необхідно розуміти, що землі відносяться до відповідних категорій, мають цільове призначення та види використання. Останні визначаються з урахуванням містобудівної документації. Відповідно до Глави 27 ЦКУ [3] забудова земельної ділянки відбувається виключно за її цільовим призначенням. Відповідно до статті першої Закону України "Про регулювання містобудівної діяльності "містобудівна документація – затверджені текстові та графічні матеріали з питань планування, забудови та іншого використання земель".

Відповідно ЗКУ виділено дев'ять категорій земель:

- землі сільськогосподарського призначення;
- землі житлової та громадської забудови;
- землі природно-заповідного та іншого природоохоронного призначення;
- землі оздоровчого призначення;
- землі рекреаційного призначення;
- землі історико-культурного призначення;
- землі лісогосподарського призначення;
- землі водного фонду;
- землі промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення.

Відповідно до статті 21 Глави 4 ЗКУ поняття категорії земель та їх цільового призначення ототожнюються, що без сумніву є феноменом українського законодавства. Статтею першою Закону України "Про землеустрій" цільове призначення землі визначається як "використання земельної ділянки за призначенням, визначеним на підставі документації із землеустрою…" [3], тобто цільове призначення є процесом використання, а не характеристикою землі, що ще більше стає незрозумілим у порівнянні з нормами Земельного кодексу України.

Безпосередньо для будівництва передбачені землі житлової та громадської забудови (глава 6 ЗКУ) та землі промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення (глава 13 ЗКУ).

Віднесення земель до будь-якої з категорій не визначає відсутності можливості їх використання саме для будівництва. Так, відповідно до частини другої статті 22 глави 5 ЗКУ визнано існування господарських будівель та інфраструктури оптових ринків на землях сільськогосподарського призначення, що знайшло своє подальше підтвердження у часині третій зазначеної статті, якою напряму передбачено, що землі сільськогосподарського призначення надаються, зокрема, для ведення особистого селянського господарства, розміщення об'єктів інфраструктури оптових ринків сільськогосподарської продукції. У свою чергу відповідно пункту третього статті 23 визначено лише пріоритет використання земель сільськогосподарського призначення для ведення сільськогосподарської діяльності, і одночасно визначена можливість їх використання під будівництво. А частинами 3 та 4 статті 35 передбачено право на використання земель садівництва для "зведення необхідних будинків, господарських споруд тощо" та віднесено до земель загального користування садівницького товариства "земельні ділянки, зайняті … дорогами, проїздами, будівлями і спорудами загального користування". І навіть на землях городництва відповідно до частини 3 статті 36 "можуть бути зведені тимчасові споруди", при цьому слід зазначити, що ЗКУ статусу таких будівель не визначає, отже це можуть бути і капітальні споруди. Щодо земель природо заповідного фонду та іншого природного призначення, а також земель оздоровчого призначення, то главами 7 та 8 ЗКУ передбачено їх використання у широкому змісті, включаючи "штучно створені об'єкти", і діяльність людини щодо використання їх "для профілактики захворювань і лікування людей", що очевидно без будівництва реалізовано бути не може. Відповідно до статей 51 та 52 на землях рекреаційного призначення передбачені можливості розміщення цілої низки різноманітних об'єктів: будинки відпочинку, пансіонати, об'єкти спорту, бази, клуби, табори, дачні будівлі, дороги, проїзди, будівлі і споруди загального користування. Наявність об'єктів будівництва на землях історико-культурного призначення є очевидною, що і закріплено нормами глави 10 ЗКУ. Щодо земель лісогосподарського призначення, то главою 11 ЗКУ, знову ж таки, передбачено їх широке використання "для потреб лісового господарства", що на практиці реалізується і шляхом будівництва капітальних об'єктів: наприклад, будинків лісника, відповідних господарських будівель, об'єктів інфраструктури. Землі водного фонду теж передбачені під розміщення ряду капітальних об'єктів, зокрема, гідротехнічні та водогосподарські споруди та канали, об'єкти портової інфраструктури та водного транспорту, берегоукріплювальні та протиерозійні гідротехнічні споруди, переправи тощо, що безпосередньо передбачено статтями 58, 59 та 63 глави 12 ЗКУ.

Власники земельних ділянок мають право спорудження житлових будинків, виробничих та інших будівель і споруд, що передбачено статтею 90 Глави 14 ЗКУ, та статтею 375 Глави 27 ЦКУ.

Аналогічним правом наділені і землекористувачі відповідно до статті 95 Глави 15 ЗКУ. Особливостями встановлення такого права є наявність одразу декіль-

ких видів такого права: право постійного землекористування (стаття 92), право оренди (стаття 93), право концесіонера (стаття 94).

Відповідно до статті 99 Глави 16 ЗКУ право земельного сервітуту передбачає як безпосередньо розміщення самого об'єкту будівництва на земельній ділянці: прокладання ліній електропередач, зв'язку, трубопроводів, інших лінійних комунікацій, водопроводів, так і використання землі для проведення підготовчих та експлуатаційних робіт: встановлення будівельних риштувань та складування будівельних матеріалів. Зазначене повністю кореспондується з абзацом другим пункту 4 статті 34 Закону Україні "Про регулювання містобудівної діяльністю. Окремо необхідно зазначити, що відповідно до статті 402 ЦКУ таке право встановлюється договором, законом, заповітом або рішенням суду. Щодо закону, то дискусія в наукових колах зводиться до теоретичності такого положення [4, с. 267]. Що стосується набуття права на сервітуту за заповітом, то і в цьому випадку є ціла низка практичних питань, які теж потребують вирішення: визначення особи користувача, відомостей щодо обслуговуваного майна тощо [5, с.109]. Окремо слід зазначити про наявність окремої проблематики щодо обмеження у праві користування землями безпосередньо самим власником, адже розміщення об'єкту будівництва вимагає у подальшому встановлення охоронних зон [6, с.83].

Главою 16-1 ЗКУ передбачено встановлення права користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис) та будівництва (суперфіцій). Фактично обидва права у свою чергу надають право на забудову землі, тільки перший щодо певних видів об'єктів, а другий – будь-яких, визначених самим правом. Окрім того, відповідно до статті 413 Глави 34 ЦКУ право суперфіцію виникає на підставі договору або заповіту.

Абзац перший пункту 4 статті 34 Закону України "Про регулювання містобудівної діяльності" передбачений спеціальний режим використання земель під будівництво, тобто без наявного документу, що засвідчує право власності чи користування земельною ділянкою.

Документи, якими підтверджується виникнення, перехід та припинення речових прав на земельну ділянку під будівництво, є [7]:

- закон, яким установлено сервітут на земельну ділянку;
- державний акт на право приватної власності на землю, державний акт на право власності на землю, державний акт на право власності на земельну ділянку;
- державний акт на право постійного землекористування;
- рішення суду, предметом якого булі право власності чи землекористування, яке набрало законної сили;
- договір оренди, концесії, емфітевзису чи суперфіцію;

заповіт, яким встановлено сервітут на земельну ділянку. Незважаючи на статтю 413 Глави 34 ЦКУ Порядком не визначено заповіт як документ, яким встановлюється право суперфіцію Отже, у Земельному кодексі України використання земель під забудову визначено у двох основних формах: безпосередньо передбачені для використання під забудову та такі, що передбачені під забудову з урахуванням особливостей таких земель. Таким чином проведення будівництва можливе на землях усіх категорій.

Загальною особливістю зазначених правовідносин без сумніву є те, що право власності та землекористування виникає лише з моменту його державної реєстрації у реєстрі прав на нерухоме майно [8].

Окремо необхідно зазначити, що право земельного сервітуту не завжди може бути оформлено договором сервітуту. Зокрема, встановлений сервітут законом, заповітом чи рішенням суду, які реєстраційною службою можуть бути зареєстровані у реєстрі прав на нерухоме майно. Що стосується набуття сервітуту Законом, то дане питання вимагає подальшого законодавчого врегулювання, оскільки уявити такий Закон на сьогодні не є можливим.

Незрозумілим залишається питання відсутності широкого використання суперфіцію як основоположного права використання чужої землі для будівництва [9], яке ще не знайшло свого масового застосування, і перш за все потребує доопрацювання як на законодавчому рівні, так і на рівні узгодженості в підзаконних актах.

Безумовною перевагою договорів суперфіцію є право переходу користування земельною ділянкою разом із правом власності чи користування об'єктом будівництва, розташованому на ній, що не вимагає у подальшому переоформлення такого права окремо.

Право оренди земельної ділянки для будівництва є найбільш розповсюдженим, проте абсолютно очевидно, що фактично воно є специфічним правом, яке в силу своєї строковості [10, с.257] може використовуватися для забудови земельних ділянок при делегуванні права на забудову земельної ділянки іншій особі, яка в майбутньому може не набувати права власності на збудований об'єкт. Таке твердження є справедливим з тієї точки зору, що вимогою статті 792 ЦКУ особливістю договору найму (оренди) земельної ділянки є строковість та можливість передачі в найм і будівель та споруд, розташованих на цій ділянці.

Неприпустимим з точки зору побудови кодифікованого законодавства є наявність відмінних норм права у кодексі та інших галузевих законах. Очевидно, що для забезпечення єдності норм права необхідно усі земельні питання регулювати включно у Земельному кодексі України, вилучивши ці норми з інших законів. Зважаючи на особливості положень Закону України "Про реєстрацію речових прав на нерухоме майно і їх обтяжень", положення Закону України "Про регулювання містобудівної діяльності" повинні бути доповнені необхідністю синхронізації інформації даних єдиного реєстру речових прав на нерухоме майно та єдиного реєстру отриманих повідомлень про початок виконання підготовчих/будівельних робіт,зареєстрованих декларацій про початок виконання підготовчих і будівельних робіт, виданих дозволів на виконання будівельних робіт, зареєстрованих декларацій про готовність об'єкта до експлуатації та виданих сертифікатів, повернених декларацій та відмов у видачі таких дозволів та сертифікатів.

Набуття права на землю громадянами та юридичними особами відбувається на підставі положень Глави 19 ЗКУ, що відбувається шляхом розробки проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки. З точки зору будівництва розроблення цього проекту передбачає, що об'єкт повинен відповідати вимогам закону щодо свого місця розташування, а також генеральному плану населеного пункту та іншій містобудівній документації (ст.118). Звернемо увагу на визначення ряду термінів, на які посилається ЗКУ. Такі визначення закріплені у статтях 1 та 2 Закону Україні "Про регулювання містобудівної діяльності", отже, "генеральній план населеного пункту – містобудівна документація, що визначає принципові вирішення розвитку, планування,

забудови та іншого використання території населеного пункту". До іншої містобудівної документації можна віднести "детальний план території – містобудівна документація, що визначає планувальну організацію та розвиток території" та "план зонування території (зонінг) – містобудівна документація, що визначає умови та обмеження використання територій для містобудівних потреб у межах визначених зон". Отже, використання земельної ділянки під будівництво вимагає додатково врахування органами земельного господарства спеціальних вимог органів містобудування: генерального плану населеного пункту, детального плану територій та зонінгу. Окремо необхідно зазначити, що без наявності містобудівної документації, замовником якої є орган місцевої державної виконавчої влади (обласні, Київська і Севастопольська міські та районні державні адміністрації) та органи місцевого самоврядування (сільські, селищні та міські ради, та їх виконавчі органи), здійснити розроблення проекту землеустрою неможливо. Окрім того, з 01 січня 2015 року без наявного зонінгу отримати містобудівні умови і обмеження забудови земельної ділянки теж не можливо. Виходячи з принципу диспозитивності цивільного права у земельному та містобудівному праві накладені істотні обмеження на власника землі та землекористувача щодо порядку набуття права власності на землю чи землекористування, та його подальшої реалізації у вигляді набуття права на її забудову.

Таким чином за результатами проведеного дослідження можна зробити наступні висновки:

1. Згідно чинного земельного законодавства забудові підлягають усі категорії земель. Визначальним у цьому питанні є поняття цільового призначення, яке може докорінно змінити порядок використання кожної окремої ділянки землі, незважаючи на її категорію в цілому.

2. Існує два режими набуття права на використання земель: поза межами населених пунктів (рішення приймається суб'єктами державної виконавчої влади) та в межах населених пунктів (рішення приймається органом місцевого самоврядування, для прийняття якого визначальною є наявна містобудівна документація).

3. Право власності на землю надає значні права власнику щодо свободі у прийнятті рішення про використання землі під будівництво, проте і це право в українському законодавстві не є всеосяжнім. Проект землеустрою визначає межі волі власника, а не його власна воля. Таким чином, права власника землі в Україні значно обмежені.

4. Українське законодавство все ще перебуває на стадії усвідомлення та розвитку певних земельних інститутів. Так, інститут оренди землі ототожнюється інституту суперфіцію, і у свою чергу інститут сервітуту в частині будівництва лінійний об'єктів замінює собою інститут суперфіцію. Очевидно, що з метою уніфікації законодавства, та дотримання основоположних принципів романо-германської школи права доцільним було б обмежити використання інституту сервітуту земель виключно з метою реалізації права пройти, і прийняти принципове рішення про існування інституту оренди землі для цілей забудови територій виключно для мети, коли право замовника будівельних робіт делегується іншій особі.

5. Доцільним також видається і необхідність урегульовувати норми земельних відносин виключно у спеціалізованому законі: Земельному кодексі України, і не допускати регулювання земельних питань іншими законами, усунуло б двозначності у формуванні практики правозастосування особливо у такому соціально напруженому середовищі як забудова територій.

Список використаних джерел

1. Конституція України // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 30, ст. 141) (Із змінами, внесеними згідно із Законами № 2222-IV від 08.12.2004, ВВР, 2005, № 2, ст.44 № 2952-VI від 01.02.2011, ВВР, 2011, № 10, ст.68 № 586-VII від 19.09.2013, ВВР, 2014, № 11, ст.142 № 742-VII від 21.02.2014, ВВР, 2014, № 11, ст.143).
2. Земельний кодекс України // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2002, №3-4, ст.27.
3. Закон України "Про землеустрій" // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2003, №№36, ст.282.
4. Мірошниченко А.М., Марусенко Р.І. Науково-практичний коментар Земельного кодексу України, 5-те відання, змінене і доповне. – К.: Алерта, 2013. – 544 с.
5. Харитонова Т.Є. До питання встановлення земельного сервітуту за законодавством України. / Т.Є. Харитонова // Науковий вісник Херсонського державного Університету. – 2013. – Випуск 6. Том 1. – С.107-110.
6. Марусенко Р.І. Допустимість і доцільність установлення земельних сервітутів як передумови ефективного використання та охорони земельних ресурсів. / Р.І. Марусенко. // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. – 2005. – №65-66/2005. – С.81-83.
7. Постанова Кабінету Міністрів України "Про затвердження Порядку державної реєстрації прав на нерухоме майно і їх обтяжень" від 17.10.2013 №868.
8. Закон України "Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень" // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2004, №51, ст.553.
9. Крамаренко О.В. Поняття та види прав на землі для будівництва багатоквартирних житлових будинків у містах. / О.В.Крамаренко // Часопис Київського університету права. – 2012. – № 2. – С. 256.
10. Там само. – С.257.

Надійшла до редколегії 21.08.15

А. Сергиенко, соискатель
Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Киев, Украина

ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ЗЕМЕЛЬНЫХ УЧАСТКОВ ДЛЯ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ ЗАСТРОЙКИ ТЕРРИТОРИЙ В УКРАИНЕ

Статья посвящена вопросам правового регулирования установления права собственности и права землепользования на земельные участки, которые предполагаются для осуществления строительства. С этой целью осуществлён анализ всех категорий земель, выделенных украинским законодательством. Для каждой категории выделены виды объектов строительства, которые могут быть построены на этих землях. Проанализированы виды документов, которые удостоверяют право собственности на землю и землепользования для нужд строительства. Отдельное внимание уделено институту суперфиция как основному институту землепользования для застройки территорий.

Ключевые слова: земельные участки, собственность на землю, землепользование, сервитут, суперфиций, аренда земли, градостроительство, градостроительная деятельность, строительство, объекты строительства.

O. Serhiyenko, Applicant
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

PECULIARITIES OF LEGAL REGULATION OF THE USE OF LAND FOR IMPLEMENTATION OF DEVELOPMENT AREAS IN UKRAINE

The paper analyzes the legal regulation of the issue of the right of ownership and land use rights to land on which construction will be carried out. To this end, analyzed all categories of land allocated Ukrainian legislation. For each of the categories identified types of construction that can be built on these lands. Analyzed types of documents certifying land ownership and land use for construction purposes. Special attention is paid to the Institute superficies as basic institutions for land development areas.

Key words: land, land ownership, land use, servitude, superficies, lease of land, urban planning, urban development, construction, construction objects.

УДК 343.1

О. Ткач, здобувач
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ

ПОРУШЕННЯ НЕДОТОРКАННОСТІ ПРИВАТНОГО ЖИТТЯ ОСОБИ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ ТА ДОПУСТИМІ МЕЖІ ВТРУЧАННЯ

У статті, на підставі результатів наукового аналізу чинного вітчизняного законодавства та міжнародних договорів ратифікованих Верховною Радою України, висвітлених точок зору науковців та практиків, а також правозастосовної діяльності, досліджуються поняття "приватне життя особи", "таємниця приватного життя" та визначення меж втручання при порушенні недоторканності приватного життя особи з боку держави в кримінальному провадженні.

Ключові слова: кримінальне судочинство, приватне життя, недоторканність приватного життя, таємниця приватного життя, особиста недоторканність, межі втручання.

Постановка проблеми. Правове забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави, який закріплений в Конституції України. Згідно зі статтею 3 Основного закону України людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю [1]. В чинному Кримінальному процесуальному кодексі 2012 року (далі – КПК України) особлива увага приділяється інтересам особи та регулюванню порушень недоторканості приватного життя, так як одним з основних напрямків діяльності держави є захист людини та громадянина, забезпечення поваги до приватного життя людини, дотримання його недоторканності. Дослідження та аналіз цих принципів та засад, передбачених не лише Конституцією України, а й такими міжнародними документами як Загальна декларація прав людини, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, Європейська конвенція про запобігання катуванням чи нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню та інших міжнародних договорів ратифікованих Верховною Радою, дають змогу надати визначення як приватному життю особи, так і межам втручання в нього в кримінальному провадженні.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанням визначення поняття, сутності приватного життя та меж втручання в нього в кримінальному процесі присвячені праці таких науковців, як Ю.П. Аленіна, В.М. Бесчастного, В.В.Гевка, В.О. Гринюка, Ю.М. Грошевого, В.М. Корнукова, Е.Ф. Куцевої, О.П. Кучинської, М.М. Михеєнка, В.Т. Нора, І.Л. Петрухіна, М.А. Погорецького, В. Ф. Погорілка, М.М. Полянського, Д.Б. Сергєєвої, В.С. Шадріна, В.П. Шибіка, М.Є. Шумила, Н. В. Устименко, О.Г. Яновської та інших.

Метою цього дослідження є визначення меж втручання в приватне життя особи в кримінальному провадженні на підставі аналізу законодавства України, міжнародних договорів ратифікованих Верховною Радою України та матеріалів правозастосовної діяльності.

Виклад основного матеріалу.Людина як особистість повинна характеризуватися не тільки різноманітною включеністю в соціальні зв'язки, а й своєю індивідуальністю. Суспільство, охороняючи індивідуальність і приватне життя особистості, визнає за нею певний рівень свободи. Користування індивідуальною свободою і недоторканністю приватного життя одна з неодмінних умов функціонування демократії та правової держави. Поняття "особиста недоторканність", "приватне життя", безперечно пов'язані з поняттям "індивідуальна свобода" та не лише пов'язані, а й витікають з нього. Справжня індивідуальна свобода передбачає заборону на незаконне насильницьке втручання держави в приватне життя людини, а також гарантії охорони життя, честі, гідності та особистої безпеки кожного члена суспільства. Обмеження права на недоторканність приватного життя можливо тільки у випадках, передбачених законодавством.

Ніяка автономія особистості від держави, суспільства чи будь-якої соціальної групи неможлива, якщо громадянину не гарантується таємниця певних сторін його приватного життя. Законодавство України спрямоване закріпити найбільш важливі юридично визначені процедури реалізації відповідних прав, механізм попередження їх порушень, порядок захисту і відновлення порушених прав і свобод людини приватного життя людини та визначити обсяг втручання в нього з боку інших людей, суспільства в цілому та держави.

Міжнародним співтовариством вироблені стандарти, що отримали визнання в якості основоположних начал у забезпеченні та захисті права на недоторканність приватного життя як невід'ємного права людини, які знайшли закріплення в Загальній декларації прав людини, Міжнародному пакті про громадянські і політичні права, Конвенції СНД про права та основні свободи людини. Зокрема недоторканність приватного життя як основне право людини зазначене у ст. 8 Європейської Конвенції про Захист прав людини та основних свобод [2].

Один з перших документів Організації Об'єднаних Націй – "Загальна декларація прав людини" встановила певний загальний стандарт в забезпеченні захисту приватного життя особи. Стаття 3 Загальної декларації проголошує три взаємопов′язаних права, а саме: право на життя, право на свободу, право на особисту недоторканність. В статті 5 проголошується заборона на жорстоке, нелюдське чи таке, що принижує гідність поводження або покарання; стаття 7 передбачає право кожного на рівний захист законом; стаття 8 передбачає ефективне поновлення в правах компетентними національними судами; а безпосередньо 12 стаття закріплює захист від свавільного втручання в приватне і сімейне життя, посягання на недоторканність житла та таємницю кореспонденції або посягання на честь та репутацію. В цих та інших стандартах Декларації відображені ті загальнолюдські цінності, які необхідні для достойного розвитку, забезпечення прав і законних інтересів людини та громадянина [3].

Невтручання у приватне життя передбачене ч. 1 ст. 7 Кримінального процесуального кодексу України, як одна складова загальних засад кримінального провадження, а ст. 15 цього ж кодексу гарантує невтручання у приватне (особисте і сімейне) життя, але для виконання завдань кримінального провадженнязбір, зберігання, використовування та поширення інформації про приватне життя особи має місце та застосовується виключно у відповідності до чинного законодавства [4, с. 22-23]. На думку Яновської О.Г. кримінально-процесуальна діяльність або кримінальне судочинство в цілому – це різновид складної соціальної системи та загальне спрямування розвитку кримінально-процесуальних відносин, спрямоване на підвищення ефективності кримінального правосуддя [5, с. 80].

Положення Конституції України, що направлені на захист приватного життя людини були роз'ясненні в

© Ткач О., 2015

рішенні Конституційного Суду України,у справі № 1-9/2012 від 20 січня 2012 року за конституційним поданням Жашківської районної ради Черкаської області щодо офіційного тлумачення положень частин першої, другої статті 32, частин другої, третьої статті 34 Конституції України, в якому, даючи офіційне тлумачення частин першої, другої статті 32 Конституції України. В цьому рішенні Конституційний Суд України зазначив, що інформація про особисте та сімейне життя особи (персональні дані про неї) – це будь-які відомості чи сукупність відомостей про фізичну особу, яка ідентифікована або може бути конкретно ідентифікована, а саме: національність, освіта, сімейний стан, релігійні переконання, стан здоров'я, матеріальний стан, адреса, дата і місце народження, місце проживання та перебування тощо, дані про особисті майнові та немайнові відносини цієї особи з іншими особами, зокрема членами сім'ї, а також відомості про події та явища, що відбувалися або відбуваються у побутовому, інтимному, товариському, професійному, діловому та інших сферах життя особи, за винятком даних стосовно виконання повноважень особою, яка займає посаду, пов'язану зі здійсненням функцій держави або органів місцевого самоврядування. Така інформація про фізичну особу та членів її сім'ї є конфіденційною і може бути поширена тільки за їх згодою, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини [6].

Ключову роль у регулюванні інформаційних правовідносин відіграє закон України від 2 жовтня 1992 року № 2657-XII "Про інформацію" [7]. Він визначає поняття "інформація" як документовані або публічно оголошені відомості про події та явища, що відбуваються у суспільстві, державі та навколишньому природному середовищі. Аналогічне визначення містить ст. 200 ЦК: "Інформацією є документовані або публічно оголошені відомості про події та явища, що мали або мають місце у суспільстві, державі та навколишньому середовищі" [8].

На думку Н. В. Устименко, особисте життя (приватне життя) – це "сукупність особистих немайнових благ, що знаходять своє правове закріплення в особистих немайнових правах, метою яких є забезпечення свободи й незалежності людини визначати за своїм розсудом поведінку в житті, виключаючи будь-яке втручання сторонніх осіб, за винятком випадків, прямо передбачених законодавством" [9, с. 5]. І. Л. Петрухін до сфери особистого життя відносить спілкування людей на неформальній основі, сферу сімейного життя, родинні і дружні стосунки, домашній устрій, інтимні та інші особисті відносини, симпатії й антипатії, спосіб життя, захоплення, творчість, сімейний бюджет, розпорядження приватною власністю, стан здоров'я, житло, дії громадян у нотаріальних конторах та кредитно-фінансових установах, листування, телефонні розмови, особисті папери і документи тощо [10, с. 10-13].

На наш погляд, поняття "приватне життя особи" має включати обставини особистого існування людини, таємницю віросповідання, конфіденційність творчого і духовного життя; обставини життєдіяльності людини, дані щодо здоров'я, фізичного і інтелектуального розвитку людини; інтимні стосунки; обставини як безпосереднього особистого спілкування з іншими людьми (розмов віч-на-віч), так і спілкування шляхом використання поштово-телеграфних, телефонних, комп'ютерних та інших технічних комунікацій; взаємовідносини в сім'ї, спілкування та стосунки з іншими людьми, зміст приватних щоденників, листів та записок, образ життя та всі інші конфіденційні обставини існування людини, які вона сама не вважає потрібним або можливим розголошувати.

Саме поняття "приватне життя" тісно пов'язане з поняттям "таємниця приватного життя". І. Л. Петрухін зазначав, що для кожної людини різні види таємниць (лікарської, адвокатської, переписки й т. д.) являють собою зміст права громадянина на недоторканність його особистого життя [11, с. 13-14]. Законодавство визначає таємницю як певного роду відомості, розголошення (передача) яких може нанести збиток інтересам її власника. Таємниця приватного життя охоплює різні сторони індивідуальної життєдіяльності особи (інтимні сторони, звички, здоров'я, фізичні та фізіологічні особливості, засоби особистого спілкування, здійснювані особою юридично значущі дії, фінансові справи та тому подібне). У зв'язку з цим право на таємницю приватного життя включає в себе таємницю:

- Особистої інформації (Закон України "Про інформацію");
- Таємницю сповіді (Закон України "Про свободу совісті та релігійні організації");
- Усиновлення (удочеріння) (Сімейний кодекс України ст. 226-231);
- Кореспонденції та телефонно- телеграфних повідомлень (Цивільний кодекс України ст. 306);
- Слідчих дій (Кримінальний процесуальний кодекс України ст. 387);
- Нотаріальних дій (Закон України "Про нотаріат" ст. 8);
- Медичну таємницю (Основи законодавства України про охорону здоров'я від 1992 р. – ст.ст. 39-1 і 40, ЦК України ст. 286);
- Адвокатську таємницю (Закон України "Про адвокатуру" ст. 9);
- Банківську таємницю (Закон України "Про банки і банківську діяльність" ст. 60-62);
- Інші дії юрисдикційних органів [12, с. 47].

Всі ці види таємниць можна віднести до інформації з обмеженим доступом, та наскільки гарантоване їх збереження та на яких підставах держава може порушувати їх зміст, прямо залежить ступінь свободи особи, її недоторканність. Усі компоненти права на недоторканість приватного життя утворюють певну єдність – комплексний правовий інститут, який складається з норм різних галузей права [13, с. 13]. При всьому різноманітті проявів приватного життя громадян стосовно хорони таємниці приватного життя всіх їх об'єднує те, що мова йде про інформацію конфіденційного характеру, доступ сторонніх осіб до якої можливий тільки за згодою громадянина, або в силу прямої вказівки закону на використання цієї інформації без його згоди, але зі строгим і ретельним дотриманням підстав, умов та порядку її отримання та використання.

Виходячи з вказаного вище ми вважаємо "таємницею приватного життя людини" – відомості (інформація) про людину, про різні сторони її життєдіяльності, про події та явища, що відбуваються в її житті, і які вона вважає необхідним зберігати в таємниці та розголошення яких завдасть шкоди (матеріальну та моральну) її інтересам.

В кримінальному провадженні обмеження права на втручання в приватне життя за обсягом інформації визначається обставинами, що підлягають доказуванню. Обмеження права на втручання в приватне життя за обсягом інформації здійснюється в рамках з'ясування предмета та меж доказування. Відповідно до проведеного аналізу законодавства можна прийти до висновку, що основними вимогами до інформації про особисте життя є:

1) інформація про приватне життя повинна бути отримана на законних підставах;

2) відомості повинні бути отримані від належного суб'єкта;

3) дані про приватне життя повинні бути дійсно необхідними для встановлення обставин, що входять у предмет доказування.

Вважаємо, що межі втручання в приватне життя це – обставиниособистого існування людини, таємниця віросповідання, конфіденційність творчого і духовного життя; обставини життєдіяльності людини, дані щодо здоров'я, фізичного і інтелектуального розвитку людини; інтимні стосунки; обставини як безпосереднього особистого спілкування з іншими людьми (розмов віч-на-віч), так і спілкування шляхом використання поштово-телеграфних, телефонних, комп'ютерних та інших технічних комунікацій; взаємовідносини в сім'ї, спілкування та стосунки з іншими людьми, зміст приватних щоденників, листів та записок, образ життя та всі інші конфіденційні обставини існування людини, які отримані від належного суб'єкта на законних підставах та являються необхідними обставинами в кримінальному провадженні.

Висновок. Наведене вище дає підстави зробити висновки, що наукові дослідження проблем захисту приватного життя людини та визначення меж втручання при порушенні приватного життя людини залишаються дискусійними, а нормативно закріплені гарантії невтручання в приватне життя відповідно до нових положень Кримінального процесуального кодексу України усувають прогалини в забезпеченні виконання норм Основного закону України та інших нормативних актів, ратифікованих Верховною Радою, але потребують подальшого удосконалення.

Список використаних джерел

1. Конституція України //Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1996. – № 30. – 49 с.
2. Європейська Конвенція про Захист прав людини та основних свобод. [Електронний ресурс] Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_004
3. Загальна декларація прав людини від 10. 12. 1948 р. / Док. ООН/ PES/ 217 A // Права людини. Міжнародні договори України, декларації, документи / упоряд. Ю. К. Качуренко. – К. : Наук. думка, 1996. – С. 18–24.
4. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар. /За загальною редакцією авторів В.Я. Тація, В.П. Пшонки, А.В. Портнова// – Х.: Право, 2012 у 2 томах. Т. 1. – 2012 – 768 с.
5. Яновська О.Г. Концептуальні засади функціонування і розвитку змагального кримінального судочинства: монографія / О.Г. Яновська //– К.: Прецедент, 2011. – 303 с.
6. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Жашківської районної ради від 20.01.2012 № 2-рп/2012 // [Електронний ресурс] Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-12.
7. Закон України "Про інформацію" від 02.10.*1992 р.* № 2657-XII // *Відомості* Верховної Ради України. – 1992. – № 48. – С. 650.
8. Цивільний кодекс України // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – [Електронний ресурс] Режим доступу: http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1011.25.92&nobreak=1
9. Устименко Н. В. Таємниці особистого життя людини та їх цивільно-правова охорона : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Н. В. Устименко// – Х., 2001. – 20 с.
10. Петрухин И. Л. Личная жизнь : пределы вмешательства / И. Л. Петрухин// – М : Юрид. лит., 1989. – 192 с.
11. Петрухин И.Л. Личные тайны (человек и власть) / Петрухин И.Л.// – М.: Изд-во ИГиП РАН, 1998. – 232 с.
12. Лихова С. Конфіденційна інформація як об'єкт кримінально-правової охорони / С. Лихова // Прокуратура. Людина. Держава. – 2005. – № 4. – С. 47–48.
13. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон від 13.04.2012 № 4651-VI // Відомості ВерховноїРади України. – 2013 р. – № 9-10. – Ст. 474.

Надійшла до редколегії 01.08.15

О. Ткач, соискатель
Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Киев, Украина

НАРУШЕНИЕ НЕПРИКОСНОВЕННОСТИ ЧАСТНОЙ ЖИЗНИ ЛИЧНОСТИ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ УКРАИНЫ И ДОПУСТИМЫЕ ГРАНИЦЫ ВМЕШАТЕЛЬСТВА

В статье, на основании результатов научного анализа действующего отечественного законодательства и международных договоров ратифицированных Верховной Радой Украины, освещенных точек зрения ученых и практиков, а также правоприменительной деятельности, исследуются понятие "частная жизнь личности", "тайна частной жизни" и определения границ нарушения неприкосновенности частной жизни личности со стороны государства в уголовном производстве.

Ключевые слова: уголовное судопроизводство, частную жизнь, неприкосновенность частной жизни, тайна частной жизни, личная неприкосновенность, границы вмешательства.

O. Tkach, applicant
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

VIOLATION OF PRIVACY PERSON IN CRIMINAL PROCESS AND UKRAINE LIMITS INTERVENTION

The article is based on results of scientific analysis of existing national laws and international agreements ratified by the Verkhovna Rada of Ukraine, bold perspective scholars and practitioners explored the concept of "private life", "privacy" and determining the limits of intervention in violation of the privacy of individuals by the state in criminal proceedings.

Legal protection of rights and freedoms is the duty of the State, which is enshrined in the Constitution of Ukraine. According to Article 3 of the Basic Law of Ukraine a person 's life and health, honor and dignity, inviolability and security are recognized in Ukraine as the highest social value. The new Criminal Procedure Code (hereinafter – the Code of Ukraine) got the attention of the person 's interests and regulation intervention in her private life as one of the pillars of the state to protect human and citizens, respect for private life, respect for its integrity as brought the country to implement the principles and foundations provided not only by the Constitution of Ukraine, but also such international instruments as the Universal declaration of Human Rights, the Convention for the Protection of human Rights and Fundamental freedoms, the European Convention for the Prevention of Torture and inhuman or degrading treatment or Punishment and other international agreements ratified by the Parliament.

No individual autonomy from the state, society or any social group is not possible if the citizen is not guaranteed privacy of certain aspects of his private life. Ukraine's legislation aims to consolidate the most important legally defined procedures for the implementation of specific rights mechanism preventing their violations on line protection and restoration of violated rights and freedoms of privacy rights and determine the amount of interference on the part of others, society and the state.

Keywords: criminal justice, privacy, privacy, privacy, personal integrity, border intervention.

УДК 347.9

А. Шабалін, молодший науковий співробітник НДІ інтелектуальної власності НАПрН України, Київ

КАСАЦІЙНЕ ОСКАРЖЕННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ У СПРАВАХ НАКАЗНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

У статті проаналізовано цивільно-процесуальні аспекти касаційного оскарження судових рішень у справах наказного провадження. На підставі проведеного аналізу автором було запропоновано низка теоретичних висновків, а також визначені можливі шляхи вдосконалення чинного ЦПК України щодо порядку касаційного оскарження судових рішень.

Ключові слова: наказне провадження, касаційне оскарження, справи наказного провадження.

Відповідно до п. 8 ч. 2 ст. 129 Конституції України одним із принципів судочинства є забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішення суду, крім випадків встановлених законом [1].

Вказане конституційне положення у повній розповсюджується і на наказне провадження як одне із проваджень цивільного судочинства відповідно до приписів ст. 15 Цивільного процесуального кодексу України (надалі – ЦПК України).

Варто зазначити, що на сьогоднішній день процесуальні питання касаційного оскарження судових рішень, що ухвалені (постановленні) судом у наказному провадженні є мало досліджуваними серед процесуалістів. Так, зокрема, означену проблематику більш детально досліджували лише такі науковці, як: М.В. Вербицька (Свідерська), В.І. Бобрик, К.В. Гусаров, В.М. Короленко, В.П. Феннич, М.Й. Штефан, О.О. Штефан. Поруч із тим окремі аспекти касаційного перегляду справ наказного провадження розглядались й іншими вченими.

Проте, на сьогоднішній день, існую потреба у більш розширеному погляді на наказне провадження, у тому числі й на особливості касаційного оскарження відповідних справ, що обумовлено, перш за все, необхідністю вдосконалення цивільного судочинства з метою приведення його до справжніх європейських стандартів.

Вищевикладене й зумовило напрямок цього дослідження, яке зводиться до визначення процесуальних особливостей касаційного перегляду судових рішень ухвалених у порядку наказного провадження та виробленню відповідних теоретичних підходів та можливих напрямків удосконалення касаційної процедури в цивільному судочинстві.

Частиною 1 ст. 323 ЦПК України визначено, що касаційною інстанцією у цивільних справах є Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ [2].

Статтею 324 ЦПК України визначено, що сторони та інші особи. які беруть участь у справі, а також особи, які не брали участь у справі, якщо суд вирішив питання про їх права, свободи чи обов'язки, мають право оскаржити у касаційному порядку:

1) рішення суду першої інстанції після їх перегляду в апеляційному порядку, рішення і ухвали апеляційного суду, ухвалення за результатами перегляду;

2) ухвали суду першої інстанції вказані у пунктах 1, 3, 4, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 31–33 частини першої статті 293 цього Кодексу, після їх перегляду в апеляційному порядку і ухвалення апеляційного суду, якщо вони перешкоджають подальшому провадженню у справі [2].

Частиною 2 вищевказаної статті визначено, що підставами касаційного оскарження є неправильне застосування судом норм матеріального права чи норм процесуального права [2].

Поруч із тим згідно приписів ч. 2 ст. 30-1 ЦПК України ухвала апеляційного суду про скасування судового наказу є остаточною і оскарженню не підлягає. Також абз. 2 ч. 3 ст. 307 УПК України визначено, що ухвала апеляційного суду про відхилення апеляційної скарги на судовий наказ і залишення судового наказу без змін є остаточною і оскарженню не підлягає [2].

Такими чином, у касаційному порядку можуть бути оскаржені лише певні судові рішення, що ухвалені судом у справах наказного провадження.

У літературі з наказного провадження запропоновано перелік судових рішень (ухвал) суду першої інстанції, які можуть бути переглянуть в апеляційному порядку, це зокрема:

– відмова у прийнятті заяви про видачу судового наказу або скасуванні судового наказу (п.1 ч. 1 ст. 293 ЦПК України);

– залишення заяви про скасування судового наказу без розгляду;

– повернення заяви про видачу судового наказу заявникові;

– про відкриття провадження у справі з недотримань правил підсудності;

– відмови ухвалити додатковий судовий наказ;

– роз'яснення судового наказу;

– відхилення заяви про перегляд судового наказу у зв'язку з ново виявленими обставинами [3, с. 193].

Виходячи з аналізу ч. 2 ст. 292, ч. 1 ст. 293, ч. 1 ст. 324 ЦПК України саме вказані судові рішення можуть бути оскаржені у касаційній інстанції. Також у касаційній інстанції може бути оскаржена і окрема ухвала (ст. 211 ЦПК України).

М.В. Вербицька обґрунтовує можливість оскарження в касаційному порядку зміненого судового наказу, оскільки він є різновидом постанови суду та предметом розгляду апеляційної інстанції [4, с. 176].

Така позиція, як на нас, має раціональне зерно, оскільки ЦПК України прямо не забороняє оскаржити в касаційній інстанції змінений судовий наказ. Утім при цьому необхідно враховувати позицію ВССУ з цього питання.

В абз. 3 п. 22 Постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 23 грудня 2011 року № 14 "Про практику розгляду судами заяв у порядку наказного провадження" вказується, що враховуючи, що судовий наказ є особливою формою судового рішення, як змінений судовий наказ, так і судовий наказ, щодо якого суд прийняв ухвалу про залишення заяви про його скасування без задоволення, можуть бути оскарженні в апеляційному порядку за правилами оскарження рішень суду. У касаційному порядку зазначені судові рішення не оскаржуються [5].

Виходячи з наведеної позиції вищої спеціалізованої судової інстанції у ч. 2 ст. 30-1 ЦПК України та абз. 2 ч. 3 ст. 307 УПК України варто окремо закріпити і термін "змінений судовий наказ". Як на нас, це буде сприяти чіткості процесуального закону, зокрема при визначенні об'єктів касаційного оскарження у наказному провадженні.

Чинний процесуальний закон не встановлює особливостей щодо строків касаційного оскарження у справах наказного провадження, а також щодо форми і змісту касаційної скарги. З цього випливає, що на означену

© Шабалін А., 2015

категорію цивільних справ розповсюджуються загальні правила касаційного оскарження. Так, у ст. 325 ЦПК України визначено, що касаційна скарга може бути подана протягом двадцяти днів з дня набрання законної сили рішенням (ухвалою) апеляційного суду [2]. Статтею 326 ЦПК України визначено форму і зміст касаційної скарги. Також, на справи наказного провадження поширюється загальний порядок подання касаційної скарги (ст. 327 ЦПК України).

Розглядаючи підстави скасування касаційною інстанцією судових рішень у наказному провадженні, ми би хотіли на такій підставі, як спір про право.

Саме наявність спору про право є підставою для відмови у задоволенні судом першої інстанції заяви про видачу судового наказу (п. 3 ч. 3 ст. 100 ЦПК України). Більш детально це питання висвітлюється у правовій позиції вищої спеціалізованої судової інстанції.

Так, у п. 9 Постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 23 грудня 2011 року № 14 "Про практику розгляду судами заяв у порядку наказного провадження" зазначено, що наявність спору про право (пункт 2 частини третьої статті 100 ЦПК), яке є підставою для відмови у прийнятті заяви про видачу судового наказу, вирішується суддею у кожному конкретному випадку, виходячи із характеру та обґрунтованості заявленої матеріально-правової вимоги і документів, доданих до заяви. Зокрема, мають враховуватися обставини, якщо із доданих документів вбачається, що боржник заперечує, не визнає або оспорює свій обов'язок перед заявником (кредитором); із доданих документів вбачається пропуск позовної давності, тому така вимога може бути вирішена лише у позовному провадженні (частина третя статті 267 Цивільного кодексу України) [5].

Наявність спору про право є підставою для скасування відповідних судових рішень, що ухвалені у справах наказного провадження і у касаційній інстанції. Звернемось до прикладу зі судової практики наказного провадження.

25 січня 2012 року колегія суддів судової палати у цивільних справахВищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ розглянувши у судовому засіданні цивільну справу за заявою товариства з обмеженою відповідальністю "Луганськвода" в особі Відокремленого підрозділу Луганського управління Товариства з обмеженою відповідальністю "Луганськвода" про видачу судового наказу про стягнення з ОСОБА-3, ОСОБА-4, ОСОБА-5 заборгованість за послуги водопостачання та водовідведення, за касаційною скаргою заступника директора Відокремленого підрозділу Луганського управління товариства з обмеженою відповідальністю "Луганськвода" – Мільян О.Р. на ухвалу Артемівського районного суду м. Луганська від 29 жовтня 2010 року та на ухвалу апеляційного суду Луганської області від 21 червня 2011 року, встановила:

У жовтні 2010 року товариство з обмеженою відповідальністю "Луганськвода" в особі Відокремленого підрозділу Луганського управління Товариства з обмеженою відповідальністю "Луганськвода" звернулося до суду з заявою до ОСОБА-3, ОСОБА-4, ОСОБА-5 про видачу судового наказу про стягнення заборгованості за послуги з централізованого водопостачання та водовідведення в сумі 2873 грн. 13 коп.

Ухвалою Артемівського районного суду м. Луганська від 29 жовтня 2010 року відмовлено ТОВ "Луганськвода" в особі Відокремленого підрозділу Луганське управління ТОВ "Луганськвода" у прийнятті заяви про видачу судового наказу про стягнення з ОСОБА-3, ОСОБА-4, ОСОБА-5 заборгованості за послуги водопостачання та водовідведення, на підставі ст.100ЦПК України.

Ухвалою апеляційного суду Луганської області від 21 червня 2011 року ухвалу Артемівського районного суду м. Луганська від 29 жовтня 2010 року залишено без змін.

У касаційній скарзі заступник директора ВП "ЛУ ТОВ "Луганськвода" – Мільян О.Р. посилаючись на порушення норм матеріального і процесуального права, просить скасувати ухвалу Артемівського районного суду м. Луганська від 29 жовтня 2010 року та ухвалу апеляційного суду Луганської області від 21червня 2011 року.

Касаційна скарга підлягає задоволенню з таких підстав.

Відмовляючи у прийнятті заяви про видачу судового наказу, суд першої інстанції з яким погодився суд апеляційної інстанції виходив з того, що заявник разом з безспірними вимогами просить видати наказ на суму заборгованості поза межами строку позовної давності, про застосування якого у боржника є право заявити, дані вимоги пов'язані між собою та не можуть розглядатися окремо одна від одної, тому немає підстав для видачі судового наказу, таким чином суди вбачають, що існує спір про право.

Проте, таких висновків суди дійшли із порушенням норм процесуального права.

Відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 96 ЦПК України судовий наказ може бути видано, у разі якщо заявлено вимогу про стягнення заборгованості за оплату житлово-комунальних послуг, телекомунікаційних послуг, послуг телебачення та радіомовлення з урахуванням індексу інфляції та трьох відсотків річних, нарахованих заявником на суму заборгованості.

Якщо заявлено вимогу про стягнення заборгованості за надані послуги, судовий наказ може бути видано за наявності відповідних договорів про надання таких послуг або інших письмових доказів, що підтверджують фактичне надання та отримання таких послуг. Крім того, заявник має додати документи, що вказують на правильність і безспірність розрахунків, а також застосування тарифів на відповідні послуги.

Наявність спору про право (пункт 2 частини третьої статті 100 ЦПК), яке є підставою для відмови у прийнятті заяви про видачу судового наказу, вирішується суддею у кожному конкретному випадку, виходячи із характеру та обґрунтованості заявленої матеріально-правової вимоги і документів, доданих до заяви. Зокрема, мають враховуватися обставини, якщо із доданих документів вбачається, що боржник заперечує, не визнає або оспорює свій обов'язок перед заявником (кредитором); із доданих документів вбачається пропуск позовної давності, тому така вимога може бути вирішена лише у позовному провадженні (частина третя статті 267 Цивільного кодексу України).

Судом першої інстанції не враховано, що за наданим розрахунком заборгованість нарахована боржникам за період з 2004 року по 2010 рік в розмірі 7756 гривень 02 коп., разом з тим заявник просить видати судовий наказ про стягнення заборгованості в розмірі 2873 гривні 13 коп., а також не враховано можливість перегляду судового наказу за відповідною заявою боржників, щодо застосування строку позовної давності.

Повноваження суду за наслідками розгляду заяви про скасування судового наказу вичерпно визначені частиною восьмою статті 105-1 ЦПК. При цьому як у разі залишення такої заяви без задоволення, так і в разі скасування судового наказу суд постановляє ухвалу, роз'яснюючи, що при скасуванні судового наказу стягувач має право на розгляд його вимог у позовному провадженні шляхом пред'явлення позову за загальними правилами.

Враховуючи наведене, посилання суду на те, що в цьому випадку існує спір про право, щодо строків позовної давності є необґрунтованим, тому що вказана норма застосовується лише в разі відповідної заяви боржника і не може бути підставою для відмови в прийнятті заяви про видачу судового наказу.

Згідно з п. 2 ч. 1 ст. 342 ЦПК України розглянувши касаційну скаргу на ухвалу суду, суд касаційної інстанції скасовує ухвалу і передає питання на новий розгляд до суду першої або апеляційної інстанції, якщо було порушено порядок, встановлений для його вирішення.

Враховуючи те, що суди допустили порушення норм процесуального права, ухвала Артемівського районного суду м. Луганська від 29 жовтня 2010 року та ухвала апеляційного суду підлягають скасування із передачею справи на новий розгляд до суду першої інстанції.

Керуючись ст.ст. 336, 338, 345 ЦПК України, колегія суддів судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, ухвалила:

Касаційну скаргу заступника директора Відокремленого підрозділу Луганського управління товариства з обмеженою відповідальністю "Луганськводa" – Мільян О.Р. – задовольнити, ухвалу Артемівського районного суду м. Луганська від 29 жовтня 2010 року та ухвалу апеляційного суду Луганської області від 21 червня 2011 року скасувати і передати питання на розгляд до суду першої інстанції [6].

З наведеного приклада вбачається, що саме наявність спору про право у наказному провадженні є підставою не тільки для відмови у прийнятті заяви про видачу судового наказу судом першої інстанції, а й для скасування відповідних судових рішень судами вищих інстанцій, у тому числі і касаційною. Також, наведена судова практика свідчить, що порядок розгляду та вирішення касаційним судом відповідної скарги у наказному провадженні є загальним не зважаючи на спрощеність цього провадження.

Із проведеного дослідження можна зробити такі висновки:

1) у касаційному порядку можуть бути оскаржені лише окремі судові рішення (ухвали) у справах наказного провадження;

2) судовий наказ чи змінений судовий наказ не можуть бути оскарженні у касаційній інстанції;

3) порядок розгляду та вирішення касаційним судом відповідної скарги у справах наказного провадження є загальним не зважаючи на спрощеність останнього.

Список використаних джерел

1. Конституція України прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року (Закон від 28.06.1996 р. № 245х/96–ВР) // Офіційний Інтернет-сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80.

2. Цивільний процесуальний кодекс України від 10.03.2004 р. № 1618-IV // Офіційний Інтернет-сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/ laws/show/1618-15.

3. Наказне провадження в цивільному процесі [Текс]: монографія / За заг. ред. В.І. Бобрика. – К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва НАПрН України, 2011. – 203 с. – ISBN 978-966-7509-84-

4. Вербицька М.В. Наказне провадження у цивільному процесі України: дис. …канд. юрид. наук: 12:00:03 / В.М. Вербицька. – Л., 2011. – 231 с. – Бібліогр. – С. 211–230.

5. Постанова Пленум Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 23.12.2011 р. № 14 "Про практику розгляду судами заяв у порядку наказного провадження" // Офіційний сайт Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://sc.gov.ua/ua/postanovi_za_2011_rik/postanova_vid_23122011_roku_№_14_pro_praktiku_rozgljadu_sudami_zajav_u_porjadku_nakaznogo_provadzhen.html.

6. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних від 25 січня 2012 року. Головуюча Н.А. Горелкіна // Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу:http:\\www.reystr. cort.gov.ua\Review\21608931.

Надійшла до редколегії 28.08.15

А. Шабалин, младший научный сотрудник
НИИ интеллектуальной собственности НАПрН Украины, Киев, Украина

КАССАЦИОННОЕ ОБЖАЛОВАНИЯ СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ ПО ДЕЛАМ ПРИКАЗНОГО ПРОИЗВОДСТВА

В статье проанализированы гражданско-процессуальные аспекты кассационного обжалования судебных решений по делам приказного производства. На основании данного анализа автором были сформулированы выводы теоретического характера, а также определены возможные пути усовершенствования ГПК Украины в части кассационного обжалования судебных решений.

Ключевые слова: приказное производство, кассационное обжалования, дела приказного производства.

A. Shabalin, applicant
Scientific research institute property of National academy of lawyer sciences, Kyiv, Ukraine

CASSATION PROCEEDINGS OF CASES TREATMENT OF THE COURT ORDER *PROCEEDINGS*

In the article analyzed aspects of the processescassationrevision of civil cases treatment of the court order proceedings. In the article author prepared by conclusions and areas of improvement CHC of Ukraine about cassation proceedings.

Key words: court order proceedings, cassation proceedings, cases treatment of the court order proceedings.

УДК 346.546:347.77

О. Худенко, здобувач
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ

ВЕРТИКАЛЬНІ УЗГОДЖЕНІ ДІЇ ЩОДО ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Стаття присвячена питанням змісту та особливостей вертикальних узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності в контексті можливих форм їх вчинення.

Ключові слова: узгоджені дії, вертикальні відносини, форми, дистрибуція, франчайзинг.

Вертикальні узгоджені дії суб'єктів господарювання дотепер виступають предметом тривалих дискусій. Не дивлячись на те, що горизонтальна співпраця несе в собі більший ризик обмеження (недопущення, усунення) конкуренції, обмеження, які приймаються суб'єктами господарювання, що перебувають на різних етапах або рівнях надходження товару на ринок можуть стати причиною значних втрат для споживачів або інших суб'єктів господарювання, які не зв'язані такими домовленостями.

© Худенко О., 2015

Дослідженню вертикальних узгоджених дій, в тому числі частково щодо прав інтелектуальної власності, в своїх роботах приділяли увагу І.А. Шуміло, О.О. Бакалінська, С.С. Валітов, Т.Г. Удалов, К.В. Смирнова, О.С. Каштанов, С.В. Шкляр, Н.А. Іваницька, І.І. Дахно, О.В. Вознюк, І.В. Свечкарь та інші. Проте питання змісту та особливостей вертикальних узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності ще не дістали належного теоретичного опрацювання.

Мета дослідження полягає у визначенні змісту та особливостей вчинення вертикальних узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності.

Європейською Комісією в 2010 році було прийнято оновлене Керівництво з вертикальних обмежень, у вступі до якого зазначається, що "для більшості вертикальних обмежень, питання пов'язані з конкуренцією можуть виникнути тільки тоді, коли існуюча конкуренція недостатня на одному або більше рівнях торгівлі, тобто, якщо є певний рівень ринкової влади на рівні постачальника чи покупця, або на обох рівнях. Вертикальні обмеження, як правило, менш шкідливі ніж горизонтальні обмеження і можуть забезпечувати значніший обсяг ефективності" [1, p.4].

С. Шкляр та Н. Іваницька зазначають, що "об'єктивні переваги у конкуренції можуть бути досягнуті за допомогою […] просування товарів і послуг за межами національного ринку за допомогою побудови ефективної системи дистрибуції, заснованої, в тому числі, і на угодах про передачу прав використання на ОІВ та ін" [2, с.43].

Надання права використання об'єкта інтелектуальної власності (ліцензування) є досить поширеною практикою у дистриб'юторських, франчайзингових та інших відносинах господарського посередництва і торгової діяльності. Передача права власності на об'єкт інтелектуальної власності може бути предметом вертикальних узгоджених дій у випадку здійснення НДДКР на замовлення, а також у випадку міжнародного посередництва або торгівлі, якщо виробник (головний постачальник) бажає звільнити себе від підтримання правової охорони або захисту об'єктів інтелектуальної власності на території певної держави.

При розгляді вертикальних узгоджених дій в контексті їх форм, перш за все виникає питання щодо можливості їх здійснення у вигляді "створення суб'єкта господарювання, який здійснює координацію конкурентної поведінки" та "створення або вступу до об'єднання, яке здійснює координацію конкурентної поведінки". Інакше кажучи, питання полягає в тому чи можуть суб'єкти господарювання, які представлені на різних етапах або рівнях надходження товару на ринок, застосовувати метод координації конкурентної поведінки. Антимонопольний комітет України, згідно пункту 1.4 Типових вимог [3], вважає що можуть. Якщо брати за основу широке розуміння конкурентної поведінки, то з позицією Комітету складно не погодитися. Необхідно лише розуміти, що термін "координація" не тотожний терміну "уніфікація".

1) угоди щодо прав інтелектуальної власності. "Історично всі типи вертикальних угод розвивалися за такою схемою. Спочатку окремі фундаментальні індивідуальні рішення Комісії, а частіше Суд ЄС, виявляли основні принципи. Згодом Комісія прийняла регламенти про групові звільнення, що підвищили юридичну точність угод. Ще пізніше Комісія здійснила спрощення та кодифікацію всього матеріалу шляхом прийняття регламенту про групові звільнення у дуже загальній формі, Регламент Комісії № 330/2010 від 20 квітня 2010 року, щодо застосування Ст. 101 (3) ДФЄС до категорій вертикальних угод та узгодженої практики, який вступив в силу з 1 червня 2010 року" (далі – Регламент) [4, с.76].

Щодо прав інтелектуальної власності названим Регламентом передбачено, що встановлений ним груповий виняток "застосовується до вертикальних угод, що містять положення, які стосуються передачі покупцю або використання покупцем прав інтелектуальної власності, за умови, що ці положення не є основним предметом таких угод і безпосередньо пов'язані з використанням, продажом або перепродажем товарів або послуг покупцем або його клієнтами" [5, p.4].

Керівництвом з вертикальних обмежень передбачено, що для застосування цього винятку "до вертикальних угод, що містять положення про права інтелектуальної власності, повинні виконуватись п'ять умов: 1) положення про права інтелектуальної власності повинні бути частиною вертикальної угоди, яка являє собою угоду за якою сторони можуть придбати, продати або перепродати певні товари або послуги; 2) права інтелектуальної власності повинні бути передані або ліцензовані покупцю; 3) положення про права інтелектуальної власності не повинні становити основного предмету угоди; 4) положення про права інтелектуальної власності повинні бути безпосередньо пов'язані з використанням, продажом або перепродажем товарів чи послуг покупцем або його клієнтами; 5) положення про права інтелектуальної власності у зв'язку з угодою щодо товарів або послуг, не повинні містити обмежень конкуренції, які мають той же предмет вертикальних обмежень, які не підпадають під групове звільнення згідно Регламенту" [1, p.9].

Крім того, Регламентом додатково передбачено допустимість встановлення "будь-якого прямого або непрямого зобов'язання покупця після припинення угоди не виробляти, не купувати, не продавати чи не перепродавати товари або послуги", якщо таке "зобов'язання необхідне для охорони ноу-хау наданого постачальником продавцю" до моменту вступу такого ноу-хау в "суспільне надбання" [5, p.6].

З вищевказаного можна зробити висновок, що груповий виняток для вертикальних угод щодо прав інтелектуальної власності в законодавстві ЄС поширюється лише на ті угоди, де передача права власності або надання права використання об'єкту інтелектуальної власності не є самостійним предметом такої угоди, а лише підпорядковується основному предмету угоди – використанню, продажу або перепродажу товарів.

Такий підхід очевидно відрізняється від того, який представлений в Україні, а також США, але в США і системи групових винятків в нашому розумінні немає як такої.

Самим яскравим прикладом угод пов'язаних з використанням, продажом або перепродажем товарів з одночасною передачею права власності або наданням права використання об'єктів інтелектуальної власності можна назвати дилерські, дистриб'юторські, агентські та інші угоди пов'язані з торговим посередництвом і торговою діяльністю.

С.М. Бервено та Р.А. Майданик влучно зазначають, що "особливість дилерського договору полягає в тому, що купівля-продаж здійснюється не під умову (відкладальну чи скасувальну), а під зустрічне зобов'язання дилера (покупця) здійснювати послуги з просування такого чи аналогічних товарів на відповідному ринку. Потреба у формуванні цього нового для нашого права типу договору зумовлена ускладненням умов конкуренції та вимог до реалізації та обслуговування окремих груп товарів. Виробники та оптові продавці, зацікавлені в стабільних продажах товарів, йдуть на надання пільгових умов покупцю (знижки продажної ціни, безоплатне надання послуг післягарантійного обслуговування тощо) під зобов'язання оптових покупців (дилерів) надавати рекламні, інформаційні, сервісні (ремонтні, кон-

сультаційні тощо) послуги з просування поставлених і майбутніх до продажу товарів" [6, с.402].

В.В. Рєзнікова вказує на необхідність розмежування дистриб'юторської і дилерської діяльності як господарського посередництва від звичайної торгівельної діяльності з огляду на наступне: "господарська ж діяльність як дистриб'ютора, так і дилера, кожен з яких діє не в інтересах клієнта, а лише у власному підприємницькому інтересі – це не посередництво, а самостійна торгівельна діяльність, при здійсненні якої кожен з них стає власником придбаного товару, виступає стороною укладених угод та несе всі зобов'язання за ними" [7, с.12].

Однак, як за першого, так і за другого випадку побудови відносин "дистриб'ютора" чи "дилера" з виробником (головним постачальником) бажаною є передача права власності або надання права використання об'єкта інтелектуальної власності, які супроводжують діяльність останніх (знаки для товарів і послуг, об'єкти авторського права тощо).

Наприклад, показовою є справа компанії Komandor C.A. проти Приватного підприємства "Командор", яка розглядалася Господарським судом міста Києва та Київським апеляційним господарським судом протягом 2013-2014 років. Українське ПП "Командор" вважало, що воно тривалий час співпрацювало з польською компанією Komandor C.A. і тому має право на використання торгівельної марки та об'єктів авторського права останнього. Проте, суди першої і апеляційної інстанції не погодилися з таким припущенням відповідача: "Відповідачем не надано суду […] доказів надання позивачем дозволу на використання […] прав на знак та фотографії в установленому законом порядку. Позивач надання таких дозволів заперечує. За таких обставин колегія суддів погоджується з висновком місцевого суду, що відповідач використовує у своїй діяльності знак для товарів та послуг KOMANDOR та фотографії, розміщені на його сайті, без належних для цього правових підстав" [8].

Наступна частина вертикальних угод щодо прав інтелектуальної власності пов'язана з франчайзинговими угодами.

О.А. Беляневич зазначає, що "у міжнародній практиці та в діяльності різних франчайзингових організацій під договором франчайзингу розуміється такий договір, за яким правоволоділець надає користувачеві на оплатних засадах комплекс виключних прав (на використання його фірмового найменування, товарного знаку чи знаку обслуговування та охоронювану комерційну таємницю – "ноу-хау" тощо) й надає постійне консультаційне сприяння в організації бізнесу" [9, с.57]. Така точка зору видається більш ніж правильною, але зауважимо, що ототожнювати "охоронювану комерційну таємницю" і "ноу-хау" не можна, це різні об'єкти інтелектуальної власності з різними умовами правової охорони.

Є.І. Ходаківський, В.П. Якобчук та І.Л. Литвинчук визначають, що "економічною передумовою розвитку франчайзингу є потреба в розширенні підприємницької діяльності з мінімальними матеріальними витратами з боку франчайзера. Представники малого бізнесу, створюючи підприємства на умовах франчайзингу на свої власні кошти і одержуючи за відповідну плату права на використання об'єктів інтелектуальної власності франчайзера, тим самим фінансують розширення бізнесу останнього в обмін на можливість брати участь у конкурентоспроможному бізнесі під ім'ям франчайзера. Франчайзинг доцільний для галузей, що мають велику кількість послуг з персональним обслуговуванням, таких, як харчоторг, готельний бізнес, автопослуги і т.д." [10, с.104].

Загалом, як зазначають С.М. Бервено та Р.А. Майданик "в міжнародній практиці виділяють п'ять видів угод про франчайзинг: прямий франчайзинг; франчайзинг через філію або дочірнє підприємство; угода про просування в даній галузі; мастер-угода про франчайзинг; франчайзинг через спільне підприємство" [6, с.384]. Хоча, вірніше вести в даному контексті мову про "види франчайзингу", а не "види угод про франчайзинг", адже до останніх можна віднести лише прямий франчайзинг, угоду про просування в даній галузі та мастер-угоду про франчайзинг.

І.І. Дахно звертає увагу, що "антимонопольного законодавця на Заході вже певний час хвилює запитання: "До якої міри франчизиат у своїй діяльності обмежується франчизною угодою?". Зрозуміло що неминуче таке питання рано чи пізно стане актуальним і для України" [11, с.154]. І з огляду на підписання Угоди про асоціацію України та ЄС таки стало [12].

Керівництво з вертикальних обмежень передбачає, що "охоплення Регламентом ліцензування прав інтелектуальної власності, які містяться в франчайзингових угодах подібно і до інших вертикальних угод, що містять положення про права інтелектуальної власності. Для вертикальних обмежень на купівлю, продаж та перепродаж товарів або послуг у франчайзингових угодах, таких як селективна дистрибуція, зобов'язання не конкурувати або ексклюзивна дистрибуція, Регламент застосовується якщо частка на ринку не перевищує 30%. Керівництвом відповідно до таких видів обмежень у франчайзингу додатково висуваються два специфічні зауваження: 1) найбільш значимим є трансфер ноу-хау, більш ймовірно, що обмеження підвищать ефективність і/або є необхідними для захисту ноу-хау і що вертикальні обмежень підпадатимуть під частину 3 статті 101 ДФЄС; 2) зобов'язання не конкурувати щодо товарів або послуг придбаних франчизіатом виходить за зміст частини 1 статті 101 ДФЄС, коли зобов'язання необхідно для підтримки спільної ідентичності та репутації франчайзингової мережі. В таких справах тривалість зобов'язання не конкурувати також не повинно підпадати під частину 1 статті 101 ДФЄС протягом часу, доки воно не перевищує тривалість самої франчайзингової угоди" [1, p.39].

Тобто, питання впливу на конкуренцію франчайзингових угод, а також дилерських, дистриб'юторських та інших угод господарського посередництва і торгової діяльності, повинно розглядатися з двох позицій – ринкової влади суб'єктів господарювання та обмежень передбачених в таких угодах.

Необхідно також обумовити особливості угод про НДДКР та угод про стандартизацію укладених між суб'єктами господарювання, які перебувають на різних етапах або рівнях ланцюга надходження товару на ринок.

Застосування групового винятку, відповідно до Регламенту про НДДКР, для вертикальних угод про НДДКР, на відміну від горизонтальних, не залежить від порогових показників сукупної частки ринку учасників такої угоди [13, p.40]. В Україні групового винятку для вертикальних узгоджених дій щодо НДДКР не передбачено взагалі, що є досить дивним з огляду на існування такого винятку для горизонтальних узгоджених дій щодо НДДКР [14].

"Стандартні умови розроблені індивідуально компанією лише для власного використання при укладанні договорів зі своїми постачальниками або клієнтами не є горизонтальними угодами", а вважаються вертикальними і в них також можуть відображатися певні об'єкти інтелектуальної власності [15, p.56].

2) прийняття рішення об'єднанням щодо прав інтелектуальної власності. Визначення "об'єднання" в законодавстві про захист економічної конкуренції відрізняється від більш вузького визначення "об'єднання

підприємств" передбаченого в Господарському кодексі України. Причина такої відмінності полягає в необхідності визначення дійсних намірів учасників узгоджених дій та єдиних економічних одиниць у вигляді груп суб'єктів господарювання.

Хоча, В.О. Джуринський притримується позиції, що "терміном "господарське об'єднання" в ГК України та в інших законах, а також у теорії господарського права та в господарській практиці доцільно позначати будь-яке об'єднання суб'єктів господарювання, а не лише об'єднання підприємств, оскільки останнє є лише одним із видів об'єднань суб'єктів господарювання" [16, с.133, 134].

Неоднорідність об'єднань потребує їх поділу на види. Як зазначають В.С. Щербина та А.Я. Пилипенко: "Види об'єднань – це їх класифікація за певними матеріальними та юридичними критеріями з урахуванням законодавчих визначень" [17, с.98].

Не дивлячись на те, що Господарським кодексом України передбачено лише один класифікаційний критерій поділу об'єднань на види – "залежно від порядку заснування", в теорії господарського права пропонується визначати види господарських об'єднань також "за галузевою ознакою", як це пропонує робити О.М. Вінник [18, с.167].

Це є гарним свідченням того, що представляючи певну галузь учасники об'єднання можуть перебувати на різних етапах або рівнях ланцюга надходження товару на ринок, а поєднуючим їх фактором може бути, наприклад, галузь економіки в якій вони здійснюють свою господарську діяльність. Відтак такі об'єднання є вертикальними, або змішаними в розумінні Типових вимог затверджених Антимонопольним комітетом України [3].

Прикладом такого об'єднання можна назвати Асоціацію дистриб'юторів, виробників і продавців професійного звукового та світлового обладнання, музичних інструментів [19].

Зокрема, подібні об'єднання можуть приймати рішення про застосування певних стандартів, в яких містяться об'єкти інтелектуальної власності, або погоджувати утримання від використання визначених об'єктів інтелектуальної власності або ліцензування суб'єктам господарювання, які не є членами такого об'єднання.

Тим не менш, наприклад, діяльність Асоціації "ДжіЕс1 Україна" складно охопити межами однієї або декількох галузей, адже її учасники представлені майже на всіх товарних ринках. "GS1 Україна є єдиним офіційним представником в Україні міжнародної організації GS1 – провідної світової організації з розробки та впровадження всесвітніх стандартів і рішень, які підвищують ефективність і прозорість виробництва, постачання та торгівлі"[20]. До неї можуть входити як виробники, так і постачальники або продавці будь-якого рівня.

3) узгоджена поведінка щодо прав інтелектуальної власності. Про узгоджену поведінку в вертикальних узгоджених діях говорити досить складно, особливо щодо прав інтелектуальної власності. Тим не менш, як приклад, можна назвати не обумовлену протидію паралельному імпорту з боку авторизованих імпортерів за допомогою витіснення з ринку неавторизованих постачальників на підставі неправомірного використання об'єктів інтелектуальної власності в імпортованих товарах. Не дивлячись на те, що більшість господарських судів схиляється до міжнародно-правового режиму вичерпання прав інтелектуальної власності, безпідставні судові позови поєднані з заходами їх забезпечення можуть усунути значну частину "сірих" імпортерів з ринку незалежно від результатів розгляду справи.

Також, Європейська Комісія, відповідно до Регламенту про вертикальні угоди, може "декларувати, що там де паралельні мережі схожих вертикальних обмежень охоплюють понад 50% відповідного ринку, цей Регламент не повинен застосовуватися до вертикальних угод, які містять конкретні обмеження пов'язані з таким ринком" [5, p.6]. Існування такої паралельної мережі вертикальних обмежень може бути результатом саме узгодженої поведінки, в тому числі, щодо прав інтелектуальної власності.

Регламент про застосування частини 3 статті 101 Договору про функціонування Європейського Союзу до категорій вертикальних угод та узгоджених практик в автомобільній галузі деталізує подібне положення таким чином: "При визначенні того, чи повинні пільги, встановлені цим Регламентом, бути відкликані […], надзвичайно важливими є антиконкурентні наслідки, які можуть виникнути внаслідок існування паралельних мереж вертикальних угод, що значно обмежують доступ до відповідного ринку або конкуренції на ньому. Такі кумулятивні ефекти можуть, наприклад, виникнути у випадку системи вибіркової дистрибуції або зобов'язання про утримання від конкурентних дій. З метою посилення нагляду над паралельними мережами вертикальних угод, які мають подібні антиконкурентні наслідки та на які припадає більше 50 % окремого ринку, Комісія, шляхом прийняття регламенту, може визнати цей Регламент таким, що не застосовується до вертикальних угод, що містять спеціальні обмеження, пов'язані з відповідним ринком, таким чином відновлюючи повне застосування статті 101 Договору до таких угод" [21, p.54, 55].

4) створення суб'єкта господарювання, який здійснює координацію конкурентної поведінки щодо прав інтелектуальної власності. На перший погляд, гарним прикладом цієї форми вертикальних узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності можна назвати "франчайзинг через спільне підприємство" та "франчайзинг через філію або дочірнє підприємство". Проте, необхідно враховувати умови на яких здійснюються такі узгоджені дії, адже вони можуть бути оцінені як концентрація суб'єктів господарювання.

Спільне підприємство, відповідно до Закону України "Про зовнішньоекономічну діяльність", базується "на спільному капіталі суб'єктів господарської діяльності України та іноземних суб'єктів господарської діяльності, на спільному управлінні та на спільному розподілі результатів та ризиків" [22].

Франчайзинг через спільне підприємство видається найбільш доцільним в разі надання франчизором права використання об'єктів інтелектуальної власності до статутного капіталу такого підприємства.

Франчайзинг через філію або дочірнє підприємство, як зазначає Н.Г. Вілкова, "представляє собою два методи, використовувані порізно або одночасно. Вибір тієї чи іншої форми залежить від податкового режиму, особливостей права тієї держави, в якій відкриваються така філія або дочірнє підприємство, а також від інших комерційних та юридичних чинників" [23]. Особливість такого франчайзингу полягає в можливості франчизора бути власником новоствореної філії або дочірнього підприємства, а функції управління передати франчизіату.

5) створення або вступ до об'єднання, яке здійснює координацію конкурентної поведінки щодо прав інтелектуальної власності. Найбільш ймовірним застосування цієї форми вертикальних узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності уявляється в сфері стандартизації.

Як висновок, вертикальні узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності, на відміну від горизонтальних, слугують радше одним із засобів досягнення мети (проконкурентної або антиконкурентної), а не конкретним способом. Зумовлено це тим, що учасники таких узгоджених дій не можуть змагатися між собою з огляду на

їх перебування на різних етапах або рівнях ланцюга надходження товару на ринок. Відтак передача права власності або надання права використання об'єктів інтелектуальної власності лише сприяє означеній вище меті.

Список використаних джерел

1. Commission notice – Guidelines on Vertical Restraints // Official Journal C130, 19.05.2010, p. 1-46.
2. Шкляр С., Іваницька Н. Обмеження економічної конкуренції як наслідок реалізації прав на об'єкти інтелектуальної власності: основні підходи, що застосовуються Європейським Судом Справедливості / С.В. Шкляр, Н.А. Іваницька // Журнал "Конкуренція. Вісник Антимонопольного комітету України". – 2013. – № 2(49). – 42-44 с.
3. Про затвердження Типових вимог до узгоджених дій суб'єктів господарювання для загального звільнення від попереднього одержання дозволу органів Антимонопольного комітету України на узгоджені дії суб'єктів господарювання: Розпорядження Антимонопольного комітету України від 12.02.2002 року // Офіційний вісник України. – 2002. – №11. – Ст.543.
4. Смирнова К.В. Антимонопольне право Європейського Союзу. Навчальний посібник. – Черкаси: Вид-во "Відлуння-Плюс", 2011. – 186 с.
5. Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices // Official Journal L 102, 23.4.2010, p. 1–7.
6. Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. / Т.В. Боднар, О.В. Дзера, Н.С. Кузнєцова та ін.; за ред. О.В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 896 с.
7. Рєзнікова В.В. Теоретичні проблеми регулювання посередництва у сфері господарювання України // Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук. – К.: КНУ імені Тараса Шевченка, 2011. – 30 с.
8. Постанова Київського апеляційного господарського суду від 25 березня 2014 р. у справі №910/13117/13. [Електронний ресурс] // Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37981237
9. Беляневич О.А. Господарський договір та способи його укладення: Навчальний посібник. – К.: Наукова думка, 2002. – 280 с.
10. Ходаківський Є.І. Інтелектуальна власність: економіко-правові аспекти : навч. посіб. / Є.І. Ходаківський, В.П. Якобчук, І.Л. Литвинчук. – К.: "Центр учбової літератури", 2014. – 276 с.
11. Дахно І.І. Антимонопольне право. Курс лекцій. – К.: Четверта хвиля, 1998. – 352 с.
12. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27.06.2014 р. // Офіційний вісник України. – 2014. – №75. – Ст.2125.
13. Commission Regulation (EU) No 1217/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of research and development agreements // Official Journal L335, 18.12.2010, p. 36–42.
14. Про затвердження Типових вимог до узгоджених дій суб'єктів господарювання стосовно спільних науково-дослідних та/або дослідно-конструкторських робіт, дотримання яких дозволяє здійснювати ці узгоджені дії без дозволу органів Антимонопольного комітету України: Розпорядження Антимонопольного комітету України від 15.08.2012 року // Офіційний вісник України. – 2012. – №71. – Ст.2891.
15. Communication from the Commission – Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements // Official Journal C11, 14.1.2011, p. 1–72.
16. Актуальні проблеми господарського права: навч. посіб. / за заг. ред. В. С. Щербини. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – 527 с.
17. Пилипенко А.Я. Вибране. – К.: Освіта України, 2013. – 504 с.
18. Вінник О.М. Господарське право: Навчальний посібник. – 2-е вид., змін. та доп. – К.: Всеукраїнська асоціація видавців "Правова єдність", 2009. – 766 с.
19. Асоціація "ДВППЗСОМІ". [Електронний ресурс] // Режим доступу: http://www.prosoundlight.kiev.ua/
20. Про Асоціацію "ДжіЕс1 Україна". [Електронний ресурс] // Режим доступу: http://www.gs1ua.org/uk/gs1ua/about.csp
21. Commission Regulation (EU) No 461/2010 of 27 May 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector // Official Journal L 129, 28.5.2010, p. 52–57.
22. Про зовнішньоекономічну діяльність: Закон України від 16 квітня 1991 року // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – №29. – Ст. 377.
23. Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. М.: Статут, 2004. – 510 с. [Електронний ресурс] // Режим доступу: http://www.pravo.vuzllib.su/book_z956_page_27.html

Надійшла до редколегії 30.08.15

А. Худенко, соискатель
Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Киев, Украина

ВЕРТИКАЛЬНЫЕ СОГЛАСОВАННЫЕ ДЕЙСТВИЯ ОТНОСИТЕЛЬНО ПРАВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Статья посвящена вопросам содержания и особенностей вертикальных согласованных действий относительно прав интеллектуальной собственности в контексте возможных форм их совершения.

Ключевые слова: согласованные действия, вертикальные отношения, формы, дистрибуция, франчайзинг.

O. Khudenko, applicant
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

VERTICAL CONCERTED PRACTICES WITH INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

Article is devoted to the content and features of vertical concerted practices with intellectual property rights in the context of all possible forms of commitment.

Key words: concerted practices, vertical relationships, forms, distribution, franchising.

УДК 347.78.03:791.6](477)(045)

М. Москаленко, здобувач
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

СПІВВІДНОШЕННЯ ПРИВАТНИХ І ПУБЛІЧНИХ ЕЛЕМЕНТІВ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН У СФЕРІ НАЦІОНАЛЬНОГО КІНОВИРОБНИЦТВА

Стаття присвячена дослідженню співвідношення приватних і публічних елементів правового регулювання відносин у сфері національного кіновиробництва з використанням найбільш поширених в юридичній доктрині критеріїв розмежування публічного і приватного права.

Ключові слова: приватне право, публічне право, відносини у сфері національного кіновиробництва.

Однією із особливостей права як системного та органічного утворення є постійна зміна характеру взаємодії його структурних елементів під впливом об'єктивних чинників на кожному з історичних етапів розвитку суспільства, що зумовлює необхідність у переосмисленні всього правотворчого процесу [1]. Подібні трансформації сьогодні спостерігаємо у сфері кіно. З моменту виникнення поняття національного кіновиробництва на початку XX сторіччя до другої половини 80-х років публічно-правова природа останнього не викликала сумнівів. Подальша відмова від системи централізованого планування виробництва й розподілу матеріально-технічних ресурсів радянського типу, розвиток кінобізнесу природно вплинули на характер відносин з приводу виробницт-

© Москаленко М., 2015

ва фільмів. Курс на впровадження ринкових відносин формує нове бачення державного замовлення на закупівлю послуг з виробництва кінематографічних творів як відносин координації, що мають бути взаємовигідними для їх учасників, а тому все частіше говориться про необхідність застосування приватно-правового методу регулювання по відношенню до даної галузі.

Проблемам розмежування правової матерії на приватну та публічну присвячено немало наукових праць як загальноправового так і галузевого спрямування. Зокрема, вони знайшли своє відображення в працях таких титанів юридичної науки, як: Р.А. Майданик, О.А. Підопригора, Ч.Н. Азімов, Г.Ф. Шершеневич, Ю.С. Гамбаров, Є.О. Суханов, Є.О. Харитонов, О.С. Іоффе, С.С. Алєксєєв, В.С. Нерсесянц, Д.Й. Мейєр, Б.Б. Черепахін та багатьох інших. Питання співвідношення приватних і публічних елементів правового регулювання відносин у сфері національного кіновиробництва досі не ставало предметом наукових розробок, тоді як спрямованість сучасної державної політики у сфері кінематографії зумовлює необхідність проведення теоретичних досліджень з метою пошуку шляхів оптимального врахування інтересів держави, що з давніх часів було предметом опікування публічного права, та приватно-правових інтересів індивідів у кіновиробничих відносинах.

За влучним висловом М.М. Агаркова, питанню визначення приватного права й розмежування його з правом публічним пощастило в науці за кількістю й якістю присвяченої йому літератури та не пощастило щодо загальноприйнятого його вирішення [2]. "Протистояння приватного та публічного права продовжує діяти і в наші дні, залишаючись для доктрини такою ж загадкою сфінкса, як і багато століть тому назад", – констатував О.С. Іоффе [3]. Узагальнюючи, можна сказати, що всі запропоновані науковцями теоретичні конструкції зводяться до категорій "інтерес", "предмет" та "метод", у зв'язку з чим Р.А. Майданик умовно поділяє їх на три групи: 1) теорії інтересу; 2) теорії методу; 3) теорії предмета правового регулювання залежно від того, який критерій брався за основу класифікації правової матерії як публічної чи приватної [4]. Разом з тим у наукових працях радянської доби зустрічаються точки зору, що заперечують саму концепцію дуалізму права по відношенню до права соціалістичного: О.С. Йоффе, М.Д. Шаргородський; чи недоцільність такої демаркації взагалі: А.Г. Гойхбарг. Одразу ж зауважимо, що критика висловлюваних правознавцями теорій виходить за межі даного дослідження. Метою запропонованої статті є виявлення логічних взаємозв'язків та співвідношення публічно-правових та приватно-правових елементів правового регулювання відносин у сфері національного кіновиробництва з використанням найбільш поширених в юридичній доктрині критеріїв розмежування публічного та приватного права.

Ще давньоримський юрист Ульпіан зазначав: "Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quedam privatum",іншими словами, "публічне право – це те, що стосується становища римської держави, приватне – це те, що стосується користі окремих осіб: існує корисне у суспільному відношенні й корисне у приватному відношенні" [5]. Із запровадженням у другій половині XIX ст. Р. фон Ієрингом поняття "інтерес" та проголошенням метою права його захисту, відмінність між приватним та публічним трактують, насамперед, як різницю в інтересах: публічне право спрямоване на реалізацію (захист) інтересів держави та суспільства (публічних інтересів), а приватне право – інтересів окремих осіб (приватних інтересів). Такий поділ вважається класичним. До розвитку зазначеної теорії у свій час доклали зусиль Р. фон Ієринг, Г. Нойнер, К.Ф. фон Савіньї, І. Петерський, Г.Ф. Шершеневич, О.Я. Курбатов, М.В. Першин та інші. Що ж до розглядуваних відносин, то їх спрямованість на реалізацію публічного інтересу важко поставити під сумнів. Інтерес держави, в даному випадку, полягає в отриманні якісного національного продукту – кінематографічного твору, а також прибутків та інших обов'язкових платежів від суб'єктів господарювання, що здійснюють його виробництво, а інтерес суспільства – в отриманні духовної цінності, нематеріального блага (кінематографічного твору). Однак, не можна будувати розглядувані відносини виключно на таких засадах, оскільки метою діяльності у сфері кіновиробництва, окрім задоволення державно-суспільних інтересів, є також забезпечення потреб авторів, виконавців та інших суб'єктів кіновиробництва, котрі можуть полягати у творчій самореалізації, матеріальному втіленні своїх ідей та творчих замислів для подальшого їх донесення до глядача, а також в отриманні прибутку від своєї діяльності [6]. Таким чином, у сфері виробництва національних творів кінематографії спостерігаємо збіг приватного інтересу індивіда та публічного інтересу всього державно-організованого суспільства.

Використання предмета правового регулювання в якості критерію для розмежування приватного й публічного у праві пропонували Р. Зом, З. Шлоссман, А.М. Гуляєв, К.Д. Кавелін, М.М. Коркунов, К.П. Побєдоносцев, В.О. Тархов та інші. Сутність такого розподілення полягає в тому, що приватному праву властиві норми, які регулюють майнові відносини та ті з немайнових, об'єкти яких можуть мати грошову оцінку, у той час як публічному – немайнові. В умовах формування кіноринку послуги з кіновиробництва починають набувати ознак товару так само, як і їх результат – фільм чи його складові-елементи (літературний сценарій, оригінальний саундтрек, гра акторів, назва, голосове озвучення, кінокадр тощо). У такому разі, відносини, що виникають з приводу виготовлення та використання творів кінематографії чи їх складових частин, набувають майново-вартісного (економічного) характеру. Разом з тим відносини, що виникають у процесі здійснення органами державної влади публічного адміністрування галузі кінематографії, зокрема, формування державної політики у сфері кінематографії та контроль за її реалізацією, розробка і здійснення заходів щодо створення умов для відродження й розвитку вітчизняного кіно, розробка та виконання програм виробництва фільмів за державним замовленням (державною фінансовою підтримкою), розробка економічних обґрунтувань та розрахунків щодо граничних обсягів видатків з державного бюджету, укладання угод на виробництво фільмів на умовах державного замовлення (державної фінансової підтримки) тощо – носять нематеріальний характер.

Майнові відносини, що виникають навколо творів кінематографії, складають матеріальний зміст договорів, котрі укладаються на всіх етапах виробництва (авторські договори, договори про надання послуг (виконання робіт). Основою майнових відносин у сфері кінематографії є договори державного замовлення на закупівлю послуг з виробництва фільмів (державні контракти), порядок укладення яких регулюється нормами галузей приватного права: цивільного та господарського. Захист майнових прав сторін зобов'язань, що випливають із державних контрактів та інших договорів, що укладаються у сфері кіновиробництва,здійснюється в порядку господарського судочинства.

Управлінські відносини визначають організацію кінопромисловості як єдиної системи, що охоплює учасників всіх форм власності – державної, колективної, приватної. Норми, які регулюють ці правовідносини, належать різним галузям публічного права – конституційному, адміністративному, фінансовому, кримінальному. Таким чином, предмет діяльності з виготовлення творів кінематографії носить складний дихотомічний характер, поєднуючи в собі майнові та немайнові (організаційні) елементи.

Прибічники суб'єктного складу відносин і методу правового регулювання як критеріїв розподілу приватного та публічного у праві А. Тон, Е. Бірлінг, В. Букхардт, М.М. Сібільов, І.О. Ільїн, Ю.С. Гамбаров, Н.Л. Дювернуа, С.А. Муромцев та інші дотримувались думки про те, що приватне право регулює відносини, котрі виникають між приватними особами (фізичними чи/та юридичними) на відміну від публічно-правових, обов'язковим учасником яких є владний союз (держава, церква, громада). Приватно-правові відносини засновані на рівності суб'єктів, у той час, як у публічному праві переважає принцип панування йпідпорядкування, або, як мінімум, охорони й підпорядкування [4]. Діяльність з виготовлення творів кінематографії характеризується складною суб'єктною структурою. Держава в особі відповідного органу виконавчої влади вступає у правовідносини з продюсером-виконавцем. При цьому важливою особливістю таких відносин є подвійна роль держави, котра одночасно виступає як у ролі суб'єкта регулювання галузі та арбітра у відносинах, так і в ролі однієї зі сторін. У першому випадку вона наділена повноваженнями регулювати відносини зі спиранням, у разі потреби, на легальний примус. У другому – рівноправним членом, що наділений обов'язками та правами у зобов'язанні, у тому числі правом на захист порушеного права. У свою чергу продюсер-виконавець вступає у правовідносини з первинними суб'єктами кіновиробництва (авторським колективом, технічними працівниками та організаційно-управлінським персоналом), при цьому сторони виступають як юридично рівні між собою, автономні та незалежні одна від одної.

Що ж до методу правового регулювання кіновиробничих відносин, то принцип диспозитивності, характерний для приватного права, проявляється у здатності сторін з власної ініціативи приймати будь-які рішення, які не суперечать законодавству України. Наприклад, суб'єкти кінопідприємництва самостійно приймають рішення про намір отримати державне замовлення на виробництво національного фільму; самостійно ініціюють власну участь у конкурсному відборі кінопроектів Державного агентства з питань кіно для включення до Програми виробництва та розповсюдження національних фільмівшляхом подачі заявки на участь; самостійно планують свою діяльність у сфері кіновиробництва; у межах законодавства вільно обирають предмети договорів і визначають зобов'язання в них, інші умови взаємовідносин, що виникають. Застосування цього методу законодавцем відбувається шляхом прийняття норм, що надають сторонам регульованого ними правовідношення, самостійність у визначенні їх взаємних прав і обов'язків (диспозитивних норм). Прийняття юридично значущих рішень відбувається шляхом компромісу (укладення цивільно-правового договору).

Імперативний метод правового регулювання, притаманний публічному праву, виражений в обов'язковості дотримання кіновиробниками заборон закону, зокрема,щодо здійснення прокатної діяльності (вимога отримання державного посвідчення на право розповсюдження і демонстрування фільмів для здійснення такої діяльності); використання преференцій, встановлених по відношенню до національного фільму (вимога отримання свідоцтва національного фільму). А також покладання на них обов'язків, у тому числі, щодо укладення державних контрактів; надання переваги державним підприємствам-суб'єктам кінематографії при виборі підприємств-підрядників; понесення матеріальної відповідальності за цільове використання виділених коштів замовника, достовірність розрахунків, наданих в кошторисі на виробництво фільму тадостовірність звітів про фактичне використання отриманих коштів по періодах виробництва та в цілому на виробництво фільму тощо. Застосування законодавцем імперативного методу правового регулювання відбувається за допомогою прийняття норм наказового характеру (імперативних норм).

Разом з вищевказаним, у якості окремого методу правового регулювання можна виділити так званий метод рекомендацій. Іншими словами, держава регулює поведінку суб'єктів кіновиробництва шляхом рекомендованих моделей відповідних правовідносин. Примірні форми договорів (договору державної фінансової підтримки та/чи розповсюдження фільму, державного контракту на виробництво фільму), методичні рекомендації стосовно укладення таких договорів, інші методичні рекомендації (щодо застосування граничних термінів проведення періодів (етапів) виробництва фільмів за видами, хронометражами та форматом; щодо порядку розміщення державного замовлення в галузі кінематографії, що здійснює Державне агентство України з питань кіно; щодо обліку формування виробничої собівартості продукції (робіт, послуг) у кіновиробництві тощо) – все це приклади застосування державою зазначеного методу. Остання висловлює бажані з її точки зору варіанти врегулювання тих чи інших відносин шляхом прийняття норм рекомендаційного характеру, при цьомурішення про дотримання чи недотримання таких норм залишається за суб'єктами, яким вони адресовані.

На практиці, залежно від особливостей кожного конкретного правовідношення, діятимуть ті із зазначених методів, які будуть найбільш ефективними щодо нього. При цьому одночасно можуть діяти декілька або лише один з названих методів – у такому разі інші "відступають на задній план" і застосовуватимуться у випадках, передбачених (не заборонених) законодавством, якщо в цьому виникне потреба.

Як бачимо, межі між приватним та публічним по відношенню до кінематографу сьогодні є досить умовними. Тут на думку спадають слова Ульпіана, а саме вищенаведена сентенція про дуалізм корисного, початок якої звучить так: "Huius studii duae sunt positio-nes, publicum et privatum", іншими словами, при вивченні права слід враховувати дві його позиції (сторони, аспекти, прояви) – публічнуйприватну [7]. Виходить, що Мислитель мав на увазі не фактичний поділ права, а лише різні прояви однієї матерії. Відтак марно й прагнути до чіткого розмежування двох правових спільностей. При цьому зусилля теоретико-правової науки мають бути спрямовані на глибше розуміння публічного чи приватного значення конкретних правових норм та юридичних конструкцій, механізму їхнього застосування, що складе доктринальне підґрунтя для визначення нормотворчих орієнтирів майбутнього, сприятиме підвищенню ефективності реалізації та захисту прав приватних осіб.

Отже, стосовно діяльності з кіновиробництва, можемо стверджувати про переважне використання приватно-правових конструкцій щодо відносин, котрі виникають при введенні творів кінематографії чи їх складових частин до цивільного обороту та публічно-правових – при регулюванні державно-управлінських відносин у сфері кінематографії. Детальніше відображення характеру та особливостей взаємодії двох підсистем права щодо розглядуваних взаємин потребує більш глибокого

аналізу останніх як предмета правового регулювання.Загалом, проникнення приватних елементів правового регулювання у сферу кінопромисловості можемо охарактеризувати як тенденцію позитивну із врахуванням сучасних поглядів на систему кіновиробництвайм майнові відносини в умовах ринкута, в першу чергу,через те що в період тривалої кризи у вітчизняній економіці, приватно-правові конструкції видаються більш придатними для відновлення нормального функціонування кіногалузі.

Список використаних джерел

1. Лазор Л.І. Співвідношення приватних і публічних елементів правового регулювання у праві соціального забезпечення [Електронний ресурс] / Л.І. Лазор // Форум права. – 2010. – № 4 – С. 566–571. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2010-4/10llipcz.pdf. – Назва з екрану.

2. Агарков М.М. Ценность частного права / М.М. Агарков // Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. – М.: Центр ЮрИнфоР, 2002. – Т. 2. – С. 42-104.

3. Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву: Изисториицивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории "хозяйственного права" / О.С. Иоффе; Московский гос. ун-т им. М.В.Ломоносова. Кафедра гражданского права юридического факультета. – М. : Статут, 2000. (Серия "Классика российской цивилистики") – 777 с.

4. Майданик Р. А. Цивільне право. Загальна частина : підручник [для студ. юрид. фак-ту] / Р.А. Майданик. – К. : Алерта, 2012. – Т. 1 : Вступ у цивільне право. – 471 с.

5. Памятники римского права: Законы 12 таблиц. ИнституцииГая. Дигесты Юстиниана. – М. : Зерцало, 1997. – 608 с.

6. Москаленко М.М. Цивільно-правове регулювання діяльності у сфері виробництва кінематографічних творів / М.М. Москаленко // Науковий вісник Ужгородського національного університету.Серія "Право"; Ужгородський нац. ун-т. – Х. : Вид-й дім "Гельветика", 2014. – №24. Т.2 – С. 74-81.

7. Харитонов Є.О. Цивільне право України : підручник/ Є.О. Харитонов, О. І. Харитонова, О. В. Старцев. – 3-тє вид., перероб. і доп. – К. : Істина, 2011. – 808 с.

Надішла до редколегії 20.07.15

М. Москаленко, соискатель
Киевский национальный университет имени Тараса Шевченка, Киев, Украина

СООТНОШЕНИЕ ЧАСТНЫХ И ПУБЛИЧНЫХЭЛЕМЕНТОВ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ОТНОШЕНИЙ В СФЕРЕ НАЦИОНАЛЬНОГО КИНОПРОИЗВОДСТВА

Статья посвящена исследованию соотношениячастных и публичных элементов правового регулирования отношений в сфере национального кинопроизводства с применением наиболее распространенных в юридической доктрине критериев разграничения публичного и частного права.

Ключевые слова: частное право, публичное право, отношения в сфере национального кинопроизводства.

M. Moskalenko, researcher
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

RATIO OF PRIVATE AND PUBLIC ELEMENTS OF LEGAL REGULATION OF THE NATIONAL FILM INDUSTRY

The article is devoted to the ratio of private and public elements of legal regulation of the national film industry using the most common criterions of separation of public and private law in legal doctrine.

Keywords: private law, public law, relations in the national film industry.

УДК 343.13(477)

О. Старенький, стажист управління процесуального контролю Головного слідчого управління МВС України, Київ

ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ ТА ВИДІВ СУБ'ЄКТІВ ДОКАЗУВАННЯ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

В статті, на підставі проведеного аналізу наукових джерел, а також положень чинного Кримінального процесуального кодексу України, досліджено питання щодо поняття та видів суб'єктів доказування в кримінальному провадженні. Запропоновано авторське визначення суб'єктів доказування в кримінальному провадженні та визначено їх види.

Ключові слова: суб'єкти доказування; кримінальне провадження; сторони кримінального провадження; доказування; суд.

Питання щодо визначення поняття та видів суб'єктів доказування в кримінальному провадженні має не лише теоретичне, а й практичне значення. З одного боку це надасть можливість чітко визначити осіб, які здійснюють доказування в кримінальному провадженні й на цій основні правильно визначити обсяг їхніх повноважень, а з іншого боку – це забезпечить отримання в кримінальному провадженні лише допустимих доказів, оскільки, як справедливо зазначає Д.Б. Сергєєва, одним із критеріїв допустимості доказів у кримінальному провадженні, є належний суб'єкт їх отримання [1, с. 18].

Зважаючи на актуальність зазначеної проблеми, дослідження окремими питаннями суб'єктів доказування в кримінальному провадженні займалися такі науковці як Ю.П. Аленін, В.Д. Арсен'єв, І.В. Гловюк, В.П. Гмирко, В.Г. Гончаренко, Г.Ф. Горський, В.О. Гринюк, Ю.М. Грошевий, Є.Г. Коваленко, Л.Д. Кокорєв, В.Я. Корсун, М.М. Михеєнко, В.Т. Нор, Ю.К. Орлов, М.А. Погорецький, В.О. Попелюшко, О.В. Рибалка, Р.Ю. Савонюк, Д.Б. Сергєєва, С.П. Слінько, Н.П. Сиза, С.М. Стахівський, М.С. Строгович, В.М. Тертишник, Л.Д. Удалова, М.Є. Шумило, О.Г. Яновська та інші. Разом із тим, серед науковців відсутня єдність поглядів щодо розуміння поняття та видів суб'єктів доказування в кримінальному провадженні, а в умовах реалізації положень чинного Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) [2], зазначені питання набувають ще більшої актуальності.

Отже, метою статті є авторське визначення суб'єктів доказування в кримінальному провадженні та вироблення єдиного підходу щодо розуміння їх видів.

Досліджуючи питання щодо поняття та видів суб'єктів доказування в кримінальному провадженні, перш за все, зазначимо, що серед процесуалістів немає єдності думок щодо розуміння поняття суб'єктів доказування в кримінальному провадженні. Це, на нашу думку, пояснюється тим, що ні чинний КПК України [2], ні КПК 1960 року [3], нормативно не визначали поняття зазначеної науково-правової категорії, а також тим, що чинний КПК України у ч. 2 ст. 91 закріплює положення відповідно до якого доказування полягає у збиранні, перевірці та оцінці доказів з метою встановлення обставин, що мають значення для кримінального провадження. У зв'язку з чим, окремі правники відносять до суб'єктів

© Старенький О., 2015

кримінального процесуального доказування тих суб'єктів кримінального провадження, які виконують хоча б один із елементів процесу доказування в кримінальному провадженні (збирання, перевірку, оцінку), на що вказують результати проведеного опитування 84% слідчих, 91% прокурорів та 81% суддів.

Варто зазначити, що в науковій літературі неодноразово наголошувалося на тому, що схема доказування, яка складається лише з одних традиційних компонентів (збирання, перевірки, оцінки доказів), не має універсального характеру, оскільки за її допомогою добре ілюструється рух окремо взятого доказу, але при цьому не беруться до уваги суб'єкти доказування. Процес доказування уявляється в ній як односуб'єктний, що не відповідає реальному доказуванню, в якому доказова діяльність будь-якого суб'єкта завжди адресована якомусь іншому суб'єкту чи суб'єктам [4, с. 13]. На наш погляд, цілком обґрунтованою і такою, що заслуговує на підтримку є позиція М.А. Погорецького, який розглядає доказування як нерозривний цілісний процес, що полягає в отриманні доказів (пошуку і виявленні (вилученні) фактичних даних та їх джерел; перевірці, оцінці фактичних даних і їх джерел, їх процесуальному оформленні (закріпленні) й наданні фактичним даним та їх джерелам значення доказу у кримінальному провадженні) та їх використанні для встановлення фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження, в обґрунтуванні доказами своєї правової позиції сторонами кримінального провадження [5, с. 22]. Такий підхід щодо розуміння поняття доказування в кримінальному провадженні, на нашу думку, найбільш точно відображає гносеологічну та правову сутності процесу доказування в кримінальному провадженні й в подальшому буде використаний нами при визначенні поняття суб'єктів доказування в кримінальному провадженні.

Передусім зазначимо, що для викладення авторської позиції щодо поняття суб'єктів доказування в кримінальному провадженні, необхідно розглянути основні підходи науковців щодо визначення зазначеного поняття.

Так, В.М. Тертишник та С.В. Слінько під суб'єктами доказування розуміють тих учасників кримінального процесу, на яких покладається обов'язок встановлення об'єктивної істини [6, с. 55].

В.Т. Нор вважає, що суб'єктами доказування є органи і особи, які або зобов'язані здійснювати доказування (збирають, перевіряють, оцінюють докази) і є відповідальними за нього, або мають право на активну участь у процесі доказування, реалізуючи свої охоронювані законом інтереси [7, с. 52].

На думку Г.Ф. Горського, Л.Д. Кокорєва та П.С. Елькінда до суб'єктів доказування слід відносити посадових осіб та органи, на яких покладено збирання, перевірку, оцінку доказів і обґрунтування рішень, до яких вони приходять в ході кримінально-процесуального доказування, а також інших осіб, які беруть участь в цій діяльності [8, с. 221].Подібної позиції притримуються й інші правники [9, с. 138; 10, с. 40-41; 11, с. 43].

На наш погляд, для правильного визначення поняття суб'єктів доказування в кримінальному провадженні, необхідно виходити з того, що поняття, як форма мислення є таким способом відображення дійсності, коли предмет розкривається через сукупність його сутнісних ознак [12, с. 136]. Таким чином, спробуємо визначити сутнісні ознаки суб'єктів доказування в кримінальному провадженні.

Насамперед зазначимо, що в етимологічному розумінні термін "суб'єкт" розглядається як особа, група осіб, організація і т. ін., яким належить активна роль у певному процесі, акті; особа або організація як носій певних прав і обов'язків [13, с. 614]. Виходячи з зазначеного, на нашу думку, суб'єктом доказування в кримінальному провадженні слід вважати того учасника кримінального провадження, якому належить активна роль у кримінальному процесуальному доказуванні. Під активною роллю суб'єкта доказування в кримінальному провадженні, на наш погляд, слід розуміти його процесуальний обов'язок або право щодо здійснення доказування в кримінальному провадженні. Наявність такої ознаки, як активна роль суб'єкта доказування в кримінальному провадженні, надає можливість відмежувати його від інших учасників кримінального провадження.

Звісно, як і всі інші суб'єкти кримінального процесу, суб'єкти доказування в кримінальному провадженні наділяються відповідними правами та обов'язками, передбаченими КПК України, щодо здійснення процесу доказування в кримінальному провадженні (ч. 1 ст. 20; ч. 2 ст. 22; п. 8 ч. 3, п. 2 ч. 4 ст. 42; п. 3 ч. 1 ст. 56; п. 3 ч. 2 ст. 64-1; ст. ст. 92-94 КПК України).

Важливою сутнісною ознакою суб'єкта доказування в кримінальному провадженні, на нашу думку, є наявність у нього процесуального інтересу. Процесуальний інтерес – це виражена в конкретній поведінці учасника потреба того, щоб підсумком кримінально-процесуальної діяльності став певний результат [14, с. 36]. Процесуальний інтерес суб'єктів доказування в кримінальному провадженні, безумовно, залежить від виконуваної суб'єктом функції кримінального провадження – обвинувачення чи захисту, а тому він може мати як публічний, так і особистий характер. Сторона обвинувачення, здійснюючи функцію обвинувачення, в силу свого службового обов'язку, має процесуальний інтерес публічного характеру, оскільки на сторону обвинувачення покладається обов'язок розпочати досудове розслідування, повідомити особі про підозру, провести відповідні слідчі (розшукові) та негласні слідчі (розшукові) дії й інші процесуальні дії, скласти обвинувальний акт та направити його до суду, а також довести винуватість обвинуваченого перед судом. Для сторони захисту, процесуальний інтерес матиме особистий характер, оскільки діяльність суб'єктів сторони захисту буде направлена, насамперед, на реалізацію їхніх особистих інтересів: відновленні порушених прав та інтересів, встановленні та доведеності обставин, що спростовують підозру, обвинувачення чи пом'якшують призначене покарання.

Виходячи з вищезазначеного, на нашу думку, суб'єктами доказування в кримінальному провадженні є уповноважені особи, які в передбаченому порядку КПК України, наділені обов'язками щодо здійснення доказування в кримінальному провадженні (отриманні доказів (пошуку і виявленні (вилученні) фактичних даних та їх джерел; перевірці, оцінці фактичних даних і їх джерел, їх процесуальному оформленні (закріпленні) й наданні фактичним даним та їх джерелам значення доказу у кримінальному провадженні) та їх використанні для встановлення фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження, в обґрунтуванні доказами своєї правової позиції сторонами кримінального провадження), або мають право на активну участь у процесі доказування, реалізуючи свої процесуальні інтереси.

Визначивши поняття суб'єктів доказування в кримінальному провадженні, вважаємо за необхідне дослідити питання щодо їх видів.

Варто зазначити, що в юридичній літературі немає єдності думок щодо визначення видів суб'єктів доказування в кримінальному провадженні. Так, В.М. Тертишник та С.В. Слінько виділяють лише одну групу суб'єктів доказування в кримінальному процесі, зокрема – це органи дізнання, слідчий, прокурор і суд за участю інших суб'єктів кримінально-процесуальних відносин [6, с. 52].

Р.Ю. Савонюк поділяє суб'єктів кримінально-процесуального доказування на три групи: 1) державні органи та службові особи, на яких законом покладено

обов'язок доказування; 2) особи, які мають право брати участь у доказуванні; 3) особи, які притягуються або залучаються до участі у доказуванні за рішенням органів і службових осіб, які здійснюють процесуальну діяльність у зв'язку з розслідуванням справи [15, с. 21].

Слушною, на наш погляд, є позиція тих вчених-правників, які виділяють дві групи суб'єктів доказування: 1) державні органи та посадові особи, на які покладено обов'язок здійснювати доказування; 2) особи, які мають право брати участь у процесі доказування [11, с. 46; 16, с. 24; 17, с. 83]. Водночас, зазначена позиції, на нашу думку, потребує певного уточнення, оскільки державні органи (органи досудового розслідування), не здійснюють доказування в кримінальному провадженні. Доказування в кримінальному провадженні, безпосередньо, здійснює відповідна службові особа цього органу – слідчий. Слідчий, виступаючи зі сторони обвинувачення, наділяється відповідними процесуальним правами та обов'язками в процесі доказування, реалізуючи відповідний процесуальний інтерес публічного характеру. Так, відповідно до ч. 2 ст. 38 КПК України досудове розслідування здійснюють слідчі органу досудового розслідування (органів внутрішніх справ; органів безпеки; органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства; органів державного бюро розслідувань). При цьому, обов'язок доказування покладається на слідчого, прокурора, а в окремих випадках на потерпілого (ч. 1 ст. 92 КПК України). Таким чином, можемо зробити висновок, що суб'єктами доказування в кримінальному провадженні є уповноважені особи, які наділені обов'язками або мають право щодо здійснення процесу доказування в кримінальному провадженні. Такий підхід, як нам здається, найбільш точно відбиває гносеологічну та правову сутності участі суб'єктів доказування в кримінальному провадженні.

Виходячи з вищезазначеного, на наш погляд, до суб'єктів доказування в кримінальному провадженні не слід відносити експерта, спеціаліста, заявника, понятих, перекладача, секретаря судового засідання, судового розпорядника, співробітників оперативних підрозділів тощо, хоча вони й беруть учать у проведенні слідчих (розшукових) або інших процесуальних дій, що є засобами кріминального процесуального доказування, безпосередньо подають об'єкти, що можуть бути визнаними доказами у кримінальному провадженні. Таких суб'єктів кримінального процесу можна віднести до учасників кримінального провадження, що забезпечують здійснення процесу доказування, оскільки вони беруть участь у формуванні фактичних даних, що утворюють зміст доказів (наприклад, експерт, що робить висновок) або іншим чином приймають участь у доказуванні (посвідчують хід та результати проведення слідчих (розшукових) дій (поняті), подають на підтвердження своєї заяви про кримінальне правопорушення речі і документи, що в подальшому можуть мати значення доказів у кримінальному провадженні (заявник) тощо.

У цьому аспекті суперечливою є позиція В.Д. Арсеньєва, який класифікує суб'єктів доказування на п'ять груп: 1) органи та особи, відповідальні за провадження у кримінальній справі; 2) учасники кримінального процесу, які мають у ньому юридичний інтерес чи які представляють інтереси інших учасників процесу або громадських організацій; 3) особи, які є джерелами відомостей про факти; 4) особи, які залучаються до участі у збиранні та перевірці доказів для виконання різних додаткових дій. Наприклад, це секретар судового засідання, перекладач; 5) особи, які не мають певного процесуального становища під час провадження кримінальної справи, але мають право або несуть обов'язок з пред'явлення наявних у них предметів і документів [18, с. 27-28].

Як бачимо, основна відмінність запропонованої В.Д. Арсеньєвим класифікації полягає у тому, що вчений відносить до суб'єктів доказування осіб, які за своїм процесуальним статусом не наділені повноваженнями щодо отримання доказів та використання цих доказів для обґрунтування свого правової позиції у кримінальному провадженні. На наш погляд, такий підхід є необґрунтованим, оскільки він не відображає сутності процесу доказування в кримінальному провадженні.

Відповідно до ст. 22 КПК України кримінальне провадження здійснюється на основі змагальності, що передбачає самостійне обстоювання стороною обвинувачення і стороною захисту їхніх правових позицій, прав, свобод і законних інтересів засобами, передбаченими КПК України. Сторони кримінального провадження мають рівні права на збирання та подання до суду речей, документів, інших доказів, клопотань, скарг, а також на реалізацію інших процесуальних прав, передбачених КПК України. Таким чином, виходячи з змагальних засад кримінального судочинства та широкого трактування поняття кримінального процесуального доказування, на нашу думку, лише сторони кримінального провадження є суб'єктами доказування, які наділені процесуальними повноваженнями щодо отримання доказів та використання цих доказів для обґрунтування своєї правової позиції у кримінальному провадженні.

Спірним серед вчених-процесуалістів залишається питання щодо ролі суду в кримінальному процесуальному доказуванні. Не вдаючись детально до викладення зазначеного питання, оскільки воно є предметом окремого наукового дослідження, зазначимо, що в процесуальній літературі сформувалися два основних підходи щодо ролі суду в кримінальному процесуальному доказуванні.

Прибічники першого підходу зазначають, що суд не слід відносити до суб'єктів доказування, оскільки він перебуває над сторонами обвинувачення і захисту. Суд досліджує докази, подані сторонами, і здійснює правосуддя. Однак суд не є суб'єктом доказування, оскільки не збирає докази [19, с. 26]. Подібної позиції притримуються й інші правники, зазначаючи, що в змагальному процесі суд здійснює роль пасивного арбітра, який вирішує правовий спір, а тому він доказування не здійснює [20, с. 32; 21, с. 15].

Прихильники іншого підходу, притримуючись традиційного розуміння поняття доказування, закріплене в ч. 2 ст. 91 КПК України, зазначають, що суд є суб'єктом доказування в кримінальному провадженні, оскільки він здійснює перевірку та оцінку доказів у кримінальному провадженні [22, с. 28; 23, с. 132]. Інші правники наголошують на тому, що суд крім оцінки й перевірки доказів в кримінальному провадженні здійснює й збирання доказів [24, с. 35-40; 25, с. 41].

Як вже нами зазначалося, ми розглядаємо доказування в широкому розумінні та враховуючи те, що кримінальне провадження здійснюється на основі змагальності (ч. 1 ст. 22 КПК України), суд, виступаючи арбітром, повинен здійснювати функцію правосуддя, а тому визначати суд суб'єктом доказування в кримінальному провадженні, вважаємо недоцільним. Суд, зберігаючи об'єктивність та неупередженість, повинен створювати необхідні умови для реалізації сторонами їхніх процесуальних прав та виконання процесуальних обов'язків (ч. 6 ст. 22 КПК України). На нашу думку, суд є суб'єктом кримінального провадження, що забезпечує здійснення доказування сторонами кримінального провадження.

Слід звернути увагу на те, що чинний КПК України наділяє повноваженнями щодо здійснення доказування в кримінальному провадженні також й слідчого суддю (ч. 1 ст. 94 КПК України). Зважаючи на те, що обсяг статті не дозволяє докладно висвітлити питання що ролі слідчого

судді в кримінальному процесуальному доказування, а також враховуючи те, що авторська позиція на зазначене питання була вже нами висвітлена [26, с. 87-89], зазначимо, що наш погляд, слідчий суддя також не є суб'єктом доказування в кримінальному провадженні. Слідчий суддя, як і суд, повинен забезпечувати здійснення процесу доказування сторонами кримінального провадження шляхом здійснення судового контролю за законністю застосування засобів доказування, захисту прав, свобод та законних інтересів осіб у кримінальному провадженні, здійсненні перевірки та оцінки доказів поданих сторонами кримінального провадження.

Таким чином, суб'єктів доказування в кримінальному провадженні, доцільно угрупувати наступним чином:

1. Суб'єкти доказування зі сторони обвинувачення.
2. Суб'єкти доказування зі сторони захисту.

При цьому, на суб'єктів доказування зі сторони обвинувачення покладається обов'язок щодо здійснення доказування в кримінальному провадженні (ч. 1 ст. 92 КПК України), а суб'єкти доказування зі сторони захисту – наділяються правом щодо здійснення доказування. Разом із тим, в окремих випадках обов'язок доказування покладається і на сторону захисту. Такий висновок, можна зробити, виходячи з положень КПК України. Так, відповідно до ч. 1 ст. 47 КПК України, захисник, виступаючи суб'єктом доказування зі сторони захисту, зобов'язаний використовувати засоби захисту, передбачені КПК України та іншими законами України, з метою забезпечення дотримання прав, свобод і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого та з'ясування обставин, які спростовують підозру чи обвинувачення, пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність підозрюваного, обвинуваченого.

Підсумовуючи вищезазначене, на нашу думку, суб'єктами доказування в кримінальному провадженні є уповноважені особи, які в передбаченому порядку КПК України, наділені обов'язками щодо здійснення доказування в кримінальному провадженні (отриманні доказів (пошуку і виявленні (вилученні) фактичних даних та їх джерел; перевірці, оцінці фактичних даних і їх джерел, їх процесуальному оформленні (закріпленні) й наданні фактичним даним та їх джерелам значення доказу у кримінальному провадженні) та їх використанні для встановлення фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження, в обґрунтуванні доказами своєї правової позиції сторонами кримінального провадження), або мають право на активну участь у процесі доказування, реалізуючи свої процесуальні інтереси.

Суб'єктів доказування в кримінальному провадженні необхідно поділяти на: суб'єктів доказування зі сторони обвинувачення та суб'єктів доказування зі сторони захисту.

Список використаних джерел

1. Сергеева Д.Б. Допустимость доказательств согласно нового УПК Украины / Д.Б. Сергеева // Закон и жизнь: междун. науч.-практ. правовой ж-л. – 2013. – №12. – С. 16-19.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 р.№ 4651-VI // ВідомостіВерховної Ради України. – 2013 р. – № 9-10. – Ст. 474.
3. Кримінально-процесуальний кодекс України: Закон від 28.12.1960 р. //Відомості Верховної Ради. – 1961. – № 2. – Ст. 15.
4. Орлов Ю. К. Основы теории доказательств в уголовном процессе: науч.-практ. пособие / Ю. К. Орлов. – М., 2000. – 144 с.
5. Погорецький М. Теорія кримінального процесуального доказування: проблемні питання / М. Погорецький // Право України. – 2014. – № 10. – С. 12-25.
6. Теория доказательств: учебное издание / В. М. Тертышник, С. В. Слинько. – Харьков-Арсис. 1998. – 256 с.
7. Нор В.Т. Проблеми теорії і практики судових доказів / В.Т. Нор. – Львів : Вища шк., 1978. – 111 с.
8. Горский Г.Ф. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе / Г.Ф. Горский, Л.Д. Кокорев, П.С. Элькинд. – Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та, 1978. – 303 с.
9. Михеєнко М.М. Кримінальний процес України: підручник / М.М. Михеєнко, В.Т. Нор, В.П. Шибіко. – Київ: Либідь, 1992. – 431 с.
10. Стахівський С.М. Теорія і практика кримінально-процесуального доказування / С.М. Стахівський. – К., 2005. – 272 с.
11. Грошевий Ю.М. Докази і доказування у кримінальному процесі: науково-практичний посібник / Ю.М. Грошевий, С.М. Стахівський. – К. : КНТ, 2006. – 272 с.
12. Конверський А. Є. Логіка: підручник для студентів юридичних факультетів / А. Є. Конверський. – 4-те вид., перероб. та доп. – К.: Центр учбової літератури, 2012. – 336 с.
13. Словник української мови: в 11 томах. – 1978. – Том 9. – 814 с.
14. Панько Н.К. Состязательность уголовного процесса России и роль адвоката-защитника в ее обеспечении: дисс.... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 / Н.К. Панько. – Воронеж, 2000. – 230 с.
15. Савонюк Р.Ю. Слідчий як суб'єкт кримінально-процесуального доказування: дис.... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Р.Ю. Савонюк. − К., 2001. − 230 с.
16. Лупинская П.А. Доказывание в советском уголовном процессе: учебное пособие / П. А. Лупинская. – М.: ВЮЗИ, 1966. – 103 с.
17. Фаткуллин Ф.Н. Общие проблемы процессуального доказывания / Ф. Н. Фаткуллин. – Казань, 1976. – 207 с.
18. Арсеньев В.Д. Вопросы общей теории судебных доказательств в советском уголовном процессе / В.Д. Арсеньев. – М.: Юр. лит., 1964. – 180 с.
19. Белкин А.Р. Теория доказывания: научно-методическое пособие / А.Р. Белкин. – М.: НОРМА, 1999. – 429 с.
20. Бозров В. "Тактика судьи" в прошлом и настоящем уголовном процессе / В. Бозров // Российская юстиция. – 2003. – № 10. – С. 31-33.
21. Шадрин В.С. Современные проблемы истины и ее установление в уголовном процессе / В.С. Шадрин // Современные проблемы уголовно-процессуального доказывания. – Волгоград, 2000. – С. 11-16.
22. Яновська О.Г. Концептуальні засади функціонування і розвитку змагального кримінальногосудочинства: монографія / О.Г. Яновська. – К., 2011. – 303 с.
23. Попелюшко В.О. Судовий розгляд кримінальної справи: навч. посіб / В.О. Попелюшко. – К., 2006. – 234 с.
24. Корсун В.Я. Суд як суб'єкт кримінальнопроцесуального доказування: монографія / Л.Д. Удалова, В.Я. Корсун. – К: Видавничий дім "Скіф", 2012. – 168 с.
25. Рибалка О. В. Суб'єкти кримінально-процесуального доказування / Л. Д. Удалова, О. В. Рибалка. – К. : КНТ, 2012. – 160 с.
26. Старенький О. С. Участь слідчого судді в кримінальному процесуальному доказуванні / О. С. Старенький // Сучасне кримінальне провадження України: доктрина, нормативна регламентація та практика функціонування: матеріали Всеукраїнської 39 науково-практичної конференції (м. Одеса, 17 квітня 2015 р.) / відп. ред. Ю.П. Аленін. – Одеса: Національний університет "Одеська юридична академія", 2015. – С. 87-89.

Надійшла до редколегії 28.08.15

А. Старенький, стажер
Главное следственное управление МВД Украины, Київ

К ОПРЕДЕЛЕНИЮ ПОНЯТИЯ И ВИДОВ СУБЪЕКТОВ ДОКАЗЫВАНИЯ В УГОЛОВНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ

В статье, на основании проведенного анализа научных источников, а также положений действующего Уголовно-процессуального кодекса Украины, исследованы вопросы понятия и видов субъектов доказывания в уголовном производстве. Предложено авторское определение субъектов доказывания в уголовном производстве и определены их виды.

Ключевые слова: субъекты доказывания; уголовное производство; стороны уголовного производства; доказывания; суд.

A. Starenkyi, trainee
Central Investigation Department MIA of Ukraine, Kyiv, Ukraine

REGARDING OF CONCEPT AND KINDS OF SUBJECTS OF PROOF IN CRIMINAL PROCEEDINGS

In article, based on the analysis of scientific sources, as well as the provisions of the Criminal Procedure Code of Ukraine, examined the question of concept and kinds of subjects of proof in criminal proceedings. The author of the definition of subjects of proof in criminal proceedings and determined their kinds.

Keywords: subjects of proof; criminal proceedings; parties to the criminal proceedings; proof; court.

УДК 347.72

О. Кучмієнко, здобувач
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ

ЗНАЧЕННЯ КАТЕГОРІЇ ІНТЕРЕСУ ДЛЯ КВАЛІФІКАЦІЇ ДІЙ ОСОБИ ЯК ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ У ЦИВІЛЬНИХ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ

Стаття присвячена дослідженню місця категорії "інтересу" в кваліфікації дій особи як зловживання правом в цивільних корпоративних правовідносинах. Окремо приділено увагу співвідношенню видів інтересів у даному контексті. Проаналізовано судову практику України та зарубіжних країн на предмет обгрунтованості критеріїв кваліфікації дій особи в цій сфері.

Ключові слова: зловживання правом, корпоративні правовідносини, інтерес, правоохоронюваний інтерес, кваліфікація.

ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМИ. Категорія "інтересу" є тією рушійною силою, яка по-перше, спонукає особу до вступу в певні відносини та реалізації суб'єктивного права, по-друге, яка визначає вид, зміст, суть даної поведінки. Проте необхідно визначити місце даної категорії в кваліфікації дій особи як зловживання правом, а також визначити невідповідність якому інтересу тягне за собою таку кваліфікацію, що і є метою нашого дослідження.

СТАН ДОСЛІДЖЕННЯ. Дослідженням даної тематики частково займались П. Андрушко, І. Венедіктова, О. Вінник, О. Виговський, В. Добровольський, Ж. Завальна, О. Кузнєцов, Д. Токарєв, Т. Шоха, О. Малиновський, Н.О. Мельничук, Я. Шевченко, В. Мілаш, А. П'янкова,І. Спасибо-Фатєєва, С. Теньков, О. Чепис, О. Черногальцева, Т. Шершень та ін.

Проте вказані дослідження стосувались загалом місця, ролі та суті інтересу в праві або цивільних правовідносинах. Однак належної уваги на рівні окремих комплексних досліджень особливостям прояву інтересу в корпоративних правовідносинах і зловживанню правом у вказаній сфері приділено не було.

ВИКЛАД ОСНОВНОГО МАТЕРІАЛУ. В цивільному праві та законодавстві України поняття інтересу знайшло своє відображення в багатьох нормах, в тому числі тих, що регулюють корпоративні правовідносини, проте в основному термін "інтерес" вживається в не розривному зв'язку з "суб'єктивним правом".

Однак важливо дослідити самостійне значення даної категорії в корпоративних правовідносинах та визначити, чи можливо збалансувати протилежні інтереси учасників правовідносин та одночасно задовольнити потреби кожного з них.

Категорія інтересу проявляється, по-перше, в інституційних ознаках корпоративних правовідносин, серед яких згадується наявність майнового інтересу [1, с. 72] в корпоративних правах. По-друге, в якості одного з критеріїв віднесення спорів до корпоративних: особи мають довести, що вони пов'язані своїм корпоративним інтересом саме з цим спором [2]. По-третє, в ознаках категорії зловживання правом: суб'єкт наділений конкретним суб'єктивним правом для задоволення свого інтересу. Але реалізація права відбувається всупереч його призначенню: задоволення інтересу відбувається за допомогою неналежного права [3, с. 40] та всупереч соціальному призначенню [4, с. 107], а також заподіяння шкоди суспільним або особистим інтересам.

По-четверте, як критерій кваліфікації дій особи як зловживання правом. І.А. Тимаєва виділяє такі критерії, як явна неспіврозмірність дій учасників корпоративних правовідносин при реалізації прав та законних інтересів та наслідків для інших учасників корпоративних правовідносин, а також спрямованість на збагачення при реалізації права. Втім, критерій спрямованості на збагачення, як слушно зазначає О.А. Кузнєцов, є спеціальним випадком нецільового використання права [5, с. 52]. Щодо явної неспіврозмірності, то можливо, релевантнішим критерієм може бути дотримання правоохоронюваних інтересів інших осіб, про які йтиметься нижче. Така позиція, на нашу думку, дозволяє зменшити оціночність даного критерію.

В цьому контексті необхідно визначитись із значенням категорії інтересу для кваліфікації діяння як зловживання правом. Поширеною в науці є позиція, згідно з якою природа досліджуваної категорії полягає в здійсненні права, що належить управомоченій особі при відсутності у даної особи інтересу. Так, Д.А. Токарєв вважає, що зловживання правом є своєрідним механізмом самозбереження суспільства, коли воно обмежує своїх членів в можливості вчинення правомірних дій при відсутності в них потреби для себе [6, с. 40]. Тобто відсутність інтересу при реалізації права в сукупності з іншими ознаками може свідчити про наявність в діях особи зловживання правом, оскільки особа не є зацікавленою в задоволенні певної потреби шляхом використання даного конкретного права.

Особливого значення набуває категорія інтересу не лише окремо в інститутах корпоративних правовідносин та зловживання правом, а і в комплексному прояві – зловживанні правом в корпоративних правовідносинах та його окремих формах. По-перше, в контексті різноманітності інтересів в даних відносинах та значенні конфлікту інтересів як передумови зловживання правом. Принципами корпоративного управління, затвердженими Рішенням НКЦПФР від 22.07.2014 N 955, важливості рівноваги впливу та балансу інтересів учасників корпоративних відносин надано статус одного з принципів. Загалом можна говорити про такі групи інтересів учасників товариства: загально-корпоративний, індивідуально-корпоративний (інтерес більшості, інтерес меншості [7, с. 7]; нетипові індивідуальні інтереси).

По-друге, всі дії суб'єктів корпоративних правовідносин, хоч і в межах змісту права, але такі що порушують корпоративні інтереси інших суб'єктів, можуть бути позбавлені судового захисту [5, с. 59]. Проте, на нашу думку, необхідно з'ясовувати, чи дії були вчинені певною особою від свого імені чи від імені товариства (наприклад, поєднання в одній особі директора та власника частки в статутному капіталі). Від відповіді на дане питання залежить кваліфікація зловживання правом товариством чи учасником, що в свою чергу впливає на формування стратегії захисту.

По-третє, важливо зазначити, що опосередковано законодавець намагається убезпечити добросовісних учасників відносин від зловживання правом шляхом таких законодавчих механізмів, як зобов'язання посадових осіб товариства діяти в інтересах товариства (ст. 63 Закону України "Про акціонерні товариства"); дії, пов'язані із заінтересованістю у вчиненні правочину (ст. 71 Закону України "Про акціонерні товариства"); скликання загальних зборів ТОВ у разі загрози інтересам товариства або виявлення зловживань з боку посадових осіб (ст. 63 Закону України "Про господарські

© Кучмієнко О., 2015

товариства"); інститут незалежних членів наглядової ради (незалежних директорів) (п.10-1 частини 1 статті 2, частина 4 статті 53 Закону України "Про акціонерні товариства", редакція набуває чинності з травня 2016), обов'язкове включення до порядку денного пропозиції акціонерів (акціонера), які сукупно є власниками 5 або більше відсотків простих акцій (частина 3 статті 38 Закону України "Про акціонерні товариства" редакція набуває чинності з травня 2016 року). Фактично мова йде про ключову роль інтересу при формулюванні даних норм.

По-четверте, особливістю зловживання правом в сфері корпоративних правовідносин, є те, що мажоритарні та міноритарні учасники схильні зловживати більшою мірою різними правами з огляду на різницю в їх інтересах.

Категорією інтересу оперує і судова практика в контексті визначення правової природи органу товариства. Наприклад, ми підтримуємо точку зору, відповідно до якої орган юридичної особи не є її представником, оскільки він завжди діє як юридична особа, а не самостійний суб'єкт правовідносин. Такої позиції дотримується значна частина науковців, серед яких В.П. Грибанов, С.М. Корнєєв, О.О. Красавчиков, Р.Б. Сабодаш та ін. Необхідно відзначити і позицію ВГСУ, висловлену в Постанові Пленуму ВГСУ від 29.05.2013 № 11 "Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними": "представником не може вважатися орган юридичної особи, в тому числі її керівник, навіть якщо він діяв всупереч інтересам цієї особи: представництво в даному разі визначається за правилами глави 17 ЦК", яка фактично змінила стійку тенденцію судової практики до ототожнення дій керівника з діями представника [8], проте посилання на ст. 238 ЦК України в даному контексті зберігається [9]. Отже, попри відмінну правову природу виконавчого органу, дії щодо підписання договору однією особою від імені обох сторін не допускається. Розглянемо такий приклад: директор ТОВ може перебувати на лікарняному або у відпустці, тимчасово його обов'язки виконуватиме інша особа (припустимо, заступник). В цей час цей директор може підписати договір від імені іншої особи (припустимо, як акціонер АТ на підставі довіреності) з очолюваним ним ТОВ. Формальною підставою таких дій може слугувати, наприклад, ч. 3 ст. 60 ЗУ "Про акціонерні товариства".

Також директор може видати довіреність на укладення договору від імені товариства іншій особі, яка і підпише даний договір від імені товариства або такий договір може бути укладений на ім'я іншої особи, визначеної директором. В обох випадках може йти мова про наявність заінтересованості [10, с. 107], але не порушення норми частини 3 ст. 238 ЦК України. Проте такий механізм недостатньо виписаний для товариств, відмінних від акціонерних.

Окремо слід приділити увагу тому, про який інтерес все ж таки йдеться в усіх перелічених випадках. Свідченням зловживання правом у відносинах між учасником та товариством є здійснення права без цілі задоволення свого законного інтересу [5, С.48]. З аналізу висновків, викладених в п. 3.4-3.5. Рішення Конституційного Суду України від 01.12.2004 N 18-рп/2004 у справі про охоронюваний законом інтерес, випливає, що поряд з поняттям "охоронюваного законом інтересу" мову можна вести також про "правоохоронюваний", "законний" та "легітимний" інтереси, проте чіткої відповіді про співвідношення даних понять Конституційний Суд так і не дав.

В свою чергу така невизначеність не дає змогу оцінити, всупереч якому інтересу з перерахованих, повинен діяти суб'єкт, щоб його дії можна було кваліфікувати як зловживання правом. На нашу думку, було б логічним надати перевагу правоохоронюваному інтересу, оскільки в науці є поширеною думка про те, що такий інтерес є найбільш широким[11,с.87]; а також він не суперечить загальним принципам права та вимогам добросовісності, тому для його реалізації використання правових засобів не є нелогічним. Проте з іншого боку, вище ми вели мову про те, що інтерес має бути забезпеченим за допомогою належного права, тобто охоронюваний законом інтерес "перебуває виключно у логічно-смисловому зв'язку із суб'єктивними правами, але прямо ними не опосередковується, тобто виходить за межі останніх" (п.3.3. Рішення КСУ). Разом з тим, невіднесення певного інтересу до охоронюваного законом не спричиняє його автоматичної належності до незаконних інтересів (абз 3. п.3.5. Рішення КСУ).

Іншими словами, якщо за допомогою права особа реалізує правоохоронюваний інтерес, який не суперечить суті такого права, відсутні інші передбачені механізми для реалізації такого "правомірного" інтересу (такий інтерес не є частиною іншого суб'єктивного права), а також така реалізація не може порушити правоохоронювані інтереси інших осіб, то вести мову про зловживання правом немає підстав. Наприклад, особа – учасник товариства 1 стає учасником товариства 2 шляхом купівлі однієї акції для отримання інформації про діяльність останнього, оскільки обидва товариства є учасниками концерну (ч.5 ст. 120 ГКУ). Така ситуація дозволяє прозоріше управляти обома товариствами. При порушенні даних критеріїв такі дії повинні розцінюватись як зловживання правом (наприклад, особа – учасник товариства 1 стає учасником товариства 2 шляхом купівлі однієї акції з метою отримання інформації про діяльність товариства як конкурента).

Про відсутність іншого реального шляху задоволення інтересу як критерію відсутності в діях особи ознак зловживання правом веде мову і І.В. Спасибо-Фатєєва. Автор вважає, що застосування даного критерію є стримуючим фактором втручання сторонніх осіб в діяльність учасників корпоративних правовідносин [12, С.134-135].

В даному контексті можна згадати про дії О.А. Навального в Росії, який являючись міноритарним акціонером деяких товариств (в банку "ВТБ", "Транснефть", "Газпром", "Газпром нефти", "Интер РАО ЕЭС", ЛУКОЙЛ, "Роснефть", "РусГидро", "Сбербанк России" и "Сургутнефтегаз") вимагав від АТ надання інформації в рамках публічного експерименту "Отримай протоколи Ради Директорів". Відмови акціонер оскаржував до суду: в більшості випадків він отримував відмову, проте в серпні 2010 року його позов про надання інформації у вигляді копій протоколів Ради директорів за 2009 рік було задоволено [13]. На нашу думку, особа реалізувала своє право на інформацію, але і говорити про цілковите дотримання наведених нами критеріїв однозначно не можна. З одного боку, акціонер може здійснити такий захід для перевірки ефективності діяльності органів товариства в контексті здійснення права на управління або контроль, що не суперечить правовим вимогам (в тому числі законним). Проте з іншого боку, мотивація позивача охоплюється правомірними інтересами – перевірки можливості реалізації права на інформацію та здійснення контролю за діяльністю товариства. При наявності інших інтересів такі дії могли б розглядатись як зловживання правом.

Прикладом наявності іншого механізму реалізації інтересу, що свідчить про наявність в діях особи ознак зловживання правом, може бути ситуація, коли особа вже реалізувала свій інтерес за допомогою іншого засобу: наприклад, була проведена аудиторська перевір-

ка фінансово-господарської діяльності товариства, достовірність висновку якої не оспорювалась акціонером. Проте така особа неодноразово протягом короткого періоду часу ініціювала проведення додаткової перевірки в порядку ч.5 ст. 75 Закону України "Про акціонерні товариства". Очевидно, що в такому випадку особа переслідує не мету здійснення контролю, а намагається створити незручності в процесі діяльності товариства, оскільки її інтерес вже був реалізований в порядку ч.1. ст. 75 Закону "Про акціонерні товариства". Ще одним прикладом може бути обрання способу захисту при поданні позову до товариства, який потенційно не може захистити "порушене" право.

Дії сторони повинні оцінюватись на предмет їх спрямованості на задоволення інтересу як учасника товариства або відповідно для задоволення загальнокорпоративного інтересу з боку товариства. Наприклад, утримання мажоритарного акціонера від голосування з приводу приведення Статуту у відповідність з внесеними змінами до законодавства (наприклад, з прийняттям Закону "Про акціонерні товариства" від 17.09.2008) могло бути розцінено як зловживання правом. В зарубіжній літературі також наводиться критерій невідповідності інтересів акціонера інтересам товариства. Так в Іспанії якщо міноритарний акціонер ставить таку кількість питань на загальних зборах, яка унеможливлює надання відповідей іншим акціонерам, то директор (саме він проводить загальні збори в Іспанії) має право не відповідати на них на власний розсуд. В той же час в Польщі зловживання таким правом саме по собі ще не є підставою для можливості його реалізації [15, с.268, 272]. Очевидно, що в такій ситуації не можна вести мову про захист акціонером свого правоохоронюваного інтересу.

Оцінка з цієї точки дій акціонера характерна і для права зарубіжних країн: так рішенням Верховного суду ФРН від 22 травня 1989 було визнано дії акціонера по оскарженню рішення загальних зборів зловживанням правом з огляду на те, що акціонер намагався досягнути недобросовісних цілей, а також звернення до суду не було пов'язано зі здійсненням контрольних функцій для захисту загальних інтересів учасників АТ.

Всі учасники мають один спільний інтерес – процвітання та прибутковість "спільної справи", що є передумовою передання управління товариством більшості. Однак процес прийняття рішень свідчить про те, що воля більшості фактично перетворюється в волю юридичної особи, чого не можна сказати про волю меншості, яка фактично позбавлена реальної можливості впливати на кінцевий результат. Специфічним інтересом меншості є пріоритет отримання доходу над можливостями управління. Більшість, як правило, розставляє пріоритети в зворотному порядку, часто способом забезпечення такого пріоритету виступає "рішення про направлення прибутку на розвиток виробництва", що позбавляє міноритаріїв можливості отримати прибуток [6,с.50, 84, 87-88]. Подібного висновку дійшов і КСУ в п.4.3. Рішення від 01.12.2004 N 18-рп/2004 у справі про охоронюваний законом інтерес. Водночас ознаки зловживання правом відсутні, коли приймаючи рішення про розподіл прибутку таким чином, щоб його більша частина спрямовувалася на розвиток товариства, а менша – на виплату дивідендів, мажоритарний акціонер намагається збільшити інтенсивність розвитку товариства, в яке він вклав найбільше коштів, у порівнянні з іншими акціонерами, котрі зацікавлені у високих дивідендах, і лише опосередковано цікавляться, за рахунок чого ці дивіденди будуть виплачуватись [14, с. 117].

ВИСНОВКИ. Значення категорії інтересу в цивільних корпоративних правовідносинах проявляється як на етапі формування вступу учасників у відносини, кваліфікації окремих дій особи як зловживання правом, а також на етапі попередження даного явища – в процесі збалансування даних інтересів. Пропонується звертати увагу суддів на необхідність застосування критерію нецільового використання права як основного при розгляді даної категорії справ. Як допоміжний, на нашу думку, може використовуватися критерій відсутності правоохоронюваного інтересу особи, визначення якого мало б бути зроблено на рівні роз'яснень вищих судових інстанцій.

Список використаних джерел

1. Кононов В.С. Корпоративные правоотношения: понятие, признаки, сущность. Актуальные проблемы гражданского права под ред. Шилохвоста О.Ю. – М., 2005. – Вып.9. – С.50-103.
2. Кузнєцова Н.С. Поняття, ознаки і класифікація корпоративних спорів/ Н.С. Кузнєцова// Правовий тиждень. – 2007. – 13 листопада. – №46 (47):// Електронний ресурс:http://legalweekly.com.ua/index.php?id=16061&show=news&newsid=12032
3. Чернокальцева Е.В. Злоупотребление правом акционерами:понятие и формы: … канд. юрид. наук: 12.00.03/ Чернокальцева Елена Владимировна; Министерство образования и науки Российской Федерации, Санкт-Петербургский государственный університет. – Санкт-Петербург, 2011. – 177 с.
4. Губар О.С. Поняття і правова природа зловживання правами у сучасному цивільному праві України // Бюлетень Міністерства юстиції України : офіційне видання / Міністерство юстиції України. – Київ, 2012. – № 1 (123). – С. 104-113.
5. Кузнецов А.А. Злоупотребление правом в правоотношениях между акционером и акционерным обществом: дис.. … канд. юрид. наук: 12.00.03/Кузнецов Александр Анатольевич; Министерство образования и науки Российской Федерации, Самарский государственный экономичесий університет. – Самара, 2012. – 173 с.
6. Токарев Д.А. Злоупотребление правом в хозяйственных обществах:условия возникновения и способы защиты: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03/ Токарев Дмитрий Анатольевич; Министерство образования и науки Российской Федерации, Волгоград. Акад.. гос. службы. – Волгоград, 2010. – 211 с.
7. Вінник О.М. Корпоративні конфлікти та зловживання корпоравтивними правами в акціонерних товариствах: традиційні та інноваційні способи попередження та розв'язання//Актуальні питання інноваційного розвитку. – 2012. – №2. – С.5-12.
8. Постанова ВГСУ 26 січня 2010 р. у справі № 17/75. Електронний ресурс. Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/8209783; Постанова ВГСУ від 28 листопада 2011 р. у справі № 2/5007/64/11. Електронний ресурс. Режим доступу: http://pravoscope.com/act-postanova-2-5007-64-11-velichko-n-l-28-11-2011-ne-viznacheno-s
9. Рішення господарського суду Львівської області від 06.11.2013 у справі № 914/3430/13.Електронний ресурс. Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/35693408; Рішення господарського суду Черкаської області від 07 березня 2014 року у справі № 925/2093/13. Електронний ресурс. Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37516895
10. Тимаева И.А. Злоупотребление парвом в корпоративних отношениях: вопросы квалификации, способы гражданско-правовой защиты: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03/ Тимаева Ирина Альбертовна; Министерство образования и науки Российской Федерации, Казан. гос. ун-т им. В.И. Ульянова-Ленина. – Казань,2007 – 185 с.
11. Андрушко П.П. Категорія "інтерес" у кримінальному праві // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка (Юридичні науки ; Вип. 81) / Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – Київ, 2009. – С. 79-90.
12. Спасибо-Фатєєва І.В. Межі реалізації прав міноритаріїв // Вісник господарського судочинства / Вищий господарський суд України. – Київ, 2008. – № 1. – С. 130-137.
13. Суд приоткрыл "Роснефть" миноритарию. Акционер Алексей Навальный впервые выиграл дело о предоставлении информации// Електронний ресурс: Режим доступу: http://www.kommersant.ru/doc/1489163
14. Колінчук Х. Г. Заборона зловживання правом у корпоративних правовідносинах // Наукові записки (Юридичні науки). 2007. – т.64 – С. 115–120.
15. Siems Mathias "Abuse of Shareholder Rights?", Oxford, United Kingdom : Hart Publishing, 2013. – 399 pages. – P. 258 – 286.

Надійшла до редколегії 26.04.15

О. Кучмиенко, соискатель
Киевский национальный имени Тараса Шевченко, Киев, Украина

ЗНАЧЕНИЕ КАТЕГОРИИ ИНТЕРЕСА ДЛЯ КВАЛИФИКАЦИИ ДЕЙСТВИЙ ЛИЦА КАК ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЯ ПРАВОМ В ГРАЖДАНСКИХ КОРПОРАТИВНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЯХ

Статья посвящена исследованию места категории "интереса" в квалификации действий лица как злоупотребления правом в гражданских корпоративных правоотношениях. Отдельное внимание уделено соотношению видов интересов в данном контексте. Проанализировано судебную практику Украины и зарубежных государств на предмет обоснованности критериев квалификации действий лица в этой сфере.

Ключевые слова: злоупотребление правом, корпоративные правоотношения,интерес, правоохраняемый интерес, квалификация.

O. Kuchmiienko, Pursuer of PhD
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

THE ROLE OF INTEREST IN THE QUALIFICATION OF PERSON'S ACTIONS AS AN ABUSE OF RIGHTS IN CIVIL CORPORATE RELATIONS

The article provides a comprehensive analysis of the role of interest in the qualification of person's actions as an abuse of rights in civil corporate relations. Particular attention is given to the correlation of interest types in this context. Ukrainian, as well as other countries' court practice have been analyzed for the reasonableness of qualification criteria of person's actions as an abuse of rights in civil corporate relations.

Key words: an abuse of rights, civil corporate relations, interest, law enforcement interest, qualification.

Наукове видання

ВІСНИК

КИЇВСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА

ЮРИДИЧНІ НАУКИ

Випуск 2(101)

Друкується за авторською редакцією

Оригінал-макет виготовлено Видавничо-поліграфічним центром "Київський університет"

Автори опублікованих матеріалів несуть повну відповідальність за підбір, точність наведених фактів, цитат, економіко-статистичних даних, власних імен та інших відомостей. Редколегія залишає за собою право скорочувати та редагувати подані матеріали. Рукописи та дискети не повертаються.

Формат 60x84$^{1/8}$. Ум. друк. арк. 15,6. Наклад 300. Зам. № 215-7555.
Гарнітура Arial. Папір офсетний. Друк офсетний. Вид. № Ю2.
Підписано до друку 18.12.15

Видавець і виготовлювач
Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет"
01601, Київ, б-р Т. Шевченка, 14, кімн. 43
☎ (38044) 239 3222; (38044) 239 3172; тел./факс (38044) 239 3128
e-mail: vpc@univ.kiev.ua
http: vpc.univ.kiev.ua
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 1103 від 31.10.02