

Міністерство освіти і науки України

Миколаївський інститут права  
Національного університету  
«Одеська юридична академія»

Координаційна рада молодих юристів  
при Головному територіальному управлінні юстиції  
в Миколаївській області



# **ПРИВАТНЕ ПРАВО В УМОВАХ ГЛОБАЛІЗАЦІЇ: КЛЮЧОВІ ПРОБЛЕМИ МОДЕРНІЗАЦІЇ СУЧАСНОГО ПРАВА**

*ЗБІРНИК НАУКОВИХ ПРАЦЬ  
IV Міжнародної наукової Інтернет-конференції*

20 лютого 2015 року

Миколаїв  
«Іліон»  
2015

УДК 341.9:001.891  
ББК 67.412.2  
П 75

## РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ

ШАПІРКО П. М. (*керівник авторського колективу*) – директор Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінально-правових дисциплін, заслужений юрист України;  
ОБОРОТОВ І. Г. (*відповідальний редактор*) – завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент;  
КАПЛІЙ О. В. – голова Координаційної ради молодих юристів при Головному територіальному управлінні юстиції в Миколаївській області, кандидат юридичних наук, старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія»;  
ОБРУЧКОВ Р. І. – старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія»

*Збірник наукових праць за матеріалами IV Міжнародної наукової Інтернет-конференції «Приватне право в умовах глобалізації: ключові проблеми модернізації сучасного права». 20 лютого 2015 року, Миколаївський інститут права Національного університету «Одеська юридична академія»*

**Приватне право в умовах глобалізації: ключові проблеми**  
П 75 ми модернізації сучасного права : збірник наукових праць / за ред. П. М. Шапірка, І. Г. Оборотова. — Миколаїв : Ліон, 2015. — 294 с.

ISBN 978-617-534-297-8

Збірник наукових праць учасників IV Міжнародної Інтернет-конференції «Приватне право в умовах глобалізації: ключові проблеми модернізації сучасного права» увібрав результати наукових досліджень як досвідчених вчених, так і молодих науковців, зацікавлених запропонованою проблематикою та здатних запропонувати нові підходи до пошуку нових способів вирішення ключових проблем модернізації сучасного права.

Видання розраховане на вчених, аспірантів і студентів, практикуючих юристів, а також всіх тих, хто цікавиться проблемами приватного права в умовах глобалізації та намагається знайти відповіді на виклики постмодерну, відшукати сучасні шляхи оптимізації державно-правових явищ.

**УДК 341.9:001.891**  
**ББК 67.412.2**

© Миколаївський інститут права Національного університету «Одеська юридична академія», 2015

ISBN 978-617-534-297-8

---

## ПЕРЕДНЄ СЛОВО

*Шановні учасники IV Міжнародної наукової Інтернет-конференції «Приватне право в умовах глобалізації: ключові проблеми модернізації сучасного права»!*

Сьогодні, як ніколи за історію Незалежності, стали близькими до серця кожного українця слова нашого духовного гімну: «Боже великий, єдиний, нам Україну храни!». Події, перебіг яких почався з Революції гідності, відкрили нову сторінку у житті українського суспільства, а відтак – права та державності. Україна, беззаперечно, пройшла «точку неповернення», кінець кінцем порвавши із радянським минулим та його тоталітарною спадщиною. У вогні неоголошеної війни та стражданнях її жертв загартовується відновлений як Фенікс Український Народ, до якого мають за честь відносити себе не лише етнічні українці, але й усі громадяни України, як і говорить про це Основний Закон. Небаченого раніше розмаху набув волонтерський рух, який створювався не під адміністративним тиском або через вплив офіційної пропаганди, а всупереч ним, ставши одним з перших за новітню історію України дійсних інститутів громадянського суспільства. Можна було б продовжувати і далі, але головне у тому, що Україна два роки тому та Україна сьогодні – це різні країни, і справа не у тимчасовій втраті контролю над деякими територіями, а у суттєвих, докорінних змінах, які відбулися у свідомості Українського народу.

В таких умовах з новою силою постають питання реформування більшості сфер правового життя, в тому числі і сфери приватної, яка дедалі більше орієнтується на європейські та світові стандарти, намагаючись водночас зберегти і влас-

---

ну традицію. Зміни у правовому житті неодмінно мають відбуватися не спонтанно, а науково обґрунтовано і виважено, отже вітчизняна юриспруденція отримує новий потужний імпульс до розвитку і має довести свою спроможність вирішувати складні завдання сучасної епохи.

Цей випуск збірника наукових праць «Приватне право в умовах глобалізації», як і минулорічний, видається в складних умовах, але незважаючи на зменшення кількості учасників конференції, усі отримані для опублікування доповіді є цікавими та актуальними. Приймаючи тези доповідей до участі у нашому науковому заході, оргкомітет керувався бажанням представити найрізноманітніші наукові школи та напрями, які існують у сучасній юриспруденції, навіть якщо погляди їх представників можуть видаватися надзвичайно оригінальними та ексцентричними. Думається, забезпечення такого широкого спектру поглядів та підходів має сприяти поживленню наукового діалогу та зробити його більш цікавим та плідним.

Не забуваючи знов запропонувати свою гостинність як шановним колегам науковцям, так і науковцям-початківцям, які роблять перші творчі кроки, зауважимо, що професорсько-викладацький склад Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія» з радістю зустрічатиме у своїх стінах усіх небайдужих до проблем юриспруденції гостей, які завітають з дружнім візитом.

*З повагою та побажанням творчої наснаги  
від усього авторського колективу*

*І. Г. Оборотов*

---

— РОЗДІЛ І —

**ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ  
ОРІЄНТИРИ ПРИВАТНОПРАВОВИХ  
ДОСЛІДЖЕНЬ В ЕПОХУ  
ПОСТМОДЕРНУ**

---

*ЗЕРКАЛЬ Микола*

**ЛЮСТРАЦІЙНЕ ЗАКОНОДАВСТВО:  
ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ ЗАРУБІЖНОГО  
ДОСВІДУ ДЛЯ УКРАЇНИ**

Прийняття 16 вересня 2014 р. закону України «Про очищення влади» стало визначною подією в трансформаційних процесах системи законодавства країни в цілому. Саме тому цікавим і важливим має бути аналіз люстраційного законодавства європейських пострадянських країн. Комплексного наукового дослідження в сучасній правознавчій літературі немає. Лише окремі аспекти досліджувались юристами-практиками, науковцями С. В. Шевчуком [3], О. М. Косвінцевим [4], Д. Кёлером [6], А. Муляром [7], О. Сахно [8], М. Опренко [9], І. Лавриненко [10], І. О. Якименко [12] та іншими. Люстрація застосовувалась в європейських країнах пострадянського простору. Вона здобула свої плоди у багатьох зарубіжних країнах ще задовго до актуалізації цієї проблеми в Україні. В таких країнах як Угорщина, Німеччина, Польща, Чехословаччина люстрація була проведена на початку 90-х років. В більшості випадків підґрунтям її проведення був

страх шантажу чи переслідування російськими спецслужбами або ж їх проникнення в нові демократичні режими. Наприклад, в Німеччині процес люстрації тривав із 1991 року і передбачав перевірку державних службовців на співпрацю із Міністерством Державної Безпеки (скорочено – Штазі) – розвідувальним і контррозвідувальним органом, що був створений за аналогією з КДБ в СРСР і за його участі. Головною причиною намагань викоринити співпрацю із таким органом пов'язувалося тим, що МДБ Німеччини контролювало поведінку громадян аби попередити будь-які політично некоректні поступки. Основним девізом Штазі був «Неважливої інформації – не існує» [5], а отже майже на кожного громадянина було заведено досьє. Люстраційний закон, остаточно схвалений бундестагом вже об'єднаної Німеччини в грудні 1991 року, кілька разів змінювався, але він і по сьогодні дає можливість кожному громадянину ФРН подати запит у відомство, котра управляє архівами «штазі», і отримати інформацію про те, було на нього заведено справу в гедеєрівській охоронці чи ні, а якщо було, то який саме компромат зібрали на нього [6].

Процедура люстрації у Польщі мала на меті недопущення до влади тих посадових осіб, які були причетні до утиску прав і свобод в комуністичній Польщі. Навколо прийняття закону про люстрацію вчинялося чимало скандалів. Зрештою, остаточно польське люстраційне законодавство сформувалося тільки у 2006–2007 роках. Ішлося про відновлення справедливості: колишні представники комуністичної влади мали понести відповідальність за вчинені суспільству кривди. Інший важливий момент – національна безпека. Колишні таємні працівники, які б потрапили до високих посад у новій владі, могли стати об'єктом шантажу розвідок інших країн. Отже йшлося не лише про тих, хто працював на спецслужби. Йшлося про те, щоб у новій Польщі відбулася зміна політичних поколінь і не відбулося повернення старих кадрів, реак-

ції і згортання реформ. Ідея провести люстрацію матеріалізувалася у перших парламентських законопроектах лише у грудні 1991 року. Але тоді до справи не дійшло. Наступна спроба проголосувати у Сеймі це питання була реалізована наприкінці травня 1992 року. Саме тоді трапився перший великий скандал навколо люстрації. За пару тижнів Конституційний трибунал оголошує висновок про те, що люстраційна постанова суперечить Конституції. Перший закон, що уможлиблює люстрацію, був прийнятий через 5 років після «Ночі папок». Остаточне польське люстраційне законодавство сформувалося тільки у 2006–2007 роках. Тепер закон зобов'язує усіх, хто виконує публічні функції, пройти через люстраційну процедуру: від президента країни, урядовців, парламентарів, депутатів місцевого самоврядування, суддів, прокурорів та адвокатів до ректорів і проректорів вищих навчальних закладів. Процедура люстрації є досить складною. Людина, що прагне посісти посаду у органах державної влади, або бути обраною має скласти освідчення щодо своєї співпраці із органами безпеки комуністичної Польщі.

Функція перевірки освідчень фактами покладена на працівників Люстраційного бюро Інституту національної пам'яті (далі ІНП), який зберігає архіви спецслужб комуністичної Польщі. Відмовитися – не можна. Брехати – не можна. І перше, і друге, врешті-решт, закінчиться звільненням, чи відставкою. Порушенням вважається не так факт самої співпраці із спецслужбами, як факт брехні суспільству. У випадку, якщо суд встановлює факт люстраційної брехні, винуватець може бути позбавлений права обиратися до парламенту чи до місцевого самоврядування на термін від 3 до 10 років [8]. Такі випадки в новітній історії Польщі були. Зокрема, депутат Сейму Ришард Смолярек втратив мандат у липні 2001 року після того як суд визнав його винним у люстраційній брехні.

Люстраційна історія в Угорщині розпочалася із прийняттям закону Зетені-Такача, який встановив кримінальну від-

повідальність за «зраду Батьківщині» [8]. В Угорщині люстрація носила назву «політична помста». Закон Зетені-Такача від 1992 року встановив сурову (аж до довічного ув'язнення) кримінальну відповідальність без терміну давності для осіб, які скоїли зраду Батьківщини з грудня 1944 по травень 1990 року. Звинуватити у державній зраді можна було будь-яку людину, яка співробітничала з СРСР. Угорці пам'ятали, як їх безжально розстрілювали і чавили танками радянські війська у 1956 році. Та Конституційний суд Угорщини назвав цей закон помсти неконституційним. КС визнав необхідність відкривати для загалу секретні документи минулих років, проте лише після того, як людина, що провинилася, почне виходити в публічний простір, посідати високі посади. А з травня 2005 року парламент відкрив широкий доступ до секретних документів. Коло питань, які різко порушувалися – майбутнє агентів, інформаторів для радянських спецслужб, а також право людей на інформацію, тобто оприлюднення списків радянських агентів.

Особливістю країн Прибалтики – Естонії, Латвії, Литви було те, що в них не точилися запеклі дискусії стосовно проведення процедури очищення влади, на відміну від інших європейських держав [12].

Показово, як відбувалася люстрація у Чехії. «Охота на відьом» або «Новий Нюрнберг» – так називали багато громадських діячів в Чехословаччині (Чехії і Словаччині) заходи, вжиті після ухвалення Закону 1991 року про декомунізацію, згідно якому колишня комуністична номенклатура, співробітники державної безпеки і колабораціоністи звільнялися або знижувалися на посаді. Список осіб, що співробітничали з комуністичним режимом в 1948–1989 роках, включав 140 тисяч імен. Цих людей протягом 5 років належало піддати перевірці. Особам, що брали участь в придушенні прав і свобод (кадровим співробітникам і агентам спецслужб, функціонерам компартії, що політично керували держбезпекою)



на 5 років заборонялося займати відповідальні пости в держорганах. Зараз багато хто цитує тодішнього президента Чехії Вацлава Гавела. Коли його спитали, навіщо він позбавляється досвідчених фахівців та бере на роботу молодих випускників вищих навчальних закладів, він відповів: «Краще п'ять років помилок, ніж 50 років саботажу». [12]. Відмінною була ситуація в Словаччині, де люстрація не стала дієвою через високий авторитет комуністів та їх популярність. Приклад Грузії, який сьогодні активно популяризується українською політичною елітою, дає змогу зрозуміти необхідність та важливість саме ідеологічної чистки політичних верхів. Михайл Саакашвілі, коли вирішив позбутися тотального хабарництва в правоохоронній системі Грузії, використав досвід Вацлава Гавела. Що йому таки вдалося. І через що він, на думку О. Палія, раптом став непопулярним в своїй країні. Адже в ображених корупціонерів є сім'ї, друзі, які навряд чи виявили прихильність до такого президента. Проте корупція в Грузії подолана. Принаймні на рівні простих держслужбовців, з якими щодня стикається народ. І це головне. А ще в Грузії у жовтні 2010 року парламентом був прийнятий закон, який забороняє посідати високі державні пости особам, що служили у КДБ або були на керівних посадах у КПРС. Грузинська «Хартія свободи» визначила організацію проведення ідеологічної люстрації шляхом заборони всього радянського [11].

Таким чином ми повинні визначити, що застосування процедури люстрації обов'язкове. Практично всі пострадянські країни змушені були здійснити «очищення влади» від осіб які на підсвідомому рівні є носіями старої ідеології, прихильниками використання недемократичних принципів в своїй роботі, здійснили своє політичне зростання за правилами корупційної системи і не зможуть бути носіями нових принципів побудови відкритого гуманного суспільства. Запозичувати досвід будь-якої країни слід не сліпо, а враховуючи українську ментальність та специфіку формування сучасної

політичної та економічної еліти. Можливо врешті-решт остаточно відкрити архіви КДБ, незважаючи на потребу перегляду оцінок діяльності українських політичних керівників періоду переходу від соціалізму до капіталізму, ставлення до журналістів, економічних газових та нафтових угод та інше. Лише здійснивши болісну процедуру «очищення» владних коридорів від носіїв старої ідеології та державницької структури стане можливим побудова якісно нового суспільства, спрямованого на визнання найбільшою цінністю держави саме людини, а не економічних чи політичних важелів. Отже, для деяких країн процедура зміни та реформування влади шляхом люстрації стала «історичною поліцією», а також інструментом завдання «по заслугам» причетним до комуністичних режимів. Подекуди вона мала жорсткий характер (Угорщина, Польща, Німеччина), а де й більш м'який (Словаччина). Проте будь-який досвід проведення очищення влади, будь то негативний чи позитивний, є наглядним прикладом для України і можливістю синтезувати цей досвід, застосувавши до свого становища лише найкращі складові.

### **Література:**

1. Закон України «Про очищення влади» від 16 вересня 2014 р. № 1682-VII // (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2014, № 44, ст. 2041. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1682-18>
2. Сахань, О. М. Незалежні засоби масової інформації як протидія деструктивному впливу влади на розвиток сучасного українського суспільства / О. М. Сахань // Вісник Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого. Серія: Філософія, філософія права, політологія, соціологія: Зб. наук. пр. – Х.: Право, 2010. – Вип. 5. – С. 142–152.
3. Шевчук, С. В. Люстрація та ретроактивна справедливість: європейські стандарти захисту прав людини при переході до демократичного правління / С. В. Шевчук // Юридичний журнал. – 2006. – № 2. – С. 65–81.
4. Косвінцев, О. М. Люстрація: як українцям очистити владу від «накипу» / О. М. Косвінцев [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zaxid.net/news/showNews.do?lyustratsiya\\_yak\\_ukrayintsyam\\_ochistiti\\_vladu\\_vid\\_nakipu&objectId=1286662](http://zaxid.net/news/showNews.do?lyustratsiya_yak_ukrayintsyam_ochistiti_vladu_vid_nakipu&objectId=1286662).
5. Кабінет Мільке: центр «павутини» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.dw.de/кабинет-милъке-центр-паутины/a-4231346>.

6. Кёлер, Д. Секреты Штази. История знаменитой спецслужбы ГДР/ Д. Кёлер. – М.: Тайны XX века, 2000. – 283 с.
7. Муляр Артур, Підсумки дискусії «Люстрація – плюси та мінуси» Поступінформ № 539 (03.04.2014 – 09.04.2014). [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://postup.org.ua/node/1657>
8. Сахно, О. Що таке люстрація? З досвіду країн колишнього соцтабору / О. Сахно [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://podrobnosti.ua/opinion/2005/01/24/175185.html>.
9. Опренко Марія Вакцина від люстрації, або Чому врахування іноземного досвіду при очищенні державної влади є життєво необхідним для України? № 38 (1180) 20.09-26.09.2014 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zib.com.ua/ua/101523-chomu\\_vrahuvannya\\_inozemnogo\\_dosvidu\\_pri\\_ochischenni\\_derzhav.html](http://zib.com.ua/ua/101523-chomu_vrahuvannya_inozemnogo_dosvidu_pri_ochischenni_derzhav.html)
10. Лавриненко, І. Якщо неправильно проводити люстрацію, вона переростає в репресії / І. Лавриненко [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ua.racurs.ua/470-yakscho-nepravylno-provodyty-lustraciuvona-pererostaie-v-represiyi>.
11. Заостровцев, А. П. Грузія: операція люстрація [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.fontanka.ru/2011/06/07/158/>.
12. Якименко І. О. Люстрація в Україні як механізм подолання деструктивного впливу влади на суспільство. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.rusnauka.com/36\\_PWMN\\_2014/Politologia/10\\_180526.doc.htm](http://www.rusnauka.com/36_PWMN_2014/Politologia/10_180526.doc.htm)

*КИРИЧЕНКО Александр*

## **ИСТИННАЯ ПРИРОДА ДЕ-ФАКТО ИМУЩЕСТВЕННО-ДОГОВОРНОЙ (ГРАЖДАНСКОЙ) ОТРАСЛИ ПРАВА И СУДОПРОИЗВОДСТВА ПО НОВОЙ ДОКТРИНЕ КЛАССИФИКАЦИИ ЮРИДИЧЕСКИХ НАУК**

Традиционное деление правовых юридических наук на публичное и частное право выглядит надуманным. Любое правовое регулирование сопровождается государственным принуждением. Установление правового статуса сторон в так называемых частных правоотношениях самими сторонами иллюзорно. Оно, так или иначе, осуществляется в рамках, установленных государством, и в силу этого всегда несет в себе так называемую «публичную сущность». Наименование одного из представителей частного права гражданским,

во-первых, архаично, происходит из существовавшего в Древнем Риме алогичного деления граждан государства на «людей» и «не людей». Во-вторых, если имеется гражданское право, то логично наличие терминологического антипода – военного права, что, однако, выглядит, как раз, алогичным. В-третьих, именовать гражданское право (как и все иные правовые юридические науки) термином собственно «право» свидетельствует о наличии в таком подходе очень большой доли юридического нигилизма. Все правовое регулирование в государстве имеет свою систему и подразделяется на такие элементы, как: 1. Отрасль: 1.1. Моноотрасль. 1.2. Полиотрасль (а не межотраслевые науки). 1.3. Суботрасль. 2. Институт. 2.1. Моноинститут. 2.2. Полиинститут. 2.3. Субинститут. 3. Норма: 3.1. Гипотеза нормы. 3.2. Диспозиция нормы. 3.3. Санкция нормы.

Относимость гипотезы, диспозиции и санкции нормы к элементам системы права обусловлено тем, что они могут презентовать право как суммативную категорию в разных нормах одного или различных правовых актов. В контексте новой классификации юридических наук можно говорить лишь об определенной отрасли, при необходимости – полиотрасли, моноотрасли права, из которых оно собственно и состоит на первоначальном уровне структурированной градации. В силу этого все правовые юридические науки, в том числе и традиционное гражданское право, более юридически грамотно именовать отраслями (моноотраслями, полиотраслями) права.

В-четвертых, именование традиционного гражданского права собственно «гражданским» не отражает сущности тех общественных отношений – имущественно-договорных и связанных с ними иных правоотношений между физическими лицами, которые фактически регулирует данная моноотрасль права. В силу этого такого рода правоотношения в обществе более правильно именовать де-факто имущественно-

договорными, а аналогичные правоотношения между юридическими лицами – де-юре имущественно-договорными.

В-пятых, истинную природу наук «Де-факто имущественно-договорная отрасль права» и «Де-факто имущественно-договорное судопроизводство» (как и всех иных представителей «частного права») в качестве именно **процедурной регулятивно-антиделиктивной правовой юридической науки** на сегодняшний день может раскрыть лишь разработанная автором, Ю. А. Ланцедовой и А. С. Тунтулой новая доктрина классификации юридических наук [1, с. 134–140; 2 и др.], которая, аналогично периодической таблице химических элементов Д. И. Менделеева, может не только охватить все существующие и перспективные юридические науки, но и показать также, какие именно теоретические основы: понятие (задачи, предмет, объект), система, дисциплинарные связи и т.д. фактически имеет или должна иметь в перспективе каждая из юридических наук.

Последняя вариация **новой доктрины классификации юридических наук на основе их гипергрупповых задач** с учетом уточненного наименования, понятия, системы, иных основ существующих и перспективных юридических наук указанные авторы представляют таким образом:

**1. Теорологические юридические науки**, т. е. науки, призванные разработать философские, экономические, социологические, политологические, филологические, психологические, теорологические и иные теоретические основы для рационального, эффективного и качественного проведения каждого из направлений юридической деятельности и для становления и развития в контексте выполнения этих задач иных юридических наук:

- 1.1. Мононауки: Философия юриспруденции (философия права – здесь и далее указано существующее наименование науки; отсутствие такого рода пояснения свидетельствует о том, что предложено наименование перспективной юридической науки либо оставлено наименование

существующей науки), Экономика юриспруденции (на основе политэкономии), Политология юриспруденции (теория государства), Социология юриспруденции (социология права), Психология юриспруденции (юридическая психология), Теорология юриспруденции (теория права), История отечественной теорологии и политологии юриспруденции (история государства и права Украины), История зарубежной теорологии и политологии юриспруденции (история зарубежных государств и права), История правовых учений (история правовых и политических учений) и др.

- 1.2. Полинауки: Филология юриспруденции, Энциклопедия юриспруденции, Сравнительная юриспруденция (сравнительное правоведение), Педагогика юриспруденции и др.

**2. Регулятивные юридические науки**, которые должны разработать правовое регулирование «безделиктных» (положительных, неконфликтных) сторон общественной жизни:

- 2.1. Теорология государственно-правового управления (государственное управление, которое как систему наук необходимо вернуть в «лоно» юриспруденции).

- 2.2. Внутренние (в редакции Е. В. Кириленко): Авиастроительная, Автостроительная, Антиделиктная (правоохранительное право – далее в аналогичных ситуациях термин «право» опускается), Атмосферная, Атомноэнергетическая, Банковская, Библиотечная, Бюджетная, Ветеринарная, Водная, Военная, Железнодорожностроительная, Жилищная, Земельная, Издательская, Информационная, Искусствоведческая, Кораблестроительная, Культурологическая, Лесная, Лизинговая, Лицензионная, Машиностроительная, Медицинская, Метрологосертификатная, Муниципальная, Налоговая, Научная, Недрoarхеологическая (кодекс о недрах и др.), Вузовская, Охотрыболовзаповедная, Пенсионная, Пограничная, Политизбирательная, Потребохранная, Текстильнопромышленная, Разрешительная, Регистрационная, Санитарная, Сельскохозяйственная, Семейная, Спортивная, Страховая, Строительная, Таможенная, Теологическая, Торговая, Транспортная, Финансовая, Шоубизнесовая, Экологическая (природоохранное) и др., всего около 50-ти, отраслей права Украины.

- 2.3. Международные (за вариантом Е. В. Кириленко): Атмосферная, Атомноэнергетическая, Дипломатическая

или Консульская, Издательская, Информационная, Искусствоведческая, Кораблестроительная, Космическая, Морская, Вузовская, Теологическая, Спортивная, Строительная, Шоубизнесовая, Экологическая и др. отрасль права.

### **3. Антиделиктные юридические науки:**

3.1. Базисноантиделиктные юридические науки, которые должны разработать правовую основу (базис) для рационального, эффективного и качественного преодоления каждого из видов правонарушений:

#### **3.1.1. Внутренние:**

3.1.1.1. *Сопутствующая:* Конституционная отрасль права Украины.

3.1.1.2. *Моноантиделиктные:* Антикриминальная (уголовное) и Административная отрасль права Украины.

3.1.1.3. *Регулятивно-антиделиктные:* Трудовая (трудовое), Де-факто имущественно-договорная (гражданское) и Де-юре имущественно-договорная (арбитражное, хозяйственное) отрасль права Украины.

3.1.2. *Международные:* Антикриминальная, Де-факто имущественно-договорная и Де-юре имущественно-договорная отрасль права.

3.2. Процедурные юридические науки, на которые возлагается задача по разработке правовой формы (процедуры, порядка) рационального, эффективного и качественного преодоления каждой из разновидностей правонарушений:

#### **3.2.1. Внутренние:**

3.2.1.1. *Полинаучное направление:* Теорология антиделиктных сведений (теория доказательств).

3.2.1.2. *Сопутствующее:* Конституционное судопроизводство Украины.

3.2.1.3. *Моноантиделиктные:* Антикриминальное (уголовное процессуальное) и Административное (административный процесс) судопроизводство Украины.

3.2.1.4. *Регулятивно-антиделиктные:* Трудовое (частично-процедурная часть Кодекса законов о труде, в основном – ряд иных дисциплинарных правовых актов), Де-факто имущественно-договорное (гражданское про-

цессуальное) и Де-юре имущественно-договорное (арбитражное процессуальное, хозяйственное процессуальное) судопроизводство Украины.

- 3.2.1.5. *Дополнительные*: Ордиристическое (процедурная часть теории ОРД), Исправительно-трудовое (уголовно-исполнительное) и Исполнительное (ряд исполнительных правовых актов по иному, нежели антикриминальное, судопроизводству) судопроизводство Украины.
- 3.2.2. *Международные*: Антикриминальное, Ордиристическое, Де-факто имущественно-договорное и Де-юре имущественно-договорное судопроизводство.
- 3.3. Методические юридические науки, задача которых состоит в разработке составных частей гласной (криминалистической) и негласной (ордиристической) методики преодоления правонарушений:
- 3.3.1. *Мононауки*: Криминалистика, Ордиристика (метод, часть теории ОРД).
- 3.3.2. *Полинауки*: Деликтология (криминология), Юридическая медицина (судебная медицина), Юридическая психиатрия (судебная психиатрия), Юридическая бухгалтерия (судебная бухгалтерия), Юридическая статистика (судебная статистика), Юридическая кибернетика (судебная кибернетика) и др.
- 3.3.3. *Полинаучные направления*: Юридическая экспертология (судебная экспертология), Юридическая одорология (криминалистическая одорология), Юридическая микрообъектология (криминалистическая микрообъектология) и др.

**Новая доктрина классификации юридических наук в контексте задач правотворчества и правоприменения** более правильно представить в виде деления на **правовые юридические науки** (базисноантиделиктные, процедурные, регулятивные) [основным «научным продуктом» которых должна стать разработка соответствующего кодифицированного правового акта (кодекса)] и **условно внеправовые юридические науки** (теорологические, методические), задачи которых уже находятся в контексте методико-



антиделиктных и связанных с ними иных внеправовых задач юридической деятельности, а новая **доктрина классификации юридических наук в контексте решения задач антиделиктологии – на антиделиктные юридические науки** (базисноантиделиктные, процедурные, методические) и **условно «безделиктные» юридические науки** (теоретические, регулятивные).

### **Литература:**

1. Кириченко А. А. Гипердоклад о более двухстах пятидесяти лучших доктринах и концепциях юриспруденции научной школы профессора Аланкира: коллективная монография [кол. авторов под науч. ред. А. А. Кириченко]. – Второе издание. – Николаев: Ин-т истории, политологии и права Ник. нац. ун-та им. В. А. Сухомлинского, 2015. – 1000 с.
2. Ланцедова Ю. А. Новая доктрина классификации юридических наук / Ю. А. Ланцедова / 1017 слов // Блог экспертов (blog-experts.com). Информационно-аналитический сайт [Электронный ресурс] – Режим доступа: <http://blog-experts.com/category/новости/doktriny/> Блог экспертов <Доктрины> 2014-12-03 – Доктрины.

*КОЗАЧЕНКО Александр*

## **КУЛЬТУРО-АНТРОПОЛОГІЧНА КОНЦЕПЦІЯ ВИЗНАЧЕННЯ МЕТИ ЗДІЙСНЕННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ВПЛИВУ**

В умовах розбудови соціальної держави існує нагальна потреба визначення, відповідно до поставлених цілей, критеріїв здійснення правового впливу в цілому, і кримінально-правового впливу зокрема. Уявляється, що методологічні засади для такого визначення повинні відповідати, щонайменше, трьом умовам: по-перше, така методологія повинна мати гуманітарну природу всупереч позитивістській, яка є традиційною для епохи постмодерну; по-друге, методологія повинна мати комплексний характер, що визначається системністю і багатоваріантністю вирішуваних правових проблем; по-третє, методологічні засади повинні вибудовуватися на

загальноновизнаних соціальних цінностях. Зазначеним умовам повністю відповідає культурологічна методологія.

Поєднання методологічних принципів із культурологічним та антропологічним змістом обумовлено їх здатністю забезпечити формування нових концептуальних ідей шляхом поєднання двох, на перший погляд, самостійних методологічних підходів. Слід визнати, що антропологічний підхід у правових дослідженнях має важливе пізнавальне значення для дослідження праволюдської проблематики, правової свідомості та культури, антропоцентричних закономірностей генезису правової системи та її елементів. Однак застосування антропологічного підходу в «чистому» вигляді інколи супроводжується формуванням хибних ідей і теорій, здатних забезпечити скоріше негативний, ніж позитивний вплив на правову реальність як на рівні правових установлень, так і практики їх застосування. Прикладом теоретичного осмислення на суто антропологічних засадах у контексті формування ідей про кримінально-правовий вплив на поведінку особи, здатного спотворити фундаментальні засади кримінального права, можна назвати теорію «нового соціального захисту», яка орієнтувалася на підкорення всіх цілей кримінально-правового регулювання виключно одному завданню – захисту суспільства від злочинця, який знаходиться у небезпечному стані, що, на думку adeptів цієї теорії, може бути вирішено достатньо ефективно виключно за умови «деюрідизації» кримінально-правового впливу. Таким чином, слід визнати, що антропологічний метод має значний науковий потенціал, але виключно у поєднанні з іншими методами.

Розкрити методологічний потенціал антропологічного підходу в процесі здійснення правового аналізу і бути одночасно застереженням від хибних висновків щодо абсолютизації персональних характеристик особи дозволяє культурологічний вимір правових реалій, серед яких особливе місце займає кримінально-правовий вплив. Із культурологічної

позиції право являє собою систему норм, ідей і відносин, які забезпечують цілеспрямованість соціальної діяльності, формуючи певні стереотипи поведінки, які отримують соціальне схвалення на підставі визнання їх відповідності соціальним очікуванням. Право, відіграючи інструментальну роль поряд із такими іншими регуляторами суспільних відносин, як мораль, звичай, релігія, розглядається як спосіб соціальної організації, соціального контролю за поведінкою суб'єктів і соціального захисту. Культурологічний вимір кримінального права, враховуючи очевидну обумовленість права надбаннями культури, які склались і набули соціального схвалення, є продовженням антропологічного виміру права, який зосереджується на соціально-культурній обумовленості права, де людина відіграє центральну роль у побудові соціальної структури і соціальних відносин, для регулювання й охорони найважливіших з яких і формується право.

Застосування культуро-антропологічної методології дозволяє зробити висновок, що суттєвою ознакою заходів кримінально-правового впливу, яка одночасно уособлює цілеспрямованість їх застосування, виступає соціальна справедливість. Визначення соціальної справедливості як загальної, стратегічної мети застосування системи кримінально-правових заходів вимагає звернення до характеристики цього поняття в контексті здійснення кримінально-правового впливу.

Загальновідомо, що соціальна справедливість являє собою основний елемент соціальних відносин, який є похідним від рівних і справедливих можливостей кожної людини по реалізації власного потенціалу. Взагалі категорія справедливості, на відміну від інших орієнтирів свідомості, передбачає не просту оцінку того або іншого явища (добро чи зло, правда чи неправда), а співвідношення кількох (двох або більше) характеристик, між якими і належить встановити етичну відповідність. Наприклад, гідному вчинку повинна відповідати заслужена нагорода, аморальна поведінка супроводжується

суспільним осудом та внутрішніми переживаннями. Таким чином, справедливість виражає ідею правильного, належного, адекватного порядку речей у людських взаємовідносинах, який відповідає уявленням про призначення людини, її природні та невід'ємні права й обов'язки, соціальну обґрунтованість інтересів.

Античний філософ Аристотель Стагірський свого часу запропонував характеризувати справедливість як певний відплатний, зрівняльний та розподільний стан, що дало змогу виділити три складові соціальної справедливості. Відплата як акт справедливості характерна для ситуації, при якій покарання (відплата) цілком і повністю (за видом та мірою) відповідає вчиненому порушенню. Яскравими прикладами відплати як справедливості слід визнати застосування принципу таліону, який уособлює універсальну форму еквівалентної відплати «око за око, зуб за зуб». Розподільна, або дистрибутивна, справедливість визначає умови розподілу соціальних цінностей або правових наслідків у відповідності з тією соціальною роллю, яку відіграють суб'єкти дистрибутивних відносин. Зрівняльна, або ретрибутивна, справедливість знаходиться в залежності від особистісних характеристик, чеснот, звитяг або інших соціально значущих якостей кожної особи.

Яскравим прикладом реалізації справедливості в контексті здійснення кримінально-правового впливу можна вважати призначення судом покарання за вчинення особою злочину. Зокрема, в процесі обрання виду та міри покарання суд формує засади відплати за вчинення злочинного діяння, дистрибутивна справедливість проявляється в індивідуалізації покарання в залежності від ролі кожного правопорушника в процесі вчинення злочину, а ретрибутивна справедливість проявляється в індивідуальній оцінці кожної особи злочинця.

Слід обмовитися, що реалізацією принципу соціальної справедливості в процесі здійснення кримінально-правового впливу кримінальне право не обмежується, оскільки ознаки

соціальної справедливості проявляються і на більш ранніх стадіях правозастосування. Так, прояви соціальної справедливості отримують юридичне оформлення в процесі кваліфікації кримінального правопорушення, змістом якої є пошук відповідностей між вчиненим діянням і тими юридичними ознаками, які отримали нормативне закріплення в положеннях кримінального закону при визначенні ознак складу того або іншого кримінального правопорушення. Належна кваліфікація діяння відповідає вимогам соціальної справедливості і виступає обов'язковою умовою для досягнення стану справедливості при обранні належного кримінально-правового впливу. Неадекватність кваліфікації унеможливорює формування стану соціальної справедливості в процесі здійснення кримінально-правового впливу, навіть за умови, що сам вплив є таким, що повинен бути застосований до особи при належній кваліфікації кримінального правопорушення. Таким чином, соціальна справедливість, як мета застосування кримінального права, будучи комплексним явищем, вимагає встановленню належної відповідності фактичних обставин їх юридичному закріпленню на різних етапах правозастосовного процесу, а не тільки в умовах використання судової дискреції, яка передбачена на етапі визначення заходів кримінально-правового впливу.

З юридичної точки зору, соціальна справедливість розглядається як відповідність між правами та обов'язками, між діянням та відданням, між працею та винагородою. З кримінально-правової точки зору, соціальна справедливість характеризується відповідністю між протиправними діяннями і примусовими заходами кримінально-правового впливу, між правомірною постзлочинною поведінкою і реабілітаційно-заохочувальними заходами, між заподіяною шкодою та заходами по її відшкодуванню або компенсації.

Соціальна справедливість в умовах домінування принципу верховенства права є більш складним явищем, ніж у тра-

диційному розумінні відповідність між злочином і покаранням. Сучасний підхід до аналізу інструментальних характеристик кримінально-правових заходів вимагає зосередження уваги на чотирьох напрямках забезпечення етичної відповідності. По-перше, відповідність між суспільно небезпечним діянням і примусовими кримінально-правовими заходами, які застосовуються до особи, що його вчинила. По-друге, відповідність між шкодою, завданими збитками і заходами респитуційно-компенсаційного характеру. По-третє, відповідність між позитивною постзлочинною поведінкою та реабілітаційно-заохочувальними заходами. По-четверте, пошук узгодженості між інтересами людини, суспільства і держави.

Таким чином, застосування кримінально-правових заходів повинно супроводжуватися або відновленням стану соціальної справедливості, який був порушений вчиненим діянням з ознаками злочину, що досягається застосуванням примусових заходів кримінально-правового впливу, необхідних і достатніх у певних умовах вчинення кримінально протиправного діяння, або формуванням стану соціальної справедливості шляхом застосування реабілітаційно-заохочувальних заходів за результатом справедливої оцінки постзлочинної поведінки особи.

У той же час слід враховувати, що кожному виду кримінально-правового заходу притаманні спеціальні, тактичні цілі їх застосування, в яких відображаються особливості правового впливу певного кримінально-правового заходу, його інструментального призначення в процесі регулювання кримінальних правовідносин.

Особливо слід зазначити, що соціальна справедливість, як мета застосування заходів кримінально-правового впливу, отримує ознаки визначальної засади кримінального права ще в умовах його формування, підвалинами цього процесу, на українських землях, виступає християнство.

Сучасний принцип соціальної справедливості – відповідності застосовуваних до особи кримінально-правових заходів тяжкості вчиненого злочину і суспільній небезпеці особи, яка вчинила злочинне діяння, сформований в особливій формі свого окремого прояву, який умовно можна визнати як принцип помірної відповідальності. Принцип помірної відповідальності будувався на наступних положеннях. По-перше, в його основу покладається принцип таліону як певне уявлення суспільства про соціальну справедливість помсти за заподіяну шкоду: «Хто вб'є будь-яку людину, той буде караний на смерть. Хто вб'є худобу, той повинен заплатити за неї, худобу за худобу. Хто заподіяв ушкодження на тілі ближнього свого, тому повинно зробити те ж, що він зробив: перелом за перелом, око за око, зуб за зуб, як він заподіяв ушкодження на [тілі] людини, так і йому повинно зробити» (Лев. 24: 17–20). Однак таліон виступає тільки певним мірилом відповідальності, за допомогою якого визначається характер такої відповідальності, але ніяк не зміст. По-друге, заподіяння шкоди особі повинно бути доведено, що свідчить про існування предмета доказування при розгляді спорів про злочинне заподіяння шкоди, а тому застосування таліону в чистому вигляді Біблією не передбачено: «Якщо хтось уб'є людину, то вбивця повинен убити зі слів свідків, але одного свідка не достатньо [щоб осудити] на смерть» (Чис. 35: 30). По-третє, використання принципу таліону обмежується тим, що право на заподіяння шкоди у відповідь на аналогічний акт і у зв'язку з учиненням злочину особа набуває за рішенням суду: «І будуть ці міста сії притулком від мстителя, щоб не був вбитий убивця, перш ніж він предстане перед громадою на суд» (Чис. 35: 12). По-четверте, право на помсту існувало тільки протягом певного, досить обмеженого, часу: «І повинна громада спасти убивцю від рук мстителя за кров, і повинна повернути його громада в місто схову його, куди він збіг, щоб він жив там до смерті великого священика, який помазаний священ-

ним елеєм... А по смерті великого священика повинен повернутися в землю володіння свого» (Чис. 35: 25–28).

Аналіз визначених положень переконує, що кримінальне право, на різних етапах свого існування, завжди орієнтувалося на реалізацію вимог соціальної справедливості, зміст якої був детермінований певним культурним середовищем, що формується в конкретно-історичних умовах. Опанування змістом такої культури, а відповідно, визначення характеристик соціальної справедливості, яка є критерієм легітимізації кримінально-правового впливу, може здійснюватися на засадах культуро-антропологічної методології, яка відповідає поставленим цілям розбудови сучасної держави.

*ЛЕБЕДИНСКАЯ Валерия*

## **О НЕКОТОРЫХ ПРОБЛЕМАХ ДЕМОГРАФИИ В РОССИИ И ПУТЯХ ИХ РЕШЕНИЯ**

В настоящее время идея деления российского права на частное и публичное возможно с позиций теории права. Ученые продолжают классифицировать российское право на отрасли, в основе которых выделяют различные признаки, например, из гражданского права было выделено семейное и трудовое, из трудового права выделено право социального обеспечения и др.

Правоведами России в течение последних нескольких лет разрабатывается инструментальный подход как особое направление, предполагающее переосмысление цели юридической науки и ставящее основной своей задачей подыскание правовых возможностей для удовлетворения потребностей субъектов. Правильно построенная система правового регулирования стимулирует субъектов совершать действия, полезные для общества, и решать задачи, стоящие перед государством, путем присвоения рекомендованных правом пра-



вовых средств для решения своих личных задач, т.е. достижения собственных правовых целей. [1, с. 4]

Сегодня перед Российским государством остро стоит вопрос о необходимости решения демографической проблемы. На это обращает внимание в своих актах и посланиях Президент РФ В. В. Путин. Что же сегодня делается в этом направлении?

Во-первых, утверждена Концепция демографической политики Российской Федерации на период до 2025 г., в которой одной из задач является увеличение рождаемости. [2] Во-вторых, разрабатывается и внедряется комплекс мероприятий, призванных стимулировать рождаемость. Одни – направлены на имущественное стимулирование рождения ребенка государством:

- установление и постоянное повышение размера материнского капитала (на 01.01.2015 года его размер составляет 453 026 руб.);
- увеличение размера пособия по беременности и родам и другие.

Другие – на улучшение социального положения женщины:

- создание условий для совмещения женщинами обязанностей по воспитанию детей с трудовой деятельностью;
- организация профессионального обучения женщин, находящихся в отпуске по уходу за ребенком и другие. [3, ст. 253–264 ТК РФ]

Исходя из этого, можно сделать вывод, что в настоящее время в Российской Федерации стимулирование рождаемости фактически целиком ложится на плечи государства. Между тем государственное регулирование решения данного вопроса нельзя считать достаточно эффективным, несмотря на затраченные, на него организационные и материальные ресурсы. И поэтому, к сожалению, приходится констатировать – государственная демографическая политика Российской Федерации малоэффективна. Однако хочется заметить, что государственная политика России в области демографии в целом аналогична системе мероприятий, разработанных и внедренных в государствах Европы. Причем, учитывая

статистические данные, ситуация в России в этом плане более благоприятна, чем в среднем по Европе, где суммарный коэффициент рождаемости составляет 1,48, в то время как в России он – 1,6. [4] Несмотря на, несомненно, худшее качество жизни в России. И это наводит на тот же вывод – государственных мер поддержки рождаемости недостаточно, они не оказывают должного стимулирующего воздействия на субъектов.

Семейное право – отрасль частного права, а значит, воздействие на субъектов частных отношений может оказывать не только государство, но и другие субъекты частного права, например, стимулируя рождение детей с помощью актов саморегулирования. Этот аспект проблемы никогда не подвергался серьезному научному изучению, и вообще категория «правовое средство» в семейно-правовой науке практически не используется.

Естественно, сегодня нельзя считать допустимым заимствование нашего собственного опыта принуждения к деторождению военного и послевоенного периодов – путем установления налога «на бездетность», который был обязателен для всех бездетных мужчин в возрасте от 20 до 50 и женщин – от 20 до 45 лет. [5]

Также крайне сомнительны перспективы использования запрета и ограничения аборт как реального механизма, который мог бы привести к увеличению рождаемости. Скорее эффектом такого внедрения будет существенное ухудшение женского здоровья, увеличение женской смертности вследствие криминальных абортов, а также увеличение числа брошенных детей, а это не есть надлежащий способ решения данной проблемы. Поэтому естественно целесообразна разработка научно обоснованного механизма стимулирования рождаемости с помощью договорных инструментов и последовательное внедрение его в правореализационную деятельность.

На сегодня, без внесения каких-либо изменений в существующие нормативные правовые акты, стимулирование

рождения ребенка может производиться с помощью ряда правовых средств, например – установление специальных условий гражданско-правовых договоров с третьими лицами на случай рождения ребенка.

Одним из наиболее известных договоров является кредитный договор. Так, например, банком «Уралсиб» были разработаны и предложены условия по кредитному договору, в соответствии с которыми заемщикам предлагалось снижение процентной ставки по кредиту при рождении ребенка в течение срока действия кредитного договора, причем количество таких снижений процентной ставки не ограничивалось. А это значит: чем больше детей родится у заемщика в период действия договора, тем меньше окажется выплата по нему. [6]

В нашем понимании такие условия договора являются частноправовым средством стимулирования рождения ребенка. Кредитор, включающий подобное условие в договор, тем самым расширяет круг потребителей своего финансового продукта. Это прекрасная социальная инициатива, не несущая для банка большого риска, ведь чем больше детей в семье, тем выше мотивация заемщика к выплате кредита. Действительно, использование такого условия способствует не только привлечению клиентов в банк, что, несомненно, является частным делом менеджмента этого банка, но и приводит к стимулированию рождения ребенка в период действия договора. Ведь при больших суммах кредита и продолжительных сроках снижение процентной ставки даже на объявленные 0,5% годовых, это приводит к существенной экономии за весь период возврата кредита. Большим достоинством в этом случае является отсутствие необходимости траты имущественных ресурсов Российской Федерации на реализацию данного проекта, при этом решение частных задач: для банка – привлечение клиентов, для физических лиц – получение кредита на более выгодных условиях,

приводит к решению имеющей важнейшее значение проблемы стимулирования рождения детей.

Представляется, что инициатива этого коммерческого банка должна быть поддержана государством, в частности, Центральным банком РФ, которым должны быть разработаны специальные меры, направленные на стимулирование коммерческих банков, предоставляющих семьям, имеющим детей, специальные условия. При этом такие стимулирующие меры не должны быть направлены на снижение налоговой нагрузки. [7]

Таким образом, решение демографической проблемы – одной из главнейших проблем современной России – не может быть целиком возложено на семейное законодательство и семейно-правовую науку. Следует комплексно разрабатывать возможность ее решения и с помощью других инструментов, к которым, в первую очередь, относятся гражданско-правовые средства договорной природы, пропаганда которых будет стимулировать рождение детей, и таким образом юридическая наука сможет внести свой вклад в решение основной проблемы Российского государства.

### **Литература:**

1. Указ Президента Российской Федерации от 7 мая 2012 г. «О мерах по реализации демографической политики Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2012. № 19. Ст. 2343.
2. Филиппова С. Ю. Гражданско-правовые средства достижения цели построения семьи путем фактических брачных отношений // Семейное и жилищное право. 2010. № 3. С. 3–7.
3. Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ (в ред. от 22.12.2014 № 443-ФЗ) // Собрание законодательства РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 3.
4. Данные Федеральной службы государственной статистики. URL: <http://www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat/rosstatsite/main/population/demography/b273bf80446245b682bcb26964b99b0f>.
5. Указ Президиума Верховного Совета СССР от 21 ноября 1941 г. «О налоге на холостяков, одиноких и бездетных граждан СССР» // Ведомости ВС СССР. 1941. № 42. (утратил силу)
6. URL: <http://k-f-b.ru/news/76-ipoteka-uralsib-zavit-ot-kolichestvadetej>.
7. [http://www.banki.ru/wikibank/ipoteka\\_molodyim](http://www.banki.ru/wikibank/ipoteka_molodyim).

## **ПРИВАТНО-ПРАВОВІ ЗВИЧАЇ СТАРОДАВНЬОГО ЄГИПТУ**

Стародавній Єгипет є першою державою, відомою історії людства. Його еволюцію прийнято поділяти на чотири великих періоди (без урахування перехідних періодів): Раннє царство (XXX–XXVIII ст. до н.е.), Давнє царство (XXVIII–XXIII ст. до н.е.), Середнє царство (XXII–XVIII ст. до н.е.) та Нове царство (1580–1085 рр. до н.е.). Іноді цю періодизацію доповнюють ще п'ятим періодом – Пізнім царством (до I ст. до н.е.) [1, с. 7]. Відтак значний інтерес становить пізнання звичаїв приватно-правового характеру, що діяли у Стародавньому Єгипті, адже це дозволить пізнати найдавніші витoki приватно-правових норм.

Основними джерелами давньоєгипетського права були правовий звичай і нормативно-правовий акт. Більшість правових звичаїв базувалися на релігійному світогляді стародавніх єгиптян, тому їх авторитет і непорушність могли зберігатися тисячоліттями. Натомість прихід нового фараона чи зміна правлячої династії не могли призводити до докорінних змін діючого законодавства, яке також у свою чергу повинно було узгоджуватися з релігійним світоглядом. Тому існують достатні підстави вважати, що правовий звичай регулював ширше коло суспільних відносин, ніж нормативно-правовий акт. Водночас збереглося доволі мало відомостей, які саме правові звичаї практикувалися у Стародавньому Єгипті. Про існування деяких з них можемо говорити з упевненістю. Зокрема проаналізуємо такі приватно-правові звичаї Стародавнього Єгипту: таємницю імені, застава мумії, старшого спадкоємця, шлюб між родичами, фіктивне усиновлення.

*Таємниця імені.* Названий правовий звичай виникнув у зв'язку з віруваннями в те, що істинне ім'я людини є її духовною сутністю, тому чаклуни, дізнавшись його могли заволо-

діти розумом чи навіть душею такої людини, а також заподіяти шкоду її здоров'ю чи життю. Щоб запобігти таким діям, у звичаєвому праві Стародавнього Єгипту діяла таємниця імені. Кожен єгиптянин мав два імені – мале та велике. Мале ім'я не було таємницею, під ним індивід позиціонувався в суспільстві та спілкувався з іншими. Натомість велике ім'я мав право знати тільки він і його найближчі родичі [2, с. 236]. Подібні обмеження щодо розголошення своїх імен діють також у деяких малорозвинутих племенах Полінезії та загалом траплялися на різних етапах історії права народів світу.

У цьому контексті варто згадати й те, що в Стародавньому Єгипті позбавлення імені належало до одних із найважчих покарань, яке застосовувалося, як правило, разом зі смертною карою за найважчі злочини (бунт проти фараона, посягання на могили та храми тощо). Так, у некрополі Ассіут, зведеному в період між Старим і Середнім царством, міститься напис: «Що стосується бунтаря чи душевнохворого, який скоїть злочин, хоч і чув про заборону, його ім'я перестане існувати, він буде похороненим у пустині, він спаленим разом із злочинцями, проклятими богом». Справа в тому, що за релігійним світоглядом Стародавнього Єгипту, душа людини не могла існувати без імені та могили, тому осіб, які вчинили особливо тяжкі злочини позбавляли й одного й другого. Стародавні єгиптяни вірили, що в такий спосіб, вони вбивали як тіло, так і душу злочинця [3, с. 490–491].

*Застава мумії.* Щодо цього правового звичаю в історико-правовій літературі містяться доволі суперечливі твердження. Професор Б. Тищик зазначає, що застава мумії батьків, родичів або самого боржника, яких до сплати боргу кредитори не дозволяли поховати, була одним із видів забезпечення виконання зобов'язання у Стародавньому Єгипті, адже згідно тамтешніми віруванням без урочистого поховання померлі не могли переселитися в інший світ і продовжувати там життя [4, с. 77]. Натомість білоруські історики права В. Сажіна та

Д. Тягунов вказували на те, що кримінальне покарання загрожувало тому, хто давав під заставу в грошовому зобов'язанні мумію свого предка [5, с. 25]. Попри наявність певної суперечності в наведених відомостях щодо легального характеру застави мумії, слід все ж таки визнати, що вказана практика існувала не тільки в Єгипті, адже й у деяких інших державах стародавнього світу кредитори не дозволяли поховати боржника до повернення боргу [6, с. 519].

Російський історик права В. Томсінов у своєму дослідженні правової системи Стародавнього Єгипту, аналізуючи засоби забезпечення виконання зобов'язання, не згадує про заставу мумії, а відносить до їх числа клятву, свідків і неустойку. У давньоєгипетських договорах позики часто містилося формулювання про те, боржник зобов'язувався своєчасно повернути борг кредитору «не сперечаючись із ним жодним словом». Також у разі невилати боргу кредитор мав право позбавити боржника особистої свободи, перетворивши в раба разом із дружиною та дітьми. Ці варварські порядки частково впорядкував і обмежив у 720–714 рр. до н. е. фараон XXIV династії Бокхоріс, який заборонив поширювати претензії криторів на щось інше, крім майна боржника [3, с. 464–466]. З огляду на це обмеження можна припустити, що звичай застави мумії для забезпечення виконання зобов'язання міг втратити своє юридичне значення у зв'язку з реформою Бокхоріса, а до того часу був легальним правовим інститутом.

*Старший спадкоємець.* Ним міг стати один із синів (як правило, старший) спадкодавця, якого він вказав (зазвичай у заповіті) ще за свого життя. Старший спадкоємець був єдиним, хто мав право прийняти спадщину, однак потім розподіляв її між іншими спадкоємцями (братами та сестрами) в тих розмірах, які йому заповідав спадкодавець (батько). Попри те, що в такому порядку спадкування інші спадкоємці також отримували певне майно, основна частка спадщини діставалася саме старшому спадкоємцеві [7, с. 4]. Разом із набуттям

таких майнових прав, він набував і чимало обов'язків, пов'язаних із похоронами спадкодавця та утриманням його могили. Це виразилося у давньоєгипетській приказці «хай майно отримає той, хто поховає». Крім майна спадкодавця, старший спадкоємець також зазвичай спадкував його посаду [3, с. 420–421]. Відтак існують достатні підстави вважати, що правовий звичай старшого спадкоємця мав дуже давні корені, адже в Стародавньому Єгипті з незапам'ятних часів існував культ предків.

*Шлюб між родичами.* Хоча в більшості народів світу шлюби між родичами вважалися недопустими, в Стародавньому Єгипті така практика існувала, і цілком могла вважатися диспозитивним правовим звичаєм. Поширеними (особливо серед знатних осіб) були шлюби між близькими родичами – брата зі сестрою, батька з донькою, сина із вдовою батька тощо. Так, фараон Рамзес II одружився зі своєю рідною донькою [4, с. 78]. Одруженим із власною сестрою був фараон вісімнадцятої династії Тутанхамон (бл. 1336–1327 рр. до н.е.). Після його смерті у 19-річному віці молода вдова Анхесенпамон, не маючи інших братів, звернулася із шлюбною пропозицією до хеттського царя: «Про тебе кажуть, що маєш багато синів. Можливо, ти віддаш мені одного з них у чоловіки. Я б не хотіла виходити за когось із своїх підданих. Мені огидно робити підданого своїм чоловіком» [8, с. 48–49].

Ще поширенішою практика шлюбів фараонів зі своїми близькими родичками (найчастіше сестрами) стала за правління Птолемеїв, однак вчені не мають однозначного пояснення виникнення такого правового звичаю [3, с. 417]. Цілком можливо, що стародавні єгиптяни керувалися такими ж міркування, що й інки, царі яких вважалися синами сонця, тому одружувалися з власними сестрами, щоб не змішувати кров сонця з людською кров'ю [9].

*Фіктивне усиновлення.* Звичаєве право Стародавнього Єгипту допускало до спадкування тільки синів і доньок спадкодавця. Спадкоємцем навіть не вважався другий (друга) з



подружжя. Тому коли спадкодавець мав намір заповісти своє майно особі, яка не була його дитиною, він вдавався до правового звичаю фіктивного усиновлення. Тобто він формально усиновлював особу, щоб мати можливість вказати її права у заповіті. Такі дії він був змушеним вживати навіть для того, щоб заповісти майно своїй дружині [3, с. 428]. Так, у першій половині XI ст. до н.е. жив єгиптянин Небнуфер, що був одруженим із храмовою співачкою Ненуфер. У них не було спільних дітей, тому Небнуфер усиновив Ненуфер і заповів їй усе своє майно [10, р. 23–24].

Таким чином, історико-правовий аналіз правових звичаїв Стародавнього Єгипту дозволяє прийти до висновку про те, що приватне право у першій державі світу засновувалося на релігійному світогляді та практичних потребах учасників суспільних відносин. Це й покликала до регулювання приватно-правових відносин правовий звичай як найбільш зручне джерело права, що не вимагало спеціальних актів правлячих осіб. Наведені міркування вказують на те, що сучасний законодавець повинен збільшити простір для звичаєво-правового регулювання цивільних відносин і в чинному законодавстві України.

### **Література:**

1. Макарчук В. С. Загальна історія держави і права зарубіжних країн / В. С. Макарчук. – К.: Атіка, 2001. – 624 с.
2. Фрээр Дж. Золотая ветвь. Исследования магии и религии / Джеймс Джордж Фрээр; Пер. с англ. М.К. Рыклина. – М.: Политиздат, 1983. – С. 831 с.
3. Томсинов В. А. Государство и право древнего Египта / В. А. Томсинов. – М.: Зерцало-М, 2011. – 512 с.
4. Тищик Б. Й. Історія держави і права країн Стародавнього світу / Б. Й. Тищик. – Львів: Світ, 2001. – 384 с.
5. Сажина В. В. История государства и права зарубежных стран / В. В. Сажина, Д. Е. Тягунов. – Минск: Тетра-Системс, 2006. – 340 с.
6. Нечаев В. Выкуп / В. Нечаевъ // Энциклопедическій словарь / Изд. Ф. А. Брокгаузъ, И. А. Ефронъ. – Томъ VII Волапюкъ–Гальбанъ; Под. ред. К. К. Арсеньева, Ф. Ф. Петрушевскаго. – С.-Петербургъ, 1892. – С. 517–520.

7. Дарест Р. Исследования по истории права / Родольф Дарест; пер. с фр. Н. Н. Чеботаревского. – М.: ЛИБРОКОМ, 2012. – 392 с.
8. Хааг М. История Египта / Майкл Хааг; пер. с англ. – М.: Астрель, 2009. – 255 с.
9. Де Ла Вега И. Г. История государства Инков / Инка Гарсиласио Де Ла Вега. [Электронный ресурс] Режим доступа – [http://singulyarnost.ru/history/inkivega\\_5.shtml#](http://singulyarnost.ru/history/inkivega_5.shtml#)
10. Gardiner A. H. Adoption extraordinary / Alan H. Gardiner // The journal of Egyptian archaeology. – 1941. – Vol. 26. – P. 23-29.

*ЄМЕЛЬЯНОВА Людмила*

## **ПОРУКА У РИМСЬКОМУ ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНОМУ ПРАВІ – УГОДА БОРЖНИКА З ТРЕТЬОЮ ОСОБОЮ**

Інститут, відомий сучасному праву як порука, розвивався та існував у римському праві у різноманітних формах. Порука в її найдавнішій формі була відома вже Законам XII таблиць, де передбачалася можливість встановлення правового відношення, подібного до покладення відповідальності на одну особу за виконання зобов'язання іншою особою [1].

Щоправда, Закони XII таблиць не характеризують юридичне становище учасників цих відносин, проте його можна визначити на основі аналізу інших джерел.

З них слідує, що поручитель (*vas*) приймає перед зацікавленою особою, наприклад, кредитором відповідальність за третю особу (боржника), в тому, що вона справно виконає який-небудь обов'язок.

Такі відносини називалися *vadimonium*.

*Vadimonium* зустрічається не тільки у цивільному, але й у кримінальному праві.

У цивільному праві воно може мати місце як при укладенні договорів, так і при поданні позовів. Досить часто *vades* виступали при манципації, де вони гарантували одному контрагенту справність іншого контрагента.

Vadimonium встановлювалося з ініціативи боржника або відповідача. Для того, щоб запобігти тим або іншим несприятливим наслідкам невиконання або неналежного виконання ним обов'язків, він і виставляв поручителя – vadisdatio.

Протилежна сторона (кредитор або ж позивач) приймала поручителя – vadisacceptio.

Форма встановлення полягала в тому, що поручитель виголошував в урочистій формі про прийняту на себе поруку (nuncupatio). Головна роль у цій формі належала слову promitte.

Характерною рисою vadimonium було те, що юридичні відносини зв'язували особу, що прийняла поруку, безпосередньо з самим поручителем.

Поручитель гарантував насамперед виконання боржником свого зобов'язання. У випадку невдачі він сплачував певну грошову суму.

На думку С. О. Муромцева, окрім юридичного відношення, що з'єднувало особу, яка прийняла поруку, з самим поручителем, угода vadimonium не породжувала інших відносин [2].

Проте в літературі були висловлені й інші точки зору.

Наприклад, Г. Ф. Дормидонтов найдавнішою формою поруки вважав adpromissio.

Він зазначав, зокрема, що порука у римському юридичному побуті трактувалася часто в різних формах.

Дещо інакше розцінював співвідношення згаданих понять Мілан Бартошек, котрий звертав увагу на те, що sponsio – це первісна форма стипуляції, доступна римським громадянам, яка ґрунтувалася на клятві або присязі, порушення якої загрожувало помстою богів, і така, що могла стосуватися лише точно визначеної суми, речі або діяльності.

Що ж стосується поруки римських громадян за стипуляційний борг, то найдавнішою формою її було adpromissio. Спонсор спочатку ручався незалежно від головного боржника, і його зобов'язання не передавалося у спадок [3]. Таким

чином, вживання терміну *sponsio* щодо відносин поруки є можливим лише у широкому значенні слова, коли ним позначається обіцянка щось зробити для іншої особи взагалі.

Для того, щоб з'ясувати динаміку становлення та розвитку поруки, як персонального засобу забезпечення зобов'язань, здається доцільним звернутися до тексту Інституцій Гая, де не лише зафіксовано стан цього інституту на II ст. н.е., але й подано деякі відомості, що дозволяють визначити характер розвитку стипуляції, різновидом якої була порука.

При побіжному ознайомленні з деякими фрагментами спочатку дійсно може створитися враження, що чіткої межі між різними видами стипуляції (з точки зору визначення її придатності для персонального забезпечення належного виконання зобов'язань) не існувало.

Так, Гай пише: «Ми часто приймаємо поручителів, котрих ми називаємо спонсорами, фідейпромісорами і фідейсорами, маючи на увазі найкраще забезпечення наших прав...» (Інституції Гая. III.117).

Звідси, начебто, слідує, що особливої різниці між спонсорами, фідейпромісорами і фідейсорами нема, оскільки усі вони згадуються як поручителі, виступають під різними найменуваннями.

Дещо подібне бачимо і в іншому фрагменті Інституцій, у якому йдеться про закон Ціцерія: «Крім того, законом Ціцерія визначено, що той, хто приймає поруку спонсорів і фідейпромісорів, мусить публічно заявити як про те, за яку суму він відповідає, так і про те, скільки спонсорів і фідейпромісорів він прийме для забезпечення цього зобов'язання...» (Інституції Гая. III. 123).

Але в інших фрагментах Гай підкреслює, що юридичне становище спонсора схоже зі становищем фідейпромісора, але становище поручителя відрізняється від становища двох попередніх (Інституції. III. 118). Саме перші можуть приймати участь тільки при словесних зобов'язаннях, хоча інколи

той, хто обіцяє, не вважався зобов'язаним, якщо наприклад обіцяє жінка або малолітній без дозволу опікуна, або якщо хтось обіцяє, що річ буде передана після його смерті (Інституції. III. 119).

«Такий поручитель допускався на підкріплення будь-якого зобов'язання, незалежно від того, чи воно укладеться шляхом передачі речі, чи словами, чи письмово, чи простою згодою. При цьому не має значення, чи буде цивільним, чи натуральним те зобов'язання, де з'являється поручитель, так що він навіть може ручатися за раба, незалежно від того, чи буде той, хто прийняв від раба поручителя, особою сторонньою чи сам його хазяїн...» (Інституції Гая. III. 119).

Вже тлумачення цього фрагменту Інституцій Гая дозволяє зробити висновок, що римські правники не ототожнювали поручителя ні зі спонсором, ні з фідеїпромисором. Але на користь такого висновку свідчать і наступні положення Інституцій Гая.

Зокрема, різниця між спонсором і фідеїпромисором, з одного боку, і фідеюсором, з іншого, полягає у різних наслідках встановлення цих правових відносин для спадкоємців: «...спадкоємець спонсора і фідеїпромисора не підлягає відповідальності за винятком тих випадків, коли йдеться про фідеїпромисора-іноземця, країна якого користувалася іншим правом; на спадкоємця поручителя покладалася відповідальність». (Інституції Гая. III. 120).

Різною була відповідальність за невиконання головного зобов'язання і для учасників даних правових відносин.

Так, Гай зазначає: «...відповідальність спонсора і фідеїпромисора обмежувалася законом Фурія дворічним строком, і зобов'язання поділяється на стільки частин, скільки їх виявиться на той час, коли можна вимагати гроші, і кожен має дати відповідну частину; відповідальність поручителів є постійною і скільки б їх не виявилось, усі вони відповідають у повному обсязі боргу (солідарно). Тому кредитор має свободу

вибрати того божника, з якого він хоче стягнути борг». (Інституції. III. 121). Отже знов-таки спонсор і фідейпромісор виступають на одному боці як своєрідна антитеза фідейсору, котрий трактується саме як особа, що поручилася за виконання зобов'язання іншою особою у повному обсязі [4].

Наведені положення Інституцій Гая цікаві ще й тим, що дають змогу прослідкувати динаміку у часі та територіальні особливості формування інституту поруки. Зокрема, цитований фрагмент стосується становища спонсора, фідейпромісора та фідейсора згідно із законом Фурія, який датується за різними даними приблизно 196 р. до н.е. або 344 р. до н.е.

Але вже у період Принципату становище сторін змінюється. Гай зазначає далі: «Але у наш час за рескриптом божественного Адріана кредитор має вимагати від кожного платоспроможного відповідну частину. Цей рескрипт відрізняється від закону Фурія тим, що, коли хтось із спонсорів чи фідейпромісорів буде неплатоспроможним, то обов'язок не переходить на інших; якщо ж неплатоспроможним виявиться хтось з поручителів (фідейсорів), то відповідають усі інші. А оскільки закон Фурія застосовується лише в Італії, то з цього слідує, що у провінціях покладається постійна відповідальність на спонсорів і фідейпромісорів нарівні з поручителями і кожен з них відповідає солідарно за весь борг, якщо їм не приходить на допомогу рескрипт божественного Адріана, який дозволяє сплатити лише певну частину», (Інституції Гая. III. 121).

Розмежування між становищем спонсора, фідейпромісора та фідейсора провадиться і в інших положеннях Інституцій Гая.

Таким чином, наведені вище положення першоджерел дають підстави для висновку про те, що неточно називати *adpromissio* найдавнішою реальною формою поруки. Правильнішим здається вважати її лише спеціальним початковим видом цього способу забезпечення договірних зобов'язань,

який міг засовуватися тільки у відносинах за участю римських громадян.

### **Література:**

1. Римские древности: Краткий очерк / Под ред. И. В. Алферовой. – Смоленск, 2000. – С. 279.
2. Муромцев С. А. Гражданское право Древнего Рима / С. А. Муромцев. – М., 1883. – С. 3–74.
3. Бартошек М. Римское право: Понятия, термины, определения / М. Бартошек. – М.: Юрид. лит., 1989. – С.160.
4. Гай. Институции / Пер. Ф. Дыдынского. – М., 1997. – С. 214–221.

*КУЗЬМЕНКО Любов*

## **ОСОБЛИВОСТІ МІЖНАРОДНОЇ СИСТЕМИ ПРАВОВИХ ВІДНОСИН ПРИ РЕГУЛЮВАННІ ДІЯЛЬНОСТІ АЕРОПОРТІВ**

Міжнародне повітряне право являється окремою галуззю міжнародного права, що є системою норм і принципів що регулюють відносини між державами та іншими суб'єктами міжнародного права у зв'язку з використанням повітряного простору.

Регулювання відносини між суб'єктами міжнародного повітряного права здійснюється відповідно до міжнародного повітряного права з метою здійснення міжнародних повітряних польотів, що має насамперед забезпечувати правопорядок, взаємовигідне використання повітряного простору.

Багато міжнародно-правових норм, що визначають режим повітряного простору, стосуються різних користувачів. Це накладає на держави обов'язок забезпечити для всіх користувачів однакове дотримання норм повітряного простору [1].

В результаті створений особливий міжнародно-правовий режим повітряного простору над територією держави і за її межами, встановлений порядок здійснення міжнародних повітряних сполучень, що забезпечує умови їх регулярної,

ефективної і безпечної експлуатації в цілях виконання перевезень. Початком встановлення такого режиму стала Паризька конвенція про повітряну навігацію від 13 жовтня 1919 р. З неї почався процес формування і розвитку міжнародного повітряного права. У 1929 р. у Варшаві було підписано Конвенцію для уніфікації деяких правил, що стосуються міжнародних повітряних перевезень. Її було доповнено Гаазьким протоколом 1955 р. про вимоги до оформлення перевізної документації.

Міжнародно-правове регулювання користування повітряним простором визначається в різних міжнародних нормативних актах. Так, зокрема, 7 грудня 1944 р. в Чикаго були підписані: Конвенція про міжнародну цивільну авіацію, Угода про міжнародне транзитне повітряне сполучення та Угода про міжнародний повітряний транспорт, що впорядкували питання міжнародного регулювання повітряних сполучень. Стаття 15 Конвенції про міжнародну цивільну авіацію вимагає: «Кожен аеропорт у Договірній державі, відкритий для громадського користування її національними повітряними суднами, відкритий також, з урахуванням положень Статті 68, на однакових умовах для повітряних суден усіх інших Договірних держав. Такі самі однакові умови застосовуються при користуванні повітряними суднами кожної Договірної держави всіма аеронавігаційними засобами, включаючи радіо – і метеорологічне забезпечення, які можуть бути надані для суспільного користування з метою забезпечення безпеки та оперативності аеронавігації. Будь-які збори, що можуть стягуватися або дозволені для стягування Договірною державою за користування такими аеропортами та аеронавігаційними засобами повітряними суднами будь-якої іншої Договірної держави, не перевищують:

- а) щодо повітряних суден, не зайнятих у регулярних міжнародних повітряних сполученнях, – зборів, які стягувалися б зі своїх національних повітряних суден того самого класу, зайнятих в аналогічних сполученнях; і



- b) щодо повітряних суден, зайнятих у регулярних міжнародних повітряних сполученнях, – зборів, які стягувалися б зі своїх національних повітряних суден, зайнятих в аналогічних міжнародних повітряних сполученнях».

При цьому стаття 68 передбачає: «Кожна Договірна держава з урахуванням положень цієї Конвенції може встановлювати маршрут, за яким у межах її території здійснюється будь-яке міжнародне повітряне сполучення, а також аеропорти, які можуть використовуватися при будь-якому такому сполученні» [2].

Міжнародні авіаційні організації – постійні міжнародні об'єднання в галузі авіації, зазвичай створені на основі міжнародних угод або рішенням міжнародних конференцій. Міжнародні авіаційні організації створюються з метою погодженого вирішення питань діяльності міжнародної цивільної авіації, що представляють загальний інтерес для їхніх членів, розвитку міжнародного співробітництва у відповідній області, захисту прав та інтересів їх членів.

Положення Конвенції про міжнародну організацію цивільної авіації є обов'язковими для усіх Договірних держав. Існує багато міжнародних авіаційних організацій, які взаємодіють з аеропортами для оптимізації економічних, технічних, політичних і соціальних аспектів розвитку міжнародного повітряного простору. Однак на сьогодні ще недостатньо використовуються їх керівництва, інструктивний матеріал та рекомендації з боку регулюючих органів і постачальників послуг.

Особливо важка ситуація складається в державах, де аеропорт і аеронавігаційне обслуговування здійснюються або агентствами, які повністю належать державі, або самими регулюючими повноважними органами. У цих випадках має місце практика, коли деякі аеропорти і постачальники аеронавігаційного обслуговування стягують збори довільно, а не на основі принципів Міжнародної організації цивільної авіації (ІКАО) в області зборів і стягуваних платежів, викладених

в документі ІКАО DOC 9082, що часто призводить до порушень антимонопольного законодавства [3].

Державне регулювання авіатранспортного ринку є складною системою взаємодії авіакомпаній, аеропортів, споживачів послуг і державних органів управління та регулювання загальнодержавного і регіонального рівня. Важливою частиною авіаційної транспортної системи є аеропорт.

Сучасними тенденціями розвитку авіаційних перевезень є формування ефективної інфраструктури окремих аеропортів та досконалого регулювання їх діяльності з метою сталого розвитку та забезпечення безпеки авіації. Проблема ефективного функціонування аеропортів є однією з найважливіших у системі цивільної авіації. Однією з важливих вимог до роботи авіаційного транспорту є підвищення ефективності роботи аеропортів. Роль аеропорту полягає в поєднанні завдань та цілей як авіаперевізників так і користувачів відповідних послуг за умови забезпечення ефективного функціонування системи повітряних сполучень.

Процес повітряного перевезення пасажирів вимагає активної співпраці таких учасників повітряної транспортної системи: аеропортів, авіакомпаній, хендлінгових компаній та наземних видів транспорту. За умов ефективної взаємодії зі своїми партнерами, аеропорт повинен дотримуватися норм документів міжнародних організацій: вимог забезпечення безпеки, забезпечення відповідного стану інфраструктури, технологічних процесів та ін.

Аеропорт як єдиний технологічний комплекс має забезпечувати керування повітряним рухом в зоні аеропорту, зліт-посадку літаків, їх наземне обслуговування, обслуговування пасажирів, багажу, пошти та вантажів, а також надання всіх інших авіаційних та неавіаційних послуг авіакомпаніям, клієнтам, іншим юридичним та фізичним особам.

Вивчення зарубіжного досвіду державного регулювання діяльності аеропортів показало, що держава активно бере

участь в управлінні аеропортами через володіння акціями, регулювання тарифної політики, інвестицій в модернізацію і реконструкцію. Світова практика свідчить про те, що у різних країнах проблема регулювання та управління аеропортами вирішується по-різному і у будь-якої економічно розвиненої держави є своя стратегія відносно розвитку ринку наземного обслуговування в аеропортах, яка відбивається в законодавчому і нормативно-правовому регулюванні, але є і деякі загальні тенденції [4].

В деяких країнах в частині наземного обслуговування в аеропортах, нормативно-правове регулювання припускає надання недискримінаційного доступу до послуг паливно-заправного комплексу аеропортів. У частині інших видів наземного обслуговування обмеження доступу не регулюється, розвиток конкуренції нормативно не стимулюється. Відбувається тільки вирішення питань конкуренції за фактом порушення антимонопольного законодавства.

Окремі країни з розвинутою економікою пішли по іншому шляху. У таких країнах законодавство і нормативно-правова база стимулюють розвиток конкуренції в наземному обслуговуванні аеропортів.

Переважає більшість аеропортів займає монопольне (домінуюче) становище на різних ринках послуг з наземного обслуговування в аеропортах. Прояви монополізму і неефективність відповідних механізмів державного регулювання ведуть до зростання витрат на наземне обслуговування в аеропортах і низької якості обслуговування, що завдає збитку споживачам авіапослуг, підриває прибуткову базу діяльності основної виробничої ланки галузі – авіаперевізників.

Недостатньо ефективного використання керівництва і інструктивного матеріалу ІКАО з повітряного транспорту, у тому числі з економіки аеропортів і аеронавігаційного обслуговування, з боку як регулюючих повноважних органів, так і постачальників обслуговування, має тенденцію призводити

до негативних наслідків для галузі. Ними можуть бути, наприклад, необґрунтоване підвищення зборів і платежів, що викликають зростання вартості здійснення польотів і тарифів, зниження якості обслуговування із-за відсутності угод про рівень обслуговування, недолік прозорості відносно зборів і стягуваних платежів, напруженість у відносинах між постачальниками обслуговування і його користувачами і/або між регулюючими повноважними органами і постачальниками/користувачами обслуговування тощо, що призводить, зокрема, до порушень антимонопольного законодавства.

Аналіз порушень антимонопольного законодавства у світі на ринках з наземного обслуговування в аеропортах свідчить, що основна їх частина пов'язана з дискримінацією авіакомпаній при доступі на ринки авіаперевезень як з боку органів виконавчої влади, так і з боку суб'єктів, що надають послуги в аеропортах. У багатьох випадках аеропорти створюють проблеми незалежним агентським або хендлінговим компаніям – безпідставно не допускають їх до об'єктів та техніки, не виправдано посилюють пропускний режим, зволікають з підписанням дозвільно-погоджувальної документації.

На окремих маршрутах виявляються зловживання з боку аеропортів, виражені в створенні перешкод певним компаніям при виділенні слотів (часу в розкладі). Тому у багатьох країнах використовують американський досвід аукціонного розподілу слотів між авіакомпаніями, який показав більшу ефективність, ніж традиційний принцип, коли відбувається перепродаж слотів їх історичними власниками.

Важливою причиною дискримінації авіакомпаній з боку аеропортів є наявність так званих об'єднаних авіазагонів, що поєднують діяльність аеропорту і перевізників. Авіакомпанії, що мають у своєму складі аеропорти в якості структурних підрозділів, прагнуть не допустити конкуруючі компанії у свої аеропорти або створюють не вигідні умови обслуговування (незручні слоти, відмовляють в оренді площ, техобслуговуванні, завищення тарифів тощо).

Органи виконавчої влади використовують адміністративні бар'єри, щоб допомогти «своїм» авіакомпаніям зберігати домінуюче становище. Наприклад, регіональна влада прямо зацікавлена у надходженні податків від регіональних авіакомпаній, часто дає вказівки «своїм» аеропортам не пускати «чужі» авіакомпанії, які можуть понизити прибуток місцевих базових авіакомпаній.

Аеропорти використовують дефіцит потужностей аеропортів, що виник через невідповідність виробничих потужностей аеропортів необхідним об'ємам транспортної роботи і недостатньої технічної оснащеності значного числа аеропортів для нав'язування авіакомпаніям не вигідних умов.

Базові авіаперевізники також роблять вплив на аеропорти базування, щоб не допускати або ущемляти конкуруючих авіаперевізників, тим самим обмежуючи конкуренцію на відповідних маршрутах. Наприклад, окремі авіакомпанії, займаючи домінуюче становище на ринку авіаційних перевезень пасажирів, необґрунтовано відключають пульти від власного ресурсу бронювання авіаквитків і ущемляють інтереси інших авіакомпаній шляхом створення перешкод доступу на ринок з реалізації авіабiletів. Типовим порушенням є також встановлення монополюючої високої ціни на авіаційне паливо.

Нагальною проблемою в сучасних умовах є завдання забезпечення ефективної взаємодії аеропортів та авіакомпаній та створення конкурентного середовища при наданні послуг з наземного обслуговування в аеропортах на потенційно конкурентних ринках для задоволення потреб споживачів та досягнення найбільшого ефекту функціонування аеропорту та авіакомпаній та запобігання порушень антимонопольного законодавства.

### **Література:**

1. Бордунов В. Д. Международное воздушное право. Учебное пособие. – М.: НОУ ВКШ «Авиабизнес»; изд-во «Научная книга», 2006. – 464 с.
2. Конвенція про міжнародну цивільну авіацію 1944 р. [Електронний ресурс] – Режим доступу: [http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995\\_038](http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_038).

3. ІКАО DOC 9082 «Политика ИКАО в отношении аэропортовых сборов и сборов за аэронавигационное обслуживание» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.icao.org>.
4. Международное право. М. В. Буromенский // Міжнародне право [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://uristinfo.net/mezhdunarodnoe-pravo/139-mvburomenskij-mizhnarodne-pravo/3654-rozdil-9-mizhnarodno-pravovij-rezhim-povitranogogo-prostoru.html>.

*МЕЛЬНИЧЕНКО Богдана*

## **МЕТОДОЛОГІЧНА ОСНОВА ДОСЛІДЖЕННЯ ДЕМОКРАТИЧНИХ ЗМІН У ЦЕНТРАЛЬНО-СХІДНІЙ ЄВРОПІ**

Дослідження «оксамитових революцій» у державах Центрально-Східної Європи кінця ХХ ст., розбудова засад правової демократичної державності країн регіону, удосконалення правових систем, інтеграція центральноєвропейських держав до Європейського Союзу потребують своїх методологічних засад. Варто зазначити, що ці радикальні зміни, котрих в останні десятиріччя зазнали державно-правові реалії в усьому світі, зумовили необхідність адекватної реакції з боку правознавства. Приведення цієї науки у відповідність із соціальними реаліями потребує передусім її методологічного «переозброєння». Воно стає можливим головню на шляху звільнення від її колишньої адміністративно-командної заідеологізованості, демонополізації методологічних підходів, багатоманіття використовуваних методів дослідження. Це – необхідна передумова об'єктивності пізнання державно-правових явищ, поступального розвитку юридичної науки, свободи наукової творчості [1, с. 12–13].

Методологічною основою історико-правового дослідження є дослідницькі підходи, загальні теоретичні принципи наукового пізнання, система методів, способів. В енциклопедичній та юридичній літературі зазначається, що методологічний підхід – це сукупність знань про процес наукового до-

слідження [2, с. 111]; світоглядна аксіоматична ідея (засада), побудована на гранично загальних (філософських) категоріях, яка постулює загальну стратегію дослідження, відбір досліджувальних фактів та інтерпретацію результатів дослідження [3, с. 24].

Основу методології дослідження становить системний підхід. Це такий аспект дослідження, що передбачає аналіз об'єкта як складного, багатогранного, різноякісного явища, яке складається з елементів, зв'язки між якими утворюють відносно незмінну структуру і забезпечують його цілісність. Разом з тим, для системного підходу характерна певна суперечливість: з одного боку, ціле можна зрозуміти, проаналізувавши його складові частини, і навпаки, а з іншого боку – неможливо зрозуміти ціле в достатній мірі навіть за допомогою найдосконалішого аналізу частин та їх взаємодії. Розв'язання цього парадоксу – необхідність для здійснення аналізу частин як самостійних одиниць, тобто як інтегративних частин цілого і, обов'язково, в контексті аналізу самого цілого [4, с. 950–951].

Системний підхід полягає у трактуванні демократизації країн Центрально-Східної Європи як процесу з відповідними етапами та динамічним розвитком («оксамитові революції» 1989–1990-х рр. та їхні передумови; правове забезпечення процесів демократизації, зокрема зміни в конституційному, цивільному, господарському, кримінальному праві; правове закріплення зміни зовнішньополітичного курсу та інтеграції до Європейського Союзу).

Виділимо також діалектичний підхід, що охоплює загальні особливості розвитку будь-яких історичних явищ. Застосовуючи його, ми мали змогу об'єктивно вивчити динаміку демократичних процесів, зокрема законодавчого забезпечення становлення демократії у країнах регіону у перехідний період.

Вважаємо ці підходи одними з найважливіших у сучасній науці, оскільки системний приводить до вивчення історич-

них процесів у їх взаємозв'язку, а діалектичний – дає змогу розглядати їхній розвиток.

Зазначимо, у новітніх публікаціях з проблем методології вітчизняної правової науки пропонується застосовувати системно-інформаційний підхід. У межах цього підходу поєднано елементи речово-матеріальної моделі світу, яку характеризує діалектика, та інформаційно-комунікативної моделі, на якій ґрунтується синергетика. Синергетична методологія є продовженням системного підходу та зорієнтована на динамічність, процесуальність, інтегрованість [5, с. 37].

У методології юридичного пізнання особливе місце займають методологічні принципи (у перекладі з латинської мови принцип означає начало, основа). Вони, по-перше, є основними засадами, вихідними ідеями, що характеризуються універсальністю, загальною значущістю, вищою імперативністю і відображають суттєві положення теорії, вчення, науки, системи внутрішнього і міжнародного права, політичної, державної чи громадської організації. По-друге, це – внутрішнє переконання людини, що визначає її ставлення до дійсності, суспільних ідей і діяльності [6, с. 110–111].

З метою розширеного аналізу процесів демократизації країн Центрально-Східної Європи наприкінці ХХ ст., зокрема системних змін у праві країн регіону, використано такі принципи: принцип усебічності дослідження держави і права, принцип історизму, принцип комплексності.

Основне значення принципу усебічності полягає в тому, що державно-правові явища повинні досліджуватись в їхніх взаємозв'язках і взаємодії з іншими суспільними явищами і процесами, наприклад політикою, економікою, культурою тощо. Принцип історизму в дослідженнях держави і права означає розгляд державно-правових явищ не лише з огляду на їхній нинішній стан, а й з позицій минулого і передбачення їх майбутнього. Принцип комплексності полягає в тому, щоб досліджувати їх не лише з юридичного погляду, але й



враховуючи здобутки інших суспільних наук – філософії, соціології, політології, економічної теорії [7].

Принцип усебічності дослідження держави і права забезпечив різноаспектність у розгляді процесів демократизації та інтеграції центральноєвропейських держав, дав змогу охарактеризувати зазначені явища не як окремо взяті, а у взаємозв'язку з іншими категоріями, явищами, процесами, насамперед, з реформуванням правових інститутів, наближенням законодавства країн регіону до стандартів ЄС.

Принцип історизму дав можливість розглянути політично-правові зміни країн ЦСЄ в їхньому закономірному історичному розвитку, в тісному зв'язку з конкретно-історичними умовами існування. Демократичні процеси на європейському континенті, геополітичні зміни в центрі Європи вивчаються в конкретних історичних умовах, у тісному взаємозв'язку з розвитком загальнопланетарних процесів, якими є демократизація й інтеграція.

Завдяки принципу комплексності вдалося уникнути суб'єктивізму під час розгляду питань дослідження. Ґрунтуючись на принципі комплексності, демократичні перетворення країн ЦСЄ, зміни у праві, правову основу інтеграційних процесів охарактеризовано не лише з юридичного погляду, а і з позиції таких наук, як філософія, політологія, соціологія, міжнародні відносини тощо. Цей принцип дав можливість вибрати підходи до розуміння зазначених процесів та означити їх і в статиці, і в динаміці; з погляду їх виникнення і розвитку, враховуючи ті цілі, які вони перед собою ставили.

З науковими підходами й принципами, які розглянуто вище, пов'язані конкретні методи, що є важливою складовою методології дослідження. У юридичній і філософській літературі найпоширенішим визначенням методу є вказівка на те, що це спосіб побудови і обґрунтування системи знань: сукупність прийомів і операцій практичного і теоретичного освоєння дійсності [1, с. 15].

Теоретико-методологічну основу дослідження становлять загальнонаукові та спеціально-юридичні методи дослідження. Дослідницькі методи можна також розподілити дещо умовно на емпіричні (способи виявлення, фіксування, збирання, систематизації інформації про факти та явища) і теоретичні (способи пояснення, тлумачення зібраних даних, побудови понять, концепцій, прогнозів тощо) [8, с. 150].

Застосування діалектичного та історико-правового методів сприяло дослідженню суспільно-політичних змін у Центрально-Східній Європі наприкінці ХХ ст., внутрішніх та зовнішніх передумов демократизації в країнах світової системи соціалізму, зміни зовнішньополітичного курсу центральноєвропейських держав.

Формально-юридичний дозволяє вивчати право як таке, у «чистому вигляді», поза його зв'язком з економікою, політикою, мораллю тощо. Призначення цього методу полягає в аналізі законодавства та практики його застосування, у виявленні очевидних аспектів правових явищ без проникнення у внутрішні сутнісні сторони і зв'язки. Він передбачає такі формально логічні прийоми: аналізу і синтезу, індукції і дедукції, абстракції та інших, і дозволяє виробити поняття, описати, узагальнити, класифікувати, систематизувати, зрозуміло передати отримане знання [9]. Цей метод використано для аналізу змін у конституційному, цивільному, господарському, кримінальному праві Польщі та Чехословаччини.

Структурно-функціональний метод ми застосували для дослідження правового статусу органів законодавчої, виконавчої та судової влади в перехідний період.

Важливим є використання порівняльно-правового методу. Його значення полягає не у відкритті нових фактів, а в науковому поясненні вже знайдених, дозволяє у суспільствознавстві замінити експериментальний метод [9, с. 544–545].

Порівняння розуміється як процес відображення і фіксації відношень тотожності, схожості у правових явищах різних

держав, а порівнянню піддається одиничне, особливе і загальне в таких явищах. Юридична компаративістика – це наперед виявлення загального, різного та унікального у правових явищах [11, с. 34–36].

Передумовою для проникнення в сутність зазначених явищ стає пошук їхніх загальних рис, опанування властивих їм закономірностей. Загалом об'єктами порівняння можуть бути системи і галузі права, інститути права, акти законодавства, матеріали юридичної практики і положення юридичної теорії [12, с. 9; 9, с. 558–561].

Використання порівняльно-правового методу дослідження сприяло порівнянню законодавства центральноєвропейських держав, а також законодавства США та країн Західної Європи. Зокрема, цей метод дозволив нам відстежити спільні та відмінні риси демократичних перетворень центральноєвропейських держав, оцінити досягнення кожної країни (Польщі, Чехії та Словаччини) на демократичному шляху.

Методи правового прогнозування та державно-правового моделювання є логічним продовженням частково наукового методу моделювання. Вони дозволяють досліджувати державно-правові явища, процеси та інститути на їхніх моделях, тобто через уявне, ідеальне відтворення об'єктів, що досліджуються. Метод державно-правового моделювання як спосіб вивчення державно-правової дійсності спрямований на відтворення механізму дії держави і права, процесів правового регулювання [9]. Ці методи дозволили на основі врахування досвіду країн Центрально-Східної Європи запропонувати окремі зміни до українського законодавства і усі названі методи, безумовно, необхідні для проведення повноцінного, всебічного, завершеного історико-правового дослідження.

### **Література:**

1. Кельман М. С. Теорія держави: [навч. посіб.] / М. С. Кельман. – Тернопіль, 1997. – 330 с.

2. Бобровик С. В. Компроміс і конфлікт: методологічні підходи до дослідження / С. В. Бобровик // Правова держава. – К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – 2009. – Вип. 20. – С. 110–117.
3. Рабінович П. М. Наука філософії права: до характеристики предмета й методології / П. М. Рабінович // Проблеми філософії права. – К.; Чернівці: Рута, 2003. – Т. 1. – С. 22–25.
4. Оніщенко Н. М. Міжнародна поліцейська енциклопедія: у 10 т. / Н. М. Оніщенко; [відп. ред. Ю. І. Римаренко, Я. Ю. Кондратьєв, В. Я. Тацій, Ю. С. Шемшученко]. – К.: Ін Юре, 2003. – 1232 с.
5. Мірошниченко М. Системно-інформаційний підхід у дослідженні правової системи / М. Мірошниченко // Право України. – 2006. – № 8. – С. 35–38.
6. Волошин Ю. О. Юридична енциклопедія: принцип: в 6 т. / Ю. О. Волошин; [редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.]. – К.: Українська енциклопедія. – 2003. – Т. 5. – 736 с.
7. Тарахонич Т. І. Методологічні підходи та принципи дослідження правового регулювання / Т. І. Тарахонич // Часопис Київського університету права. – 2009. – № 3. – С. 15–19.
8. Рабінович П. М. Основи загальної теорії держави та права [навч. посіб.] / П. М. Рабінович. – [вид. 6-те]. – Х.: Консум, 2002. – 160 с.
9. Скакун О. Ф. Теория государства и права: [учебник] / О. Ф. Скакун. – Х.: Консум; Ун-т внутр. дел, 2000. – 704 с.
10. Селіванов В. М. Право і влада суверенної України: методологічні аспекти: [монографія] / В. М. Селіванов. – К.: Ін Юре, 2002. – 724 с.
11. Тихомиров О. Юридична компаративістика як сучасний етап розвитку порівняльного правознавства / О. Тихомиров // Право України. – 2006. – № 5. – С. 34–36.
12. Загальна теорія держави і права / [за ред. В. В. Копейчікова]. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – 320 с.

*ОБОРОТОВ Ігор*

## **ЕТНОФІЛЕТИЧНІ ВІДГОЛОСКИ «РУСЬКОГО МІРУ»**

Коріння тієї ситуації, яка розвивається останнім часом в Україні та Росії, думається слід шукати не лише у економічній та політичній сферах, але й у церковному житті Руської Православної Церкви, яка під проводом нинішніх ієрархів пішла шляхом зрощення з державною владою, ідеологізації та висування тез про служіння Церкви народів та державі, духовної виключності руського народу тощо. Для аналізу

ключового концепту «Руського міру», який визначає головний ідеологічний напрям державної та церковної (як би парадоксально це не звучало) політики останніх років, пропонується взяти за основу категорію етнофілетизму, введену у обіг в 1872 р.

У 1980 році в Болоньї було опубліковано доповідь протопресвітера Іоанна Мейендорфа «Церковний регіоналізм: структури спілкування або прикриття для сепаратизму?», де автор простежує зародження та розвиток у лоні Церкви націоналістичної ідеології, яка вимагає створення автокефальних церков за етнічною ознакою. Процес, який розпочався у IV ст. з орієнтації церковної організації на адміністративно-територіальний поділ Римської імперії (прав. 4,5 I Всел. собору) і йшов по шляху співробітництва, а потім зрощення церковної влади із світською, дійшов до логічного завершення у XVIII–XIX ст.ст. із формуванням держав-націй, зародженням націоналістичних рухів.

Утворення у IV ст. каноніко-територіальних одиниць (епархій, діоцезів, екзархатів, митрополичих округів тощо) призначалося для забезпечення ефективного внутрішньоцерковного управління і не мало роз'єднуючого характеру, навпаки, підкреслюючи кафолічну (вселенську) природу Церкви, яка охоплює увесь світ. За словами апостола Павла «нема ні Елліна, ні Іудея, обрізання і необрізання, чужоземця і Скифа, невільника й вільного, а все й у всьому Христос» (Кол. 3:11), тобто для християн не має значення ні раса, ні національність, ні походження, ні соціальний статус. Як влучно зазначає о. Данило Сисоєв, «православні християни – переконані глобалісти, піддані всесвітньої імперії Господа Ісуса Христа, отже для нас не є цінністю багатоманіття культур у світі» [1, с. 14].

Для позначення християнського ставлення до держави і нації цілком підходить запропонований Д. Сисоєвим термін «уранополітизм» (від грецьк. οὐρανός – *небо*, πόλις – *місто*) –

вчення, яке стверджує зверхність законів Божих над законами земними, вказує на небо, як на справжню батьківщину християн (адже небо – це місце, де живе Отець небесний). Уранополітизм означає всесвітнє братство у Христі, закликає до звільнення від поділу людей за такими умовними критеріями, як етнічна приналежність, мова, колір шкіри, громадянство тощо. Думається, що це не тільки цілком відповідає євангельській антропології, за якою усі рівні перед Богом, але й послужило підґрунтям концепції прав людини, яка в першу чергу звертає увагу на рівність усіх людей перед законом і судом.

Однак із становленням національних держав, зокрема тих, які вийшли з-під владарювання Османської імперії (Греція, Болгарія, Сербія, Румунія) посилювалися націоналістичні тенденції у Церкві – почала висуватися теза про необхідність автокефалізації за державно-національними ознаками. Як зазначає І. Мейендорф, «законний і канонічний регіоналізм, затверджений канонами ранньої Церкви, перетворився у сучасному Православ'ї у націоналізм, що сіє розбрат» [2]. При цьому показово, що «православна церковна влада... нерідко ставала головним виразником націоналістичної ідеології» [2].

Саме за таких обставин відбувся помісний Константинопольський собор 1872 р, який, розбираючи греко-болгарський церковний конфлікт, засудив ересь етнофілетизму (грец. *έθνος* – *нація*, *φυλή* — *плем'я*), яка має такі прояви:

- 1) заснування окремих Церков, які визнають членів одної національності, управляються пастирями тієї ж національності та відторгають членів інших національностей (інакше кажучи – церковний націоналізм);
- 2) співіснування на одній тій самій території декількох незалежних одна від одної Церков однієї й тієї ж віри.

Таким чином, Церква намагалася повернутися (хоча й не без політичної підоснови) до древнього принципу територіальності: церковна влада здійснюється за територіальною, а

не за етнічною ознакою, адже Церква є вселенським богочелюдьським організмом, Тілом Христовим, яке очолюється Самим Ісусом Христом. І жодного значення не має національність вірянина або священника, які беруть участь у Таїнствах.

Поряд із тим, існує поняття церковної діаспори – групи людей, об'єднаних за національно-культурними та мовними ознаками, які компактно проживають на канонічній території іншої Помісної Церкви. Виходячи з 131-го правила Карфагенського собору, слід визнати право такої діаспори на тимчасове перебування під канонічною юрисдикцією іншої Помісної Церкви (наприклад, існування грузинських та болгарських церковних громад на канонічній території Української Православної Церкви). Церковні правила не дають можливості чітко відповісти на питання про тривалість існування «екстериторіальних» церковних громад та канонічні наслідки цього, але врешті-решт єдиним можливим канонічним наслідком видається входження наявних парафій, утворених діаспорою, до складу Помісної Церкви, на території якої вони перебувають. При цьому, думається, було б розумним залишення для цих парафій певної автономії у питаннях богослужбової мови та обрядів.

Задля повноти огляду зазначимо, що професор В. А. Ципін у своєму «Курсі канонічного права» зазначає, що можливий ще один варіант розвитку подій – утворення нової автономної або автокефальної Церкви [3, с. 279], але це можливо лише за умови відсутності на цих територіях іншої Православної Церкви (як це було у випадку із утворенням Православної Церкви у Америці або Польської Православної Церкви). Якщо ж мова йде про канонічну територію іншої Православної Церкви, то утворення нової автокефальної або автономної Церкви прямо суперечитиме 8-му правилу I-го Нікейського Собору, яке прямо встановлює: «не має бути двох єпископів у місті» (втім, це правило стосується лише правлячих архієреїв і не розповсюджується на вікарних єпископів та хор

єпископів, підпорядкованих правлячому архієреєві) та, знов таки, може кваліфікуватися як етнофілетизм.

Для відмежування здорової церковної практики автономізації та автокефалізації Церков зазначимо, що ключовою ознакою етнофілетизму є намагання всіляко обґрунтувати виключність того чи іншого народу та створити не просто Помісну Церкву, що територіально розташовується у певній державі (або її частині), а Церкву, яка намагається бути моноетнічною, яка перебирає на себе функцію збереження певної «національної ідеї».

Проблема етнофілетизму у сучасній РПЦ у зв'язку із ідеологією «Руського міру» вже неодноразово ставала предметом досліджень у середовищі православних теологів та релігієзнавців, тим не менше, каноніко-правовий аналіз цього питання проводився як дещо другорядне.

Зазначимо, що основним джерелом інформації про ідеї «Руського міру» є виступи та проповіді ієрархів РПЦ, зокрема, Патріарха Московського та всієї Русі Кирила (Гундяєва). Однак у церковного проекту є й офіційне світське віддзеркалення з тією ж назвою, але більш вузьким наповненням: у 2007 році для просування ідей «Руського міру» Указом Президента РФ від 21.06.2007 р. № 796 було створено однойменний фонд, очолений політиком та істориком В. Ніконовим. Ідеологія «Руського міру» виходить з тези про те, що «Руський мір – це не тільки руські, не тільки росіяни, не тільки наші співвітчизники в країнах ближнього і далекого зарубіжжя, емігранти, вихідці з Росії та їхні нащадки. Це ще й іноземні громадяни, які говорять російською мовою, які вивчають або викладають її, всі ті, хто щиро цікавиться Росією, кого хвилює її майбутнє» [4].

Своєрідним церковним маніфестом ідей «Руського міру» в церковному середовищі, думається, можна вважати тези, сформульовані у доповіді викладача МДАіС ієромонаха Євфимія (Моїсєєва), опублікованій науковим богословським пор-



талом «Богослов.Ru» [5]. Зокрема, звернемо увагу на такі положення:

- Концепт «Руський мір» розкривається як спільнота усіх людей, які ідентифікують себе із Руською цивілізацією, основоположним принципом якої є Православ'я;
- «Руський народ» є суперетносом, який утворюється з православних народів і окремих православних людей, які свідомо і вільно «бажають належати Руському міру і бути частиною Руської цивілізації»;
- Територією «Руського міру» є канонічна територія Руської Православної Церкви;
- Поновлення канонічної єдності РПЦ та РПЦЗ є проявом вселенського характеру «Руського Православ'я»;
- Лише Руська Церква і руський народ, як єдиний православний суперетнос, здатні знов актуалізувати вселенський характер Православ'я і тим самим позбавити Помісні Церкви від спокуси націоналізації та маргіналізації.

Цікаво, що нинішні ієрархи РПЦ починають з підміни понять, майже цілковито ототожнюючи поняття «руський» і «православний», стверджуючи що руськими стають не за походженням, а за духом, зокрема, через Таїнство Хрещення. Ця ідея відображена і в п. 3 гл. I Статуту РПЦ 2000 р., де визначається, що юрисдикція РПЦ охоплює «осіб православного сповідання, що проживають на канонічній території Руської Православної Церкви ..., в також на православних, що добровільно входять до неї і проживають в інших країнах». Подібний вихід за межі канонічної території суперечить еклезіології Нового Завіту, яка виражається у формулі «одне місто – один єпископ – одна церква» і підкріплюється такими положеннями: «намагався я благовістити не там, де вже відоме ім'я Христове, щоб не будувати на чужій основі» (Рим. 15:20); «хай не буде двох єпископів у місті» (I Вселенського Собору прав. 8); «єпископ хай не осмілюється за межами своєї єпархії творити хіротонії у містах і селах, йому не підпорядкованих» (35-те Апостольське правило). Як слушно зазначає архімандрит Григорій (Папатомаc), сучасна РПЦ та деякі інші Помісні Церкви бачать за межами власної канонічної території

лише діаспору і фактично не визнають канонічного існування інших Помісних Церков [6].

Крім того, така постановка питання суперечить новозавітному розумінню сутності Хрещення, яка виражена у словах апостола Павла: «Усі ми одним Духом хрестилися в одне тіло. Іудеї або Еліни, раби або вільні, і усі напоєні одним Духом» (1 Кор. 12:13). Через Таїнство Хрещення людина стає *християнином*, але не руським, греком або румуном, оскільки християнство за своєю сутністю скасовує будь-які національні кордони, проголошуючи що християни, в першу чергу, є братами і сестрами у Христі. Відступлення від цих засад провокує виникнення у Церкві націоналізму – за висловом о. Дмитра Сисоева – «одного з найбільш небезпечних знарядь сатани» [1, с. 16].

Зазіхання Руської Церкви, як і будь-якої іншої, на вселенський характер вивертають навиворіт Х член Символу Віри, який називає Церкву «єдиною, святою, соборною й апостольською» і нагадують середньовічні претензії Римської Церкви на статус вселенської (*καθολικός*). Виходить, що Руська Церква, не задовольняючись статусом автокефальної і прикриваючись гучними лозунгами про захист Православ'я у всьому світі, претендує не просто на отримання почесного статусу Вселенської (який історично належить Константинопольському Патріархатові), але й на отримання реальних важелів впливу на інші автокефальні Церкви, що читається між рядків публікацій прибічників «Руського міру». Так, твердження месіанського характеру Руської Церкви руського народу, що знаходить прояв у концептах «Святої Русі», «Третього Риму», висувають «руський суперетнос» на виключне місце, підігріваючи таким чином націоналістичні тенденції і сприяючи поширенню ксенофобії і шовінізму.

Цікаво, що «руський» етнофілетизм прикривається звинуваченнями у цій ересі на адресу представників інших народів, зокрема, російський історик і релігійний публіцист

В. Ю. Венедіктов зазначає, що «боротися з етнофілетизмом треба здоровим, нормальним націоналізмом. Руські націоналісти («у доброму сенсі цього слова») мають витіснити «українських», грузинських, прибалтійських та інших етнофілетистів.... Від Росії залежить вирішення найближчої світової долі. Що нас чекає попереду? Глобальний етнофілетизм (велика кількість карликових держав по всьому світу, які постійно ворогують один з одним) або всезагальний руський мір?» [7]. У цьому тексті, написаному особою, яка перебуває на посадах відповідального секретаря одразу двох організацій – Інституту динамічного консерватизму та Товариства християнської просвіти, явно простежується зверхне ставлення до усіх *не-руських* (про що, зокрема, свідчить написання слова «українці» у лапках) та претензія на сакральне, навіть сотеріологічне значення руського народу.

Завершуючи цей стислий і поверхневий аналіз категорії «Руський мір», зазначимо, що він неодмінно має стати предметом прискіпливого каноніко-правового аналізу. Попередня розвідка у цьому напрямку дозволяє стверджувати, що цей концепт, розпропагований як офіційними колами РПЦ, так і державними інституціями РФ, має чітку націоналістичну спрямованість, закликає до культурної, мовної, релігійної експансії, але найголовніше – суперечить основам канонічного права та самим засадам Християнства, заражаючи Церкву, яка є наднаціональною і вселенською, духом секулярного націоналізму, ксенофобії і шовінізму. Такі руйнівні внутрішньоцерковні процеси вже засуджувалися як єресь етнофілетизму у XIX ст., а тепер у нових, більш масштабних формах мають місце і у концепції «Руського міру».

### **Література:**

1. Сысоев Д., свящ. Гражданин неба / Священник Даниил Сысоев. – М. : Благотворительный фонд «Миссионерский центр имени иерея Даниила Сысоева», 2012.
2. Мейендорф И., протопресв. Церковный регионализм: структуры обшчения или прикрытiе для сепаратизма? / протопресвитер Иоанн

- Мейендорф, пер. с англ. Ю. Вестеля. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://orthodoxy.org.ua/uk/dopovidy\\_ta\\_promovi/2007/02/07/5580.html](http://orthodoxy.org.ua/uk/dopovidy_ta_promovi/2007/02/07/5580.html)
3. Цыпин В. Курс канонического права : учебное пособие / Протоиерей В. Цыпин. – Клин : Христианская жизнь, 2004.
  4. Информационный портал фонда «Русский мир». [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://russkiymir.ru/fund/>
  5. Евфимий (Моисеев). Русская Церковь как основа Русского мира, Русский мир как основа Вселенской Церкви / Иеромонах Евфимий (Моисеев). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.bogoslov.ru/text/501891.html>
  6. Григорий (Папатомаc). Наша пост-экслезіологічна епоха / Архимандрит Григорий (Папатомаc) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://arhiv.orthodoxy.org.ua/node/14566#\\_ftn4](http://arhiv.orthodoxy.org.ua/node/14566#_ftn4)
  7. Венедиктов В. Русский мир / Вадим Венедиктов. // Русская народная линия. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://ruskline.ru/news\\_rl/2008/09/01/russkij\\_mir\\_ili\\_global\\_nyj\\_e\\_tnofiletizm/](http://ruskline.ru/news_rl/2008/09/01/russkij_mir_ili_global_nyj_e_tnofiletizm/)

*ПАЛІЮК Василь*

## **ВІДСУТНІСТЬ ЄДНОСТІ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ В ДЕРЖАВІ СУПЕРЕЧИТЬ ПРИНЦИПУ ПРАВОВОЇ ВИЗНАЧЕНОСТІ**

Аристотель, риторична діяльність якого суттєво відрізнялася від риторики його попередників, зокрема і Платона, зробив доречний висновок, що: «добре складені закони головним чином повинні, наскільки це можливо, все визначати самі і залишати якомога менше місця свавіллю суддів, перше, тому що легше знайти одного або небагатьох, ніж багатьох таких людей, які мають правильний напрямок думок і здатні видавати закони і ухвалювати вирокі. Крім того, закони приймаються людьми на підставі довготривалих роздумів, судові ж вирокі ухвалюються на швидку руку, а тому суддям, які відправляють правосуддя, досить важко на якому рівні розрізняти справедливе і корисне» [1, с. 5]. Важливо, що вказані думки видатного старогрецького мислителя, які були викладені того часу (приблизно 355 р. до н.е.), не втратили свого значення і сьогодні. Тому сучасні фахівці за

Аристотелем досить слушно повторюють, що: «судді із різним досвідом та різними поглядами на життя в одній і тій же судовій колізії можуть приймати рішення із різною мотивацією, і, навіть, інколи прямо протилежні» [5, с. 109].

Для підтвердження викладеного доцільно навести наступну правову норму. Відомо, що однією із підстав для скасування рішення суду першої інстанції і ухвалення нового рішення або зміни рішення в апеляційному провадженні, відповідно до положень п. 4 ч. 1 ст. 309 ЦПК України, є порушення або неправильне застосування судом нижчої ланки норм матеріального або процесуального права. Між тим, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ – основним завданням якого є забезпечення єдності судової практики – по різному тлумачить у подібних правовідносинах одні і ті ж самі норми п. 4 ч. 1 ст. 309 ЦПК України в контексті застосування п. 1 ст. 1 Закону України «Про мораторій на стягнення майна громадян України, наданого як забезпечення кредитів в іноземній валюті» від 3 червня 2014 р. № 1304-VII (далі – Закон України від 3 червня 2014 р. № 1304-VII), який набрав чинності 7 червня 2014 р.

Загальновідомо, що Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ на підставі ст. 32 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 7 липня 2010 р. № 2453-VI уповноважений розглядати справи відповідної судової юрисдикції в касаційному порядку згідно з процесуальним законом (п. 1 ч. 1) та надавати методичну допомогу судам нижчого рівня з метою однакового застосування норм Конституції та законів України у судовій практиці на основі її узагальнення та аналізу судової статистики (п. 4 ч. 1). Однак, вказані вимоги не завжди дотримуються, що підтверджується наступними прикладами із судової практики.

У першому випадку рішенням апеляційного суду Рівненської області від 16 червня 2014 р. скасовано рішення Рівненського міського суду Рівненської області від 12 березня 2014 р.

та ухвалено нове рішення про відмову у позові по цивільній справі за позовом публічного акціонерного товариства комерційний банк «ПриватБанк», оскільки суд першої інстанції, на думку апеляційного суду, помилково не застосував Закон України від 3 червня 2014 р. № 1304-VII. Тоді як, ухвалою від 1 жовтня 2014 р. колегії суддів судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ по зазначеній вище справі скасовано рішення апеляційного суду Рівненської області від 16 червня 2014 р. При цьому, в її тексті підкреслено, що: «сам по собі наведений вище Закон України від 3 червня 2014 р. № 1304-VII не може бути підставою для скасування рішення суду першої інстанції, оскільки на час його ухвалення місцевий суд і не міг його застосувати, так як його не існувало, а апеляційний суд перевіряє законність і обґрунтованість рішення суду першої інстанції з огляду на те законодавство, яке існувало на час його ухвалення». Отже, на думку вказаної вище колегії суддів судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, згаданий раніше апеляційний суд не вправі був застосовувати Закон України від 3 червня 2014 р. № 1304-VII і, тим більше, скасовувати рішення суду першої інстанції з посиланням на п. 4 ч. 1 ст. 309 ЦПК України, оскільки на момент розгляду справи у місцевому суді ще не був прийнятий Закон України від 3 червня 2014 р. № 1304-VII. Хоча на час апеляційного провадження, що вбачається із часу його опублікування, він уже набув чинності.

Щодо другого випадку неоднакового застосування п. 4 ч. 1 ст. 309 ЦПК України, то рішенням апеляційного суду Чернівецької області від 5 червня 2014 р. скасовано рішення Першотравневого районного суду м. Чернівці від 4 березня 2014 р. та ухвалено нове рішення про відмову у позові у цивільній справі за позовом публічного акціонерного товариства «Банк «Фінанси та Кредит» про визнання договору іпотеки не дійс-

ним. Разом з тим, ухвалою від 15 жовтня 2014 р. колегії суддів судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ по зазначеній вище справі скасовано рішення апеляційного суду Чернівецької області від 5 червня 2014 р., а справу передано на новий розгляд до цього ж апеляційного суду. При новому розгляді справи, як наголошено в тексті згаданої вище ухвали, необхідно, поміж іншого, «врахувати положення Закону України від 3 червня 2014 р. № 1304-VII». Таким чином, позиція іншої колегії суддів судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ полягає у тому, що суди повинні застосовувати норми Закону України від 3 червня 2014 р. № 1304-VII, незважаючи на те, що він не був чинним на момент розгляду справи у місцевому та апеляційному судах. Отже, можна припустити, що у цьому випадку, на відмінну від першого, у апеляційного суду були підстави для скасування рішення суду першої інстанції з посиланням на п. 4 ч. 1 ст. 309 ЦПК України.

Верховний Суд України, як найвищий судовий орган у системі судів загальної юрисдикції, переглядає, поміж іншого, справи з підстав неоднакового застосування судами (судом) касаційної інстанції однієї і тієї ж норми матеріального права у подібних правовідносинах у порядку, передбаченого процесуальним законом (п. 1 ч. 2 ст. 38 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 7 липня 2010 р. № 2453-VI). Зазначена норма дає підстави вважати, що основне призначення вищого судового органу держави полягає не просто у здійсненні правосуддя, а «у забезпеченні однакового тлумачення і застосування закону всіма судами. Його завданням є не тільки виправлення судових помилок, допущених у конкретних справах, а й передусім, забезпечення єдності судової практики» [4, с. 7].

Між тим, Верховний Суд України на момент цього дослідження не розглядав справ щодо неоднакового застосування судами (судом) касаційної інстанції у подібних правовідносинах однієї і тієї ж норми Закону України від 3 червня 2014 р. № 1304-VII в контексті п. 4 ч. 1 ст. 309 ЦПК України. Отже, наведені вище розбіжності в судовій практиці Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ щодо особливостей застосування одних і тих же норм, продовжують існувати.

Тоді як, позитивним прикладом, коли Верховний Суд України забезпечував правильне й однакове застосування судами загальної юрисдикції національного законодавства, може бути вирішення земельних спорів, зокрема, щодо вирішення спірних питань, які стосуються визначення правового статусу земель водного фонду України та земельних ділянок, які виділяються під прибережні захисні смуги.

Відомо, що за змістом ст. 58, частин 2 та 3 ст. 60, ст. 61 ЗК України, ст.ст. 4, 87, 88, 89 ВК України (у редакціях, які були чинними на час виникнення правовідносин) та пунктів 4, 5 Порядку визначення розмірів і меж водоохоронних зон та режиму ведення господарської діяльності в них, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 8 травня 1996 року № 486 землі під водними об'єктами загальнодержавного значення не могли передаватись у власність громадян, оскільки є землями водного фонду України. До того ж, положення ст.ст. 60 ЗК України та ст.ст. 88 ВК України (у редакціях, які були чинними на час виникнення правовідносин) ведуть мову про прибережні захисні смуги, правовий режим яких визначається ст.ст. 60–62 ЗК України та ст.ст. 1, 88–90 ВК України.

Цікаво, що одні суди першої інстанції, з висновками яких погоджувалися суди апеляційної та касаційної інстанції, вважали, що для вирішення спору необхідна наявність відповідного проекту землеустрою, який свідчив би про те, що спірні земельні ділянки відносяться до земель водоохоронних зон і



прибережних захисних смуг. Тому його відсутність, як доказів в матеріалах справи, на їх думку, не може бути підставою для задоволення позову про визнання не дійсними договорів щодо таких земель, які оспоруються в суді. В той же час, інші суди, включаючи суд касаційної інстанції, дотримувалися протилежної точки зору. І, як наслідок таких протиріч при тлумаченні одних і тих же правових норм, з однієї сторони, в державі не забезпечувалась однотипна судова практика, а з іншої – породжувалися незаконні схеми набуття права власності на вказані вище категорії земель. Тому, наприклад, постановою судової колегії з цивільних справ Верховного Суду України від 19 листопада 2014 р., з метою забезпечення єдності судової практики, була скасована ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 15 травня 2014 р., а справа – направлена на новий касаційний розгляд. В її тексті зазначено, що: «відсутність окремого проекту землеустрою щодо встановлення прибережної захисної смуги не свідчить про відсутність самої прибережної захисної смуги, оскільки її розміри встановлені законом».

До того ж, в контексті наведених вище спорів щодо правового статусу земель водного фонду України та земельних ділянок, які виділяються під прибережні захисні смуги, у постанові Верховного Суду України від 22 травня 2013 р., яка ухвалена одночасно судовими палатами у адміністративних, господарських та цивільних справах Верховного Суду України, зазначено, що: «дерев'яний паркан, який розміщений по периметру орендованої С. земельної ділянки, має характер обмеження орендного користування та обмеження стороннього впливу на використання земельної ділянки відповідно до її цільового призначення, а не є наслідком господарської діяльності, види якої заборонено цими нормами і які потенційно можуть негативно впливати на стан водних об'єктів забрудненням, засміченням тощо».

Натомість, слід визнати, що, на жаль, існують правові позиції Верховного Суду України які неоднаково тлумачать одну і ту ж норму матеріального права у подібних правовідносинах. Безспірно, що така ситуація: 1) «руйнує єдність державного правопорядку, послаблює силу закону і підриває принцип рівності всіх громадян перед законом» [2, с. 174]; 2) «не може забезпечити однакове застосування правової норми, не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці і неминуче призводить до сваволі» (п. 5.4 рішення Конституційного Суду України від 22 вересня 2005 р. у справі про постійне користування земельними ділянками). Наприклад, «важко оцінити навмисно чи не навмисно суддя припустився помилки, якщо існують два суперечливих рішення вищих судових інстанцій і цю суперечливість не можна усунути» [3, с. 5]; 3) «порушує принцип юридичної визначеності» (п. 62 рішення Європейського суду з прав людини (далі – Євросуд) у справі «Брумареску проти Румунії» (1999).

На завершення слід звернути увагу на усталену практику Євросуду, який в контексті ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція), наголосив, що: «незважаючи на те, що розбіжності суду, за своєю природою, є невід’ємним наслідком будь-якої судової системи, яка базується на мережі судів та апеляційних судів з повноваженнями в області їх територіальної юрисдикції. Тим не менш, роль вищого суду полягає в тому, щоб вирішувати ці протиріччя. Подібна практика, що склалася у вищій судовій владі країни, сама по собі суперечить принципу правової визначеності, яка витікає з усіх статей Конвенції, і є одним з фундаментальних елементів верховенства права» (пункти 36–37 рішення Євросуду у справі «Беян проти Румунії» (2007).

### **Література:**

1. Аристотель. Риторика. В кн.: Античные риторики. Перевод Н. Платоновой. – М., 1978. – 350 с.
2. Васьяковский Е.В. Курс гражданского процесса. – Т. 1. – М., 1913. – 345 с.

3. Городовенко В. Забезпечення єдності судової практики в Україні є надзвичайно важливим як для судової системи, так і для суспільства // Вісник Верховного Суду України. – 2012. – № 3. – С. 4–7.
4. Романюк Я. М. Єдність судової практики: теоретичні засади та вдосконалення законодавчого забезпечення. В кн.: Забезпечення єдності судової практики – основне завдання вищих судових органів держави: Матер. міжнар. наук.-практ. конф. 19 квітня 2012 р. – К.: АДЕФ, 2012. – 224 с.
5. Трофімова Л. В. Про не процесуальні аспекти діяльності Верховного Суду України у забезпеченні однотипності судової практики. В кн.: Забезпечення єдності судової практики – основне завдання вищих судових органів держави: Матер. міжнар. наук.-практ. конф. 19 квітня 2012 р. – К.: АДЕФ, 2012. – 224 с.

*ШАПІРКО Петро*

## **МЕТОДОЛОГІЧНА СКЛАДОВА НАУКИ ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ**

В системі юридичних наук наука оперативно-розшукова діяльність (далі – ОРД) займає місце міжгалузевої інтегративної науки, що взаємодіє: з теорією держави і права; конституційним правом; кримінальним правом; кримінально-процесуальним правом; кримінально-виконавчим правом; криміналістикою; кримінологією; митним правом; адміністративним правом; юридичною психологією тощо.

Система знань про ОРД володіє таким важливим для соціогуманітарного знання критерієм науковості як суспільна значущість. Зокрема, в умовах сучасного громадянського суспільства та правової держави однією з найважливіших цілей науки оперативно-розшукової діяльності є знаходження балансу між ефективністю оперативно-розшукових заходів і дотриманням прав і свобод людини, режиму законності. У межах свого предмету «оперативно-розшукова діяльність» призначена забезпечувати реалізацію правоохоронної (юрисдикційної) функції права, тобто захищати властивими їй специфічними засобами права людини, суспільство і державу від злочинних посягань [1, с. 58–62]. У цьому полягає

найважливіший прояв соціальної ролі оперативно-розшукової діяльності. Формування теорії оперативно-розшукової діяльності як самостійної галузі наукового знання зумовлено специфічними потребами соціальної практики, які не може задовольнити ніяка інша наука, не «зрадивши» своєму предмету.

Структура методології науки ОРД, за уявленнями її сучасних класиків, постає у такому вигляді:

- *діалектичний метод наукового пізнання*. Діалектичний метод дозволяє досліджувати явища та процеси ОРД у розвитку, динаміці; виявляти фактори, що впливають на організацію і якість ОРД; знайти кількісний вираз ефективності діяльності оперативних апаратів; виявити в ОРД необхідне і випадкове, сутність і явище, загальне та особливе, закономірність та випадковість; визначити соціальні детермінанти та перспективи розвитку ОРД тощо;
- *загальнонаукові методи дослідження*: метод логічної обробки матеріалів; історико-логічний метод; математичний і статистичний методи; соціологічні методи; психологічні і соціально-психологічні методи; системно-структурний метод; метод моделювання; теоретико-експериментальний метод; програмно-цільовий метод [2, с. 108–109; 3, с. 3–9; 4, с. 14–25].

На нашу думку, вагоме місце в системі методології займають закони та прийоми логіки (назва цього методу, надана О. Ю. Шуміловим, уявляється невдалою). Такі прийоми мислення як аналіз та синтез, індукція та дедукція, абстрагування та сходження від абстрактного до конкретного застосовуються в усіх сферах наукового пізнання, а стосовно науки ОРД вони є необхідними, передусім, для виявлення прогалин та колізій у правовому регулюванні ОРД.

Методи математичної і статистичної наук є необхідними для опрацювання практики ОРД, яка включає тисячі фактів застосування норм права та інших юридично значущих фактів. Їхня основа – матеріали кримінальної та оперативно-службової статистики, яка в широкому сенсі може розглядатися як узагальнені відомості соціального, кримінологічного

та організаційно-тактичного характеру, отримані правоохоронними органами шляхом проведення регулярних вимірювань за єдиною системою показників.

Особливо слід акцентувати увагу на соціологічних методах дослідження. По-перше, тому, що за правильним визначенням В. О. Четверніна, юриспруденція є частиною соціології [5, с. 5]. По-друге, тому що наука ОРД так чи інакше пов'язана з аналізом суспільно-значущої поведінки людей, закономірності якої складають, в кінцевому рахунку, її предмет. Використовуючи соціологічні методи, наука ОРД з'ясовує стан оперативно-розшукової практики і суспільне ставлення до цього виду діяльності, її ефективність у протидії злочинності, виявляє потребу у розробці нових юридичних норм або зміни чинних [6, с. 39].

Психологічні та соціально-психологічні методи дослідження дозволяють вирішити, передовсім, практичні завдання науки ОРД, а саме – виявити закономірності поведінки учасників кримінального процесу, гласних та негласних учасників кримінального провадження, інших осіб, що потрапили до орбіти кримінального правосуддя. Наприклад, без знань психологічних особливостей підліткового віку навряд чи є можливим проведення будь-яких слідчих дій, учасником яких є неповнолітній.

Системно-структурний підхід застосовується для виявлення організації та взаємозв'язків суб'єктів ОРД, ОРД як системи інституційних та функціональних засобів протидії злочинності, а також зв'язків системи ОРД із середовищем функціонування. Застосування системного підходу до аналізу ОРД дозволяє розглянути її з позицій соціального менеджменту та теорії управління.

Заснований на загальнонауковому міждисциплінарному знанні метод моделювання допомагає побудувати віртуальні моделі досліджуваних наукою ОРД явищ, у тому числі – модель діяльності суб'єкта ОРД, модель організації системи ОРД тощо.

Він є незамінним для вироблення пропозицій щодо удосконалення ОРД та її правового регулювання [7, с. 295–302].

За своєю сутністю наука ОРД відноситься до юридичних наук. Тому об'єктивний аналіз передумов формування оперативно-розшукових знань появи певної їх системи, особливостей розробки та використання засобів і методів необхідно здійснювати, виходячи із існуючої сукупності правових норм. Традиційно у системі юридичних наук виокремлюють теоретико-історичні, галузеві, міжгалузеві, організаційні, прикладні та міжнародно-правові юридичні науки. Щодо теорії оперативно-розшукової діяльності, то її традиційно відносять до прикладних (спеціальних) юридичних наук, тоді, як уявляється, її місце має бути визначено за допомогою загально-теоретичної юриспруденції. На нашу думку, базові елементи теорії ОРД можуть бути пізнані виключно у межах загальної теорії права і держави та соціології права, а її прикладні компоненти – за допомогою наук кримінально-правового циклу та юридичної психології. Отже, в системі юридичних наук наука ОРД повинна зайняти місце міжгалузевої інтегративної науки. Вона взаємодіє: з теорією держави і права; конституційним правом; кримінальним правом; кримінально-процесуальним правом; кримінально-виконавчим правом; криміналістикою; кримінологією; митним правом; адміністративним правом; юридичною психологією тощо.

Оперативно-розшукова теорія – це юридична наука, яка знаходиться на етапі становлення й формування, вона вивчає закономірності механізму злочинних діянь і протидії кримінального середовища, відображення їх в джерелах інформації, а також особливості діяльності суб'єктів оперативно-розшукової діяльності, що здійснюється в ході вирішення покладених на них законом завдань та розробляє на цій основі правові, організаційні, методичні й тактичні основи оптимального застосування оперативно-розшукових сил, засобів і методів у боротьбі зі злочинністю.

Оперативно-розшукова теорія – це синтетична наука, призначена для теоретичної розробки й обґрунтування правомірного й оптимального застосування оперативно-розшукових сил, засобів і методів впливу на злочинність. Вона є комплексом наукових знань юридичного характеру про закономірності й різні аспекти оперативно-розшукової діяльності в їх єдності й взаємозв'язку, її історичній ретроспективі, перспективах розвитку й місці в системі наук, а також про аналоги за кордоном. На сьогодні єдиної (загальної) оперативно-розшукової теорії для всіх суб'єктів, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, не створено. Найбільш повно у юридичній літературі досліджені теоретичні питання оперативно-розшукової діяльності щодо діяльності органів Міністерства внутрішніх справ, Служби Безпеки України. Тому оперативно-розшукову теорію розглядають як розділ розшукової теорії, що формується, і, одночасно, як основу перетворення сукупності норм про оперативно-розшукову діяльність на нову самостійну галузь права, умовно іменовану «оперативно-розшукове право».

Система оперативно-розшукової теорії на сучасному етапі її формування і подальшого розвитку може бути представлена як взаємозумовлена єдність трьох основних частин:

- загальної – універсальні оперативно-розшукові категорії, поняття, принципи, теоретичні навчання і концепції і т.п., а також методи їх пізнання і розвитку;
- особливої – категоріально-понятійний апарат оперативного процесу, а також процедур адміністративної оперативно-перевірочної роботи і інших специфічних процедур неосновних видів ОРД;
- спеціальної – категоріально-понятійний апарат оперативно-розшукової стратегії, тактики методики і техніки [8].

Сучасна теорія ОРД, визначивши на основі багатого за обсягом та змістом емпіричного матеріалу систему окремих основоположних понять, сформулювавши апробовані практикою рекомендації, повинна розвиватися шляхом подальшої конкретизації власних об'єкту, предмету, методу як

самостійної галузі права [9]. Думається, що саме такий шлях для науки ОРД буде найбільш плідним і може принести конкретні результати, що проявлятимуться, перш за все, у появі не лише теоретичних, але й практичних напрацювань у галузі оперативно-розшукової діяльності.

### **Література:**

1. Захарцев С. И. К вопросу о содержании науки оперативно-розыскной деятельности / С. И. Захарцев // Следователь. – 2009. – № 3. – С. 58–62.
2. Оперативно-розыскная деятельность : учебник / под ред. К. К. Горяинова, В. С. Овчинского, А. Ю. Шумилова. – М. : ИНФРА – М, 2001. – 794 с.
3. Погорецький М. А. Методологія науки оперативно-розшукової діяльності / М. А. Погорецький // Вісник Луганського державного університету внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка. – 2008. – Спец. вип. 4. – № 2. – С. 3–9.
4. Шинкаренко І. Р. Проблеми становлення методології оперативно-розшукової науки на сучасному етапі: класифікація методів ОРД / І. Р. Шинкаренко // Кримський юридичний вісник. – 2008. – № 3. – С. 14–25.
5. Четвернин В. А. Проблемы теории права (для особенно одаренных студентов) [Электронный ресурс] / В. А. Четвернин. – Режим доступа к книге : [http://teoria-prava.hse.ru/files/library/problems\\_2010.pdf](http://teoria-prava.hse.ru/files/library/problems_2010.pdf)
6. Шматов М. А. Теория оперативно-розыскной деятельности в системе уголовно-правовых наук / М. А. Шматов. – Волгоград : ВА МВД России, 2001. – 228.
7. Пчолкін В. Д. Методологія пізнання в теорії ОРД / В. Д. Пчолкін // Науковий вісник Дніпропетровськ. держ. ун-ту внутрішніх справ. – 2011. – № 2. – С. 295–302.
8. Шумилов А. Ю. Курс оперативно-розыскной деятельности: учебник для вузов / А. Ю. Шумилов. – М. : Изд. дом Шумиловой И. И., 2006. – 368 с.
9. Черков В. О. Оперативно-розшукова діяльність на шляху до визнання її окремою галуззю права / В. О. Черков // Вісник ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка: Науково-теоретичний журнал. – 2009. – № 2. – С. 98–104.

*КАШИРСЬКА Дар'я*

## **ЮВЕНАЛЬНА ЮСТИЦІЯ ЯК ФАКТОР ПІДВИЩЕННЯ ПРАВОСВІДОМОСТІ НЕПОВНОЛІТНІХ**

Результати кримінологічних досліджень свідчать, що молодь – це одна з найбільш уражених в економічному плані та найбільш безправна в соціально-правовому відношенні соціальна спільнота, яка живе в умовах підвищеної напруги і пси-



хологічного дискомфорту. Як наслідок, такого становища – з'являються все нові й нові факти зростання в молодіжному середовищі девіантної поведінки, злочинності, наркоманії, токсикоманії, алкоголізму, проституції.

В аналізі причин підвищення дитячої злочинності й шляхів виходу з цієї кризи чи не найважливішим є питання про характер і роль держави в регулюванні процесів здійснення правосуддя щодо дитини. Існуюча системна роз'єднаність діючих державних інститутів, що займаються проблемами неповнолітніх, не дозволяє досягти позитивних результатів у зниженні рівня злочинності серед неповнолітніх та в сфері захисту дитини від кримінального середовища.

Питаннями ювенальної юстиції займаються багато вітчизняних та зарубіжних науковців, зокрема: А. Арутюнов, О. Ведернікова, Г. Ветрова, Я. Гілінський, Т. Давидченко, Б. Ісмаїлов, Д. Корецький, Н. Крестовська, Н. Кузнецова, П. Люблінський, Р. Максудов, Н. Мелешко, Э. Мельникова, П. Михайленко, Н. Яковлева та інші науковці.

Етимологія категорії «ювенальна юстиція» така: юстиція – це суд, судова діяльність держави; правосуддя; сукупність державних органів, що займаються судочинством; ювенальний – молодий, юний (обидва слова латинського походження, як це й прийнято у правознавчій термінології). У найпростішому варіанті «ювенальна юстиція» – це судоустрій та судочинство у справах про правопорушення неповнолітніх.

Як зазначає Н. М. Крестовська, сучасна ювенальна юстиція – це система державних, муніципальних та громадських судових, правоохоронних та правозахисних органів, установ та організацій, що на основі права та за допомогою медико-соціальних і психолого-педагогічних методик здійснюють правосуддя щодо дітей, профілактику та попередження правопорушень дітей та проти дітей, захист прав, свобод та інтересів, а також ресоціалізацію дітей, які перебувають у складній життєвій ситуації [2].

Ювенальне право України є відносно самостійною системою правових норм, спрямованих на забезпечення виживання, розвиток та захист прав, свобод та інтересів дитини. В системі українського права воно є комплексною галуззю права, яка включає матеріальні, процесуальні та організаційно-правові інститути, що закріплюють особливий статус дитини як суб'єкта права, регулюють відносини, одним із учасників (безпосереднім або через представника) яких є дитина, встановлюють компетенції інших суб'єктів права, зобов'язаних опікуватися справами дітей [2, с. 158].

У всьому світі розвивається нова система правосуддя – система ювенального (підліткового) судочинства. Ювенальна юстиція – це сукупність правових механізмів, медично-соціальних, психолого-педагогічних та реабілітаційних, а також інших процедур і програм, призначених для забезпечення найбільш повного захисту прав, свобод та законних інтересів неповнолітніх, а також діяльність осіб, які відповідають за їх виховання, що реалізується системою державних і недержавних органів, установ та організацій. Це система правосуддя щодо неповнолітніх громадян у віці до 18 років, головною складовою якої є суд у справах неповнолітніх.

Основні принципи ювенальної юстиції передусім закріплюють:

- цінність особистості неповнолітнього, який постає перед судом;
- активне використання в судовому процесу за участю неповнолітніх даних, які отримані судом від спеціалізованих допоміжних юридичних установ (служб, органів);
- посилення охоронної функції судів щодо неповнолітнього (посилення судового захисту неповнолітнього як потерпілого, свідка, підсудного, засудженого тощо шляхом закритого судового засідання у справах про злочини неповнолітніх або про злочинні посягання на них, зменшення строку покарання через неповноліття, надання переваги заходам виховного впливу тощо);
- спеціальна підготовка суддів щодо справ неповнолітніх;
- наявність системи спеціалізованих допоміжних служб [3, с. 158].

Ювенальні суди були створені на основі доктрини «*parents patria*» (принципу патерналізму), відповідно до якої держава виконує функцію опікуна чи відповідальної особи за неповнолітніх, захищаючи їх від небезпечного впливу і шкідливого оточення

Метою системи ювенальної юстиції є не покарання молодих людей, а насамперед проведення з ними індивідуалізованого виховання. Цей підхід оснований на двох ідеях: по-перше, підлітки за розвитком ще нездатні повною мірою усвідомлювати свої вчинки; по-друге, вони піддаються впливу, їх ще можливо перевиховати, щоб у майбутньому в них не було бажання вести протиправний образ життя. Таким чином, в ювенальній юстиції правопорушник важливіший, ніж саме правопорушення.

Україна належить до таких країн сучасного світу, де правосуддя у справах молоді (ювенальна юстиція) як самостійної підсистеми загального правосуддя немає.

Сьогодні Україна стала на шлях, який веде до ювенальної юстиції. Реалізація проекту «Ювенальна юстиція в Україні» розпочалася, по суті, на першому засіданні Координаційної ради 20 червня 2003 р. при Верховному Суді України.

Світовий досвід переконує, що створення та ефективне функціонування ювенальної юстиції разом із застосуванням комплексу тактичних і стратегічних заходів із запобігання злочинності є інструментом, що дає змогу забезпечити реальне та суттєве зменшення кримінальних процесів.

Ювенальне право забезпечує правове регулювання стосунків між батьками і дітьми, пов'язаних з турботою батьків про дітей. Воно виступає, передусім, одним із елементів системи заходів, що забезпечують нормальний розвиток підлітків і молоді, та не ізольоване від загальних завдань держави у цій сфері. Неповнолітньому надається допомога в розвитку та вихованні у вигляді соціально-педагогічних пропозицій і послуг. Слід зазначити, що в країнах Європи накопичено

значний досвід у цій сфері. Однією з держав, де успішно розвивається ювенальне кримінальне право, безумовно, є Німеччина. Ювенальне кримінальне право (Jugend-strafrecht) у Німеччині виступає частиною ювенального права, що регулює відносини за участю неповнолітніх. Інші складові ювенального права утворюють право допомоги неповнолітнім і право захисту неповнолітніх. Система санкцій в ювенальному кримінальному праві та практика застосування санкцій судами у справах неповнолітніх в Німеччині безперервно удосконалювалася з кінця XIX ст.

Фундаментальний принцип ювенального кримінального права Німеччини полягає у виховній ідеї, згідно з якою основною метою кримінально-правових заходів, що застосовуються до неповнолітніх, має виступати спеціальна індивідуальна превенція. Законом про суд у справах неповнолітніх (Jugendgerichtsgesetz (JGG)) передбачається, що застосування ювенального кримінального права має запобігти, передусім, новим злочинам молоді людини [3, с. 33].

Ювенальне право України, хоч і має на меті більш гуманне ставлення до неповнолітніх правопорушників, мало уваги приділяє дитині, яка ще нічого не вчинила. Досить часто діти зовсім не знають ні про свої права, ні про свої обов'язки. А та робота, яка проводиться є досить незначною. Думається, для того, щоб в Україні знизився показник малолітньої та підліткової злочинності необхідно проводити виховну роботу з дітьми протягом усього їх навчання з молодших класів. А це, в свою чергу, окреслить для дитини ті самі рамки закону, за які заступати не можна: зумовить підвищення рівня їх правосвідомості та виховання у повазі до права.

### **Література:**

1. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1984. – №51. – Ст. 1122.
2. Крестовська Н. М. Міфи про ювенальну юстицію / Н. М. Крестовська [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://mgu.com.ua/docs/nauchstati/KRESTOVSKA\\_Mifs.pdf](http://mgu.com.ua/docs/nauchstati/KRESTOVSKA_Mifs.pdf)

3. Крестовська Н. М. Ювенальне право України: генезис та соціальний аналіз : дис. ... докт. юрид. наук. / Н. М. Крестовська. – Одеса: ОНЮА, 2008. – 400 с.
4. Мельникова Э. Б. Уголовный процесс по делам несовершеннолетних / Уголовный процесс России. Лекции-очерки. / Э. Б. Мельникова. – М., 1997. – 158 с.
5. Пергатая А. А. Уголовная ответственность несовершеннолетних по законодательству Федеративной Республики Германии : дис. ... канд. юрид. наук. / А. А. Пергатая. – Красноярск, 1999. – 33 с.

*СИМОВА Ірина*

## **МОДЕЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО**

На сучасному етапі розвитку правової системи України під впливом ідеї гармонізації права актуальності набуває таке джерело права, як модельний закон – рекомендований законодавчий акт, який приймається законодавчим інститутом федеративної держави, державного об'єднання або міжнародною організацією з метою погодження нормативної орієнтації суб'єктів законодавчої діяльності членів відповідного об'єднання [1]. Серед авторів, що присвячують увагу даному питанню, слід звернути увагу на таких, як Є. В. Житарев, О. Ф. Скакун, О. В. Зайчук, Б. Н. Лапін, Н. М. Оніщенко, О. М. Іванченко, В. П. Кириленко, Н. М. Пархоменко, О. Л. Копиленко, Ю. Ганглуров, М. Хаустова та інші.

Професор О. Ф. Скакун дає найбільш повне визначення модельних законів: «Модельний закон (англ. model law) – нормативний документ, що рекомендується державами (у міждержавних співтовариствах) і суб'єктами федерації (у національній державі), для прийняття їх в якості національного закону і виступає важливим інструментом зближення законодавства» [2].

Коли йдеться мова про модельні акти, то маються на увазі типові закони, які розробляються на міжнародному рівні, як модель для національних нормативних актів з визначеного

питання [3]. Результатом впровадження модельних актів є: повноцінний законодавчий акт; закон, що встановлює лише загальні або узгодженні принципи регулювання; закон, що регулює лише частину тієї сфери, де в майбутньому будуть прийняті конкретні національні законодавчі акти; закон, що містить зразкові норми, які можуть бути в готовому вигляді включені до тексту конкретного закону; модель кодексу то-що. Однак, як модель можуть виступати і інші нормативні акти, так і лише певні структурні компоненти до них, такі як, акти і положення. Як зазначає Ю. О. Тихомиров, різновидами модельних актів є загальні принципи, основні засади, зразковий закон, основні умови, основні положення [4].

Правове моделювання має ряд суттєвих переваг, насамперед здатність акумулювати позитивний законотворчий досвід різних країн, навіть тих, що знаходяться на неоднакових стадіях розвитку, дає змогу об'єднати їх зусилля для вирішення загальних насущних проблем, досягти певної спільної мети [5].

Перші модельні акти з'явилися у федераціях, в міждержавних об'єднаннях і в межах певних регіонів. Так, в Пруссії і Австрії в 1858–1859 рр. було запропоновано загальнонімецький Торговий кодекс. Модельний закон як спосіб створення одноманітного правового регулювання використовувався ще наприкінці XIX ст. В США була створена Національна конференція уповноважених з уніфікації права штатів. У 1934 році під керівництвом Джона Біля була розроблена рекомендаційна Збірка правил про конфлікт законів. У 1952 р. Конференцією було розроблено Модельний торговий кодекс, у 1962 р. – Модельний кримінальний кодекс, а у 1984 р. схвалено модельний Закон про підприємницькі корпорації, який магістратури штатів можуть змінювати і скасовувати [6].

На сучасному етапі модельна нормотворчість використовується також на теренах Співдружності Незалежних Держав і в Європейському Союзі [7].

В СНД розробка модельного законодавства покладається на Міжпарламентську асамблею СНД, яка була заснована в 1992 р. в Алма-Аті як консультативний орган для підготовки проектів законодавчих документів, що являють взаємний інтерес. В 1995 р. глави держав СНД підписали Конвенцію про Міжпарламентську асамблею, відповідно до неї МПА одержала офіційний статус міждержавного органу. В 1999 році до Алматинської угоди приєдналася Україна. У своїй діяльності Міжпарламентська асамблея найбільше значення надає питанням, пов'язаним з гармонізацією та зближенням законодавств держав Співдружності. Ця робота втілюється в прийнятих Міжпарламентською асамблеєю модельних законодавчих актах і рекомендаціях, при створенні яких враховується досвід парламентів країн Співдружності і міжнародних парламентських організацій.

Вагоме місце у модельній правотворчості МПА займають акти міжнародного права. Так, при розробці модельного закону «Про загальні принципи організації місцевого самоврядування» використані положення Європейської хартії про місцеве самоврядування. Модельний закон «Про авторське право і суміжні права» та модельний Бібліотечний кодекс укладені в рамках ЮНЕСКО «Угоди про ввезення матеріалів освітнього, наукового і культурного характеру (Флорентійська угода)», а також рекомендації Всесвітньої організації інтелектуальної власності.

В Раді Європи модельною нормотворчістю займається Парламентська Асамблея Ради Європи. Для неї характерним є прийняття рішень у формі рекомендацій урядам, резолюцій, конвенцій, які є обов'язковими для тих держав, які їх ратифікували. Становить інтерес Європейський кодекс соціальних гарантій (Рим, 1990 р.), в якому сформульовані стандарти для національних законів. У 1997 р. Україною ратифікована Європейська хартія місцевого самоврядування, яка набула обов'язкової сили на території нашої країни [8].

Результатами використання європейського модельного законодавства в Україні (розробленого як в рамках Ради Європи, так і Євросоюзу) є: Закони України «Про електронні документи та електронний документообіг», «Про електронний цифровий підпис», видані відповідно до Директиви 99/93/ СЄ Європейського парламенту та Ради Європейського Союзу від 13.12.1999 р. про електронний підпис; Закон України «Про телекомунікації» від 22.05.2003 р., основою якого є модельний закон ЄС.

Існує декілька шляхів втілення в життя модельного нормативного акта: перший – ратифікація модельного нормативного акта, хоча згідно з Статутом СНД це не потрібно, та й сама природа модельного акта передбачає його використання як еталону, стандарту, а не безпосереднього джерела; другий – схвалення модельних нормативних актів [9].

У державах Євросоюзу модельний акт є обов'язковим для внесення його до національного законодавства в повному обсязі, допускаючи відмінності лише на мінімальному рівні.

Перш ніж запровадити модельний закон в національне законодавство, необхідно реально зіставити існуючі умови і зацікавленість у прийнятті даного закону. Модельне законодавство передбачає не лише підготовку повного тексту, а й положень та правил, які застосовують для подібного регулювання певних питань в національному законодавстві. Особливо корисні вони, коли національна законодавча регламентація здійснюється через прийняття не одного, а декількох актів [10].

Застосування модельних законів може не використовуватися у випадку, якщо певні правовідносини вже регулюються нормативно-правовими актами національного законодавства. Так, наприклад, створення Кримінального кодексу України, Сімейного кодексу України базувалося на законодавчих актах колишнього СРСР.

З плином часу та розвитком суспільства виникають нові сфери суспільних відносин, які потребують врегулювання чи



оновлення. У зв'язку з цим в українському законодавстві використовуються модельні закони, які приймалися Міжпарламентською асамблеєю СНД, результатом чого стали, Цивільний кодекс України, Податковий кодекс України, проект Екологічного кодексу.

В Україні в 2011 р. було впроваджено модельні статuti – це типовий документ, установчого характеру, який використовується з метою впорядкування діяльності юридичних осіб. Поняття модельного статуту запроваджено в Законі України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження принципу державної реєстрації юридичних осіб на підставі модельного статуту» від 21.04.2011 р. №3262-VI. Отже, модельний статут можна віднести до модельної правотворчості національного характеру.

Україна, разом з іншими державами, є учасницею декількох міждержавних об'єднань. Зрозуміло, що стандарти модельних законів, не можуть узгоджувати всіх пріоритетів різних держав. На це впливає і політична ситуація всередині країни, і те як законодавча влада буде сприймати ці стандарти, і перетворювати на чинне законодавство. Нині в Україні постає проблема відсутності обов'язкових юридичних процедур з реалізації міжнародних модельних актів.

Використання модельних актів – це важливий аспект, оскільки забезпечує вдосконалення інтеграції та зближення національної правової системи до міжнародних стандартів, вдосконалення внутрішнього права. На законодавчому рівні Україна буде переймати перевірений на практиці досвід європейських країн, обираючи найкраще. Беручи до уваги євроінтеграційні процеси, які активно проходять в Україні, модельне законодавство для національних потреб стає дуже актуальним чинником, який дозволить прискорити входження до ЄС, тому Верховна Рада України здійснюючи законопроектну роботу повинна неодмінно розглядати варіанти використання модельних нормативних актів в національному законодавстві.

### **Література:**

1. Тихомиров Ю. А. Правовые акты / Ю. А. Тихомиров, И. В. Котелевская. – М., 1999.
2. Скакун О. Ф. Теорія держави та права (Енциклопедичний курс): Підручник / О. Ф. Скакун. – Харків: Ескада, 2006. – С. 479.
3. Зыкин И. С. Теория «lex mercatoria» / И. С. Зыкин // Международное частное право: современные проблемы / Отв. ред. М. М. Богуславский. – М., 1003. – С. 399.
4. Тихомиров Ю. А. Курс сравнительного правоведения / Ю. А. Тихомиров. – М.: НОРМА, 1997. – С. 91.
5. Сурко Е. В. Метод социально-правового моделирования в решении задач правотворчества / Е. В. Сурко // Государство и право. – 2003. – №1. – С. 103–106.
6. Тихомиров Ю. А. Курс сравнительного правоведения / Ю. А. Тихомиров. – М.: НОРМА, 1997. – С. 89.
7. Лапин Б. Н. О проблемах межгосударственной интеграции гражданско-процессуального законодательства / Б. Н. Лапин // Актуальные проблемы международного гражданского процесса: Тезисы докладов Междунар. конфер., г. Санкт-Петербург, 10–11 октября 2002 г. – СПб, 2002. – С. 22.
8. Копиленко О., Мурашин Г. Правове моделювання як феномен законотворчості, його значення та практична діяльність у міжнародному і внутрішньому аспектах // Український часопис міжнародного права. – 2003. – №1. – С. 6.
9. Кириленко В. П. Право СНГ в системе международного права / В. П. Кириленко, Ю. В. Мимальченко // Московский журнал международного права. – 2003. – №3 (51). – С.118.
10. Юртаева Е. Д. Вопросы соотношения модельного и национального законотворчества // Вестник межпарламентской ассамблеи. – СПб, 2000. – №3. – С. 189.

**ШЕВЧЕНКО Катерина**  
**КАПЛІЙ Олена**

## **ІНСТИТУТ НАРОДНОЇ ЗАКОНОДАВЧОЇ ІНІЦІАТИВИ ЯК НЕОБХІДНА ФОРМА ПРЯМОЇ ДЕМОКРАТІЇ В УКРАЇНІ**

Актуальність даної теми обумовлена тим, що утвердження в Україні конституціоналізму, як основи організації конституційного ладу виявила закономірності і тенденції існуючого стану конституційної неврегульованості здійснення народом всієї повноти влади. Конституція України чітко й

однозначно закріплює принцип народного суверенітету. У ст. 5 Конституції України зазначено, що «носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ. Народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування. Право визначати і змінювати конституційний лад в Україні належить виключно народові і не може бути узурповане державою, її органами або посадовими особами» [1]. Удосконалення механізмів прямої демократії – важливе завдання державної політики у процесі підвищення ефективності політичної системи України, оскільки на сучасному етапі вони є актуальним інструментом впливу населення з метою посилення контролю за діяльністю органів влади, забезпечення реальної участі у прийнятті важливих суспільно-політичних рішень.

Поряд із класичними формами безпосередньої демократії (вибори, референдум) з'являються нові, не менш перспективні інститути прямої демократії, які передбачають пряму участь народу у вирішенні державних справ, – таким є інститут народної законодавчої ініціативи. Народна законодавча ініціатива є відносно новим засобом прямої демократії. Вперше вона була запроваджена у XIX ст. в окремих штатах США [2, с. 148]. Його виникнення пов'язують із прийняттям у 1715 р. закону штату Массачусетс, що закріпив право народної правотворчої ініціативи на місцевому рівні. А у 1898 р. схожа поправка була внесена до Конституції штату Дакота [3, с. 52–53]. Спочатку народна ініціатива тут мала на меті зобов'язати законодавчий орган розробити і прийняти закон з пропонованого виборцями питання або, у випадку відмови парламенту зробити це, спонукати його винести питання на референдум. За таких умов розробка законопроекту завжди визнавалася функцією законодавчого органу. З часом був прийнятий інший порядок реалізації народної ініціативи: самі виборці, які виступають з такою ініціативою, можуть або навіть повинні скласти законопроект і запропонувати

його законодавчому органу. Останній або приймає цей законопроект, або виносить його на референдум. Існує і такий варіант: законодавчий орган розглядає, потім виносить законопроект на народне голосування. Водночас у деяких штатах законодавчий орган може винести на референдум свій власний, альтернативний проект закону [4, с. 98].

В Європі визнання за громадянами права на подання проектів нормативно-правових актів у порядку народно-правотворчої ініціативи пов'язують з боротьбою прибічників представницької та безпосередньої демократії в окремих кантонах Швейцарії у середині XIX ст. Вперше таке право було закріплено у кантоні Ваадт у 1845 р., за якого громадяни отримали право висувати законопроекти. У 1863 р. право народно-правотворчої ініціативи було введено у Базельській землі, а у 1869 р. – у Цюріхському кантоні [5, с. 139]. Слід відзначити, що інститут народної правотворчої ініціативи відомий також і вітчизняній конституційній практиці за часів діяльності Української Народної Республіки. Зокрема, цей інститут було передбачено у Розд. IV «Всенародні Збори Української Народної Республіки» Конституції Української Народної Республіки (Статутом про державний устрій, права і вільності УНР) від 29 квітня 1918 р. Так, ч. «е» ст. 39 Конституції УНР передбачалося, що законодавчі проекти вносяться на розгляд Всенародних Зборів безпосередньо виборцями – громадянами Республіки, в числі не менш ніж 100 тис., писаними заявами, підтвердженими через громади і подані Судові, який після перевірки їх вірності передає цю пропозицію Голові Всенародних Зборів [6, с. 75].

У XX ст. народну законодавчу ініціативу було прийнято в багатьох європейських країнах. При цьому вона не передбачає проведення референдуму з відповідного законопроекту. За народною ініціативою допускається розгляд у парламенті як звичайних законопроектів, так і проектів конституційних поправок. Однак в Австрії, Албанії, Іспанії, Італії, Латвії та

Польщі за народною ініціативою можуть бути прийняті лише звичайні закони, а в Молдові – закони про внесення змін до Конституції. Відповідні процедури передбачають, як правило, подання до парламенту тексту законопроекту. Конституції держав визначають різну кількість виборців щодо ініціювання проектів звичайних законів і проектів законів про внесення змін до конституції: від 5 тис. у Словенії, до 500 тис. в Іспанії. У Латвії, наприклад, розгляд проекту звичайного закону в парламенті може бути ініційований десятою частиною виборчого корпусу. У Македонії проект звичайного закону можуть зініціювати 10 тис. виборців, а проект закону про внесення змін до Конституції – 150 тис.; у Грузії – 30 тис. і 200 тис.; у Киргизстані – 30 тис. і 300 тис.; у Литві – 50 тис. і 300 тис. виборців відповідно. У Швейцарії за народною ініціативою можуть не лише вноситися окремі зміни до Конституції, а й здійснюватися її ревізія [4, с. 24].

Щодо того, яким чином пропонується впровадити даний інститут в Україні, та як його слід розуміти, слід проаналізувати думки вчених-конституціоналістів з даного питання. Визначення «народної законодавчої ініціативи» з'явилося у науці конституційного права порівняно недавно і є похідним від поняття «право законодавчої ініціативи», під яким, як вважає О. Мудра, слід розуміти право чітко визначеного конституцією кола суб'єктів щодо можливості їх звернення до законодавчого органу держави у формі проекту нового закону, зміни чи скасування чинного, а також змоги бути учасником законодавчого процесу з цього приводу. Як конституційно-правовий інститут, право законодавчої ініціативи є системою взаємопов'язаних правових норм, які регулюють відносини у відповідній сфері законотворчої діяльності та формують самостійний елемент системи права [7, с. 4–5]. Вітчизняний вчений-конституціоналіст В. М. Шаповал вважає, що сенс народної законодавчої ініціативи полягає в тому, що визначена кількість громадян, які мають право голосу,

може у встановлених формах вимагати прийняття парламентом нового закону чи внесення змін до чинного, і парламент повинен їх розглянути, але не зобов'язаний задовольнити відповідні вимоги [8, с. 155]. В. Ф. Нестерович під поняттям «народна правотворча ініціатива» пропонує розуміти право чітко встановленої конституцією чи законом кількості виборців запропонувати проект нормативно-правового акта, який підлягає обов'язковому розгляду представницьким органом публічної влади або виборчим корпусом на всезагальному референдумі, за результатами якого приймається рішення про прийняття чи неприйняття цього нормативно-правового акта [5, с. 142–143]. І. М. Жаровська вважає, що інститут народної законодавчої ініціативи – це право виборців запропонувати проект закону, що підлягає обов'язковому розгляду парламентом. При цьому парламент, як правило, може прийняти будь-яке рішення: погодитися з проектом, внести до нього поправки чи відхилити його. Цим народна законодавча ініціатива відрізняється як від референдуму, чие рішення має силу закону, так і права на звернення до органів влади з пропозиціями (петицією), що передбачає відповідь, але не вимагає обов'язкового розгляду на рівні парламенту [4, с. 23].

О. В. Щербанюк зазначає, що найбільш адекватним в нашій країні може стати закріплення інституту народної законодавчої ініціативи, яка вноситься в парламент, а потім виносяться на народне голосування. Науковець пропонує з метою уникнення потенційної ситуації використання форм безпосередньої демократії для підміни інституту представницької демократії, яким є парламент, визнати за Верховною Радою України право призначати всеукраїнський референдум, на який виносяться відповідний законопроект, якщо за рішення про проведення референдуму проголосувало більшість від конституційного складу. Як альтернативний варіант може бути використаний досвід Франції. Зокрема, рефе-

рендум може призначатися Президентом за ініціативи однієї третини від конституційного складу Верховної Ради України, підтриманої підписами вищевказаної кількості громадян [9, с. 99]. Погоджуємось з О. В. Щербанюком, який вважає, що для того, щоб запровадити інститут народної законодавчої ініціативи в Україні, необхідно внести зміни до ст. 93 Конституції України, включивши в коло суб'єктів права законодавчої ініціативи громадян України та передбачити, що «право законодавчої ініціативи належить... також громадянам в порядку, передбаченому законом», а детально це питання врегулювати Законом України «Про законодавчу ініціативу громадян України» або «Про народну ініціативу». Це дозволить громадськості безпосередньо впливати на законотворчий процес у державі та подолає стереотип закритої влади [9, с. 100].

Щодо практики законотворення в розрізі питання яке розглядається, то в останній час до Верховної Ради України вносились пропозиції щодо розширення форм народовладдя через введення інституту народної законодавчої ініціативи. Так, одним з останніх був проект Закону «Про народну правотворчу ініціативу» № 3847. На думку авторів законопроекту, відсутність в Україні такого інструменту прямої демократії, як народна правотворча ініціатива негативно впливає на демократичний розвиток нашої держави, налагодження ефективного співробітництва між громадянським суспільством і органами влади. Також пропонувалося встановити механізм щодо ініціювання і реалізації права на народну правотворчу ініціативу через уповноважені органи Верховної Ради України, а реалізувати у вигляді законодавчої ініціативи народними депутатами України. Згідно з проектом, право народної правотворчої ініціативи – це можливість громадян України запропонувати ініціативу щодо зміни законодавства, яка підлягає обов'язковому розгляду комітетами Верховної Ради України та може бути зареєстрована суб'єктами законодавчої ініціативи у вигляді проекту законодавчого акта [10].

Слід також зазначити, що створення та діяльність Конституційної Асамблеї в Україні з метою модернізації національного конституційного законодавства активізувало науковий дискурс щодо забезпечення максимальної загальнодоступності, демократичності та деполітизації цього процесу, невтручання у нього суб'єктів владних повноважень, а також започаткування широкого обговорення конституційних ініціатив, залучення до нього громадськості. Конституційною Асамблеєю у січні 2014 р. було запропоновано для широкого громадського обговорення проект Концепції внесення змін до Конституції України, в розділі III якого зазначається, що: «Доцільно запровадити інститут народної законодавчої ініціативи, передбачивши, що законопроекти з питань, віднесених до сфери регулювання законом, можуть бути внесені до Верховної Ради України за ініціативою не менш ніж ста тисяч громадян України, які мають право голосу, і такі законопроекти розглядатимуться парламентом невідкладно» [11].

Незважаючи на те, що на теперішній час нагальним є питання щодо реформування місцевого самоврядування, продовжується обговорення питання щодо введення інституту народної законодавчої ініціативи. Так, 30 січня 2015 р. в м. Одесі пройшов круглий стіл «Механізми та інструменти впливу суспільства на прийняті місцевої та національних владою рішення: вітчизняний та зарубіжний досвід», де політики, юристи та представники громадськості обговорювали існуючу систему законодавчих ініціатив та шляхи її реформування. В ході обговорення були винесені конкретні рішення сформованих проблем і запропоновано проект Закону, який передбачає розширення кола суб'єктів права законодавчої ініціативи та надання цього права громадянам України, шляхом внесення змін до ст.ст. 72, 74 і 93 Конституції України [12].

Виходячи з вищевикладеного, для повноцінного відображення взаємодії суспільства і влади, прямої демократичної



участі громадян в управлінні, вважаємо, що на національному рівні важливо вдосконалити форми реалізації народом своєї суверенної влади шляхом внесення змін до Конституції України через запровадження інституту народної законодавчої ініціативи. Підтримуємо пропозиції науковців, що детального врегулювати дане питання необхідно шляхом прийняття Закону України «Про законодавчу ініціативу громадян України». Народна законодавча ініціатива як один із інститутів прямої демократії може стати одним із елементів правової конституційної системи України. Його розвиток буде сприяти: підвищенню громадської участі у прийнятті важливих суспільно-політичних рішень, контролю за їх виконанням; легітимізації влади загалом, державного устрою, діяльності окремих органів державної влади та місцевого самоврядування, а також певних суспільно-політичних рішень; забезпеченню постійного зв'язку між владою та суспільством; створенню ефективних важелів впливу громадян на політику.

### **Література:**

1. Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України від 23 липня 1996 року. – № 30. – Ст. 141.
2. Погорілко В. Ф. Референтне право України: навч. посіб. // В. Ф. Погорілко, В. Л. Федоренко. – К.: Ліра-К, 2006. – 366 с.
3. Зиммерман Дж. Прямая демократия в Соединенных Штатах Америки: опыт и проблемы / Дж. Зиммерман // Вестник Московского государственного университета. – Серия 11. – Право. – 1991. – № 5. – С. 47–55.
4. Жаровська І. М. Інститут народної ініціативи – шлях формування відкритої влади / І. М. Жаровська // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2010. – Вип. 3. – С. 23–30.
5. Нестерович В. Ф. Поняття народної правотворчої ініціативи: наукові підходи та законодавча практика / В. Ф. Нестерович // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2013. – № 11. – С. 137–143.
6. Конституційні акти України 1917-1920. Невідомі конституції України / Наук. Ком. Д. Б. Яневський. – К.: Філософська і соціологічна думка, 1992. – С. 73–79.
7. Мудра О. М. Конституційний статус суб'єктів права законодавчої ініціативи: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02 / О. М. Мудра; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2003 – 17 с.

8. Шаповал В. М. Конституційне право зарубіжних країн. Академічний курс.: підручник / В. М. Шаповал. 3-тє вид., стереотипне. – К.: Юрінком Інтер, 2014. – 464 с.
9. Щербанюк О. В. Народна правотворча ініціатива як перспективний інститут прямої демократії в Україні / О. В. Щербанюк // Порівняльно-аналітичне право. – 2013. – № 3. – С. 97-100.
10. Проект Закону України «Про внесення змін до Конституції України» реєстр. № 3847 від 30 грудня 2013 р. [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=49445](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=49445)
11. Проект Концепції внесення змін до Конституції України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://cau.in.ua/ua/news/id/dlja-shirokogo-gromadskogo-obgovorennja-792/>
12. Круглый стол «Механизмы и инструменты влияния общества на принятие местной и национальных властью решения: отечественный и зарубежный опыт» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.slideshare.net/arudomyotkin/ss-44121768>

---

— РОЗДІЛ II —

**МОДЕРНІЗАЦІЯ СУЧАСНОГО  
ПРИВАТНОГО ПРАВА  
В УКРАЇНІ**

---

*ШИШКА Роман*

**ВРЕГУЛЮВАННЯ ГОСПОДАРСЬКИХ  
ПРАВОВІДНОСИН**

Одним із напрямів правового регулювання є вдосконалення господарських правовідносин де вирізняють: 1) економічну складову, що підвернена дії економічних закономірностей; 2) правову складову як протидію абсолютності економічних закономірностей, наприклад монополізації, та потребі врахування випереджаючого розвитку окремих галузей за рахунок інших та ситуації в окремих країнах і навіть регіонах. Розвиток права наразі здійснюється за двома основними напрямками: по-перше, вдосконалення законодавства, приведення юридичних норм у відповідність з досягнутим суспільством новим рівнем, по-друге, підвищення ефективності дії вже існуючих норм права, які довели свою ефективність.

Апріорі право впливає на поведінку людей через елементи механізму правового регулювання цих відносин взагалі та підгалузей зокрема. Це обумовлює необхідність подальшого вивчення як проекції економічних закономірностей, що детермінує його єдність, тим більше зі створенням економічних

союзів та зростанням ролі транснаціональних компаній. З другого боку є національні і регіональні особливості розвитку економіки, особливості структури її господарського комплексу, різна доля її складових у валовому продукті, що потребує їх врахування у процесі нормотворчості. Водночас намітились пріоритети, зокрема високі технології, які забезпечують високий економічний розвиток поза сировинним фактором. Водночас ігнорувати останній фактор, наприклад сприятливі умови розвитку сільськогосподарського виробництва в Україні.

Регулююча дія права на суспільні відносини полягає у тому, що воно на основі встановленої моделі обов'язкової або дозволеної поведінки учасників цих відносин їх стандартизує у нормативних актах по кластерному чи інституційному підході за певними напрямками господарської діяльності, що відображено у розділах III–VII Господарського кодексу України. Найбільше це виражене у наданні одним суб'єктам суспільних відносин певних прав і в накладанні на інших певних обов'язків, пов'язуючи їх: підставами виникнення господарських правовідносин, правовим режимом об'єктів прав, правовим становищем учасників правовідносин, способами та засобами їх уточнення, а також забезпечення стабільності самих правовідносин через встановлення заборон і наслідків їх порушення (санкцій).

Не менш важливим є питання про стадії регулювання господарських правочинів і не тільки доктринальним науковим інтересом до цього напрямку правової науки взагалі, намаганням пристосувати теоретичні напрацювання для задоволення потреб практики у сфері господарювання. Йдеться про те, де варто посилити регулятивний вплив на учасників господарських правовідносин і стимулювати їх правовими організаційними, а зі стрімким поширенням електронної торгівлі та віртуальних правочинів також і програмними, засобами.

Проблематика стадій регулювання цих правовідносин забезпечує основну регулятивну функцію права і має приватний

характер. Навряд чи йдеться про регуляторний вплив при заборонах і встановленні санкцій за їх порушення. Тут йдеться про охоронну функцію права, яка забезпечує регуляторну.

Варто зазначити, що серед науковців немає також єдиного підходу до виокремлення стадій правового регулювання суспільних відносин загалом та господарських відносин зокрема. Так, С. С. Алексєєв виділив три основні стадії регулювання суспільних відносин: перша стадія – регламентування суспільних відносин, що потребують правового опосередкування; друга стадія – дія юридичних норм, в результаті яких виникають або змінюються правові відносини (суб'єктивні юридичні права та обов'язки конкретних осіб); третя стадія – реалізація суб'єктивних юридичних прав і обов'язків, при якій правове регулювання досягає своїх цілей – втілюється в поведінці конкретних осіб [1, с. 34].

М. О. Тузов також вирізняє три стадії, але вклав в них зовсім інший зміст: 1) стадію правотворчості (правовстановлення); 2) стадію реалізації норм права; 3) стадію застосування державного примусу, що означає захист порушених прав (тобто стадію застосування заходів юридичної відповідальності, передбаченої в санкціях норм права) [2, с. 207]. Проте стадія застосування заходів юридичної відповідальності навряд чи вкладається в регуляторний вплив, а є проявом охорони та захисту порушених прав. О. Ф. Черданцев для кращого розуміння процесу правового регулювання виокремив три стадії (етапи): загальнонормативне регулювання; виникнення прав та обов'язків у конкретних суб'єктів; стадія їхньої реалізації [4, с. 347].

В. К. Бабаєв вбачав дві стадії правового регулювання, а саме: регламентації суспільних відносин та дії юридичних норм. Перша стадія правового регулювання – формулювання юридичних норм, що охоплюють певні групи суспільних відносин; на другій стадії норми права втілюються в життя. У процесі їхньої дії виникають передбачені в нормах права і

обов'язки, набуває чітких, реальних контурів предмет правового регулювання, приводяться в рух важелі, що забезпечують правопорядок [3, с. 213–214].

Н. І. Матузов та А. В. Малько в своєму підручнику виділяють чотири таких стадії, кожна з яких відбивається в певному з чотирьох наведених вище елементів механізму правового регулювання. А також дані автори виділяють п'яту стадію, яка є факультативною та вступає в дію тоді, коли суб'єкти в процесі правореалізації порушують норми права і коли на допомогу незадоволеному інтересу повинна прийти відповідна правозастосовча діяльність [8].

Аналіз усіх згаданих та інших підходів до стадій правового регулювання суспільних відносин надає можливість стверджувати, що більшість учених солідаризуються, що першою стадією правового регулювання є створення правових норм задля регулювання відповідних суспільних відносин. Проте, спочатку слід вияснити нащо це регулювати, як воно відобразиться на стані урегульованості відносин, в якому напрямку слід це покращити. Іншими словами, перш ніж регулювати ці відносини слід встановити, що заважає нормальному їх упорядкуванню, звідки загрози і як тому протидіяти, який досвід регулювання у світі та насамперед у тих союзах в які інтегрується країна. Також слід встановити тих фахівців, які переймаються тими проблемами і є визнаними лідерами у цьому напрямку. Тож не можна абсолютизувати, що правове регулювання має розпочинатися зі стадії створення правових норм. Так Р. З. Лівшиць небезпідставно зауважив, що створенню правових норм має передувати ідея, яку пізніше законодавець перетворює на відповідні норми. Тобто, як він висловився, діє схема «ідея – норма – відносини» [5, с. 95–96].

Правове регулювання розпочинається з адекватних економічно та соціально виважених правових норм. Перш ніж регулювати, потрібно дійти висновку про те, що таке регулювання є вкрай необхідним, що воно повністю відповідає

потребам та інтересам суспільства і держави. Попри те, що визнання необхідності правового регулювання певних суспільних відносин є надзвичайно важливим, воно є лише передумовою появи загального процесу правового регулювання (в контексті того, що правове регулювання в такому випадку має загальний, а не конкретизований щодо певного конкретного випадку характер). Це є окремим аспектом правотворчості як стадії правового регулювання. С. О. Погрібний наголосив, що визнання необхідності правового регулювання – це його суб'єктивна характеристика, яка є однією зі складових, що формують мету такого регулювання [6, с. 34]. Водночас правове врегулювання як самостійна стадія є основною і всі інші підпорядковані їй.

З огляду на наведене, нами вбачаються такі стадії:

Доправовідносна чи оціночна на якій професійно встановлюються кореляти волевиявлення і форми його здійснення, причини невідомості чинних норм, слабкі елементи цих правовідносин (підстави виникнення, правовий режим об'єкта, правове становище учасників, засоби їх стимулювання обмеження, невідомість встановленої відповідальності за порушення юридичних обов'язків) а також оцінюють можливі ризики та особливо наслідки змін. Це сфера ідеального та суцього, яка оцінюється професіоналами із врахуванням передумов вступу у правовідносини, їх правової форми, альтернатив, наслідків. Її результатом є розробка і подання суб'єкту правотворчості законопроекту, який має пройти експертизу.

Експертизи проводяться якщо законопроект викликає чи може викликати запитання при його розгляді, для недопущення проходження законопроекту, який є відверто лобістський чи такий, що зможе зашкодити як суб'єктам правового регулювання, так і суспільству в цілому. Усі проекти законів зазвичай мають пройти правову й наукову експертизи на предмет їхніх конституційності, законності, відповідності принципам права та системи українського законодавства.

Після проведення експертизи доцільна стадія правового регулювання як регуляторного впливу на учасників господарських правовідносин. Правове врегулювання цих відносин має низку самостійних, але тісно пов'язаних між собою стадій, які послідовно змінюються спрямовані на кінцевий результат. Ці стадії взаємопов'язані, де кожна окремо взята стадія правового регулювання є передумовою наступної. Всі вони підпорядковані єдиній меті – упорядкувати суспільні відносини, охороняти їх та сприяти подальшому розвитку.

Наступна стадія виникнення суб'єктивних прав та обов'язків є досить важливою і переводить врегулювання із ідеальної моделі норм права в реальну. На ній внаслідок настання юридичних фактів, що передбачені відповідними правовими нормами, виникають конкретні правовідносини, а правові норми активізуються та індивідуалізуються з урахуванням особливостей їх елементів, зокрема правового становища учасників та правового режиму інформації.

Йдеться про здійснення суб'єктивних прав і виконання юридичних обов'язків та досягнення мети вступу у правовідносини. При тому можливі відхилення від ідеалу моделі норми позитивного права в межах її диспозитивізму чи невстановлення чи недоведення порушень прав і охоронюваних законом інтересів.

Якщо між учасниками господарських правовідносин виникає конфлікт і порушуються суб'єктивні права, то настає примирна чи примирно відновлювальна стадія, яка може перерости в захист суб'єктивних прав та інтересів. Ця стадія процесу правового врегулювання цих відносин є факультативною на відміну від попередніх. Її виокремлення зумовлено тим, що реалізація суб'єктивних цивільних прав та виконання обов'язків не завжди відбувається відповідно до тих моделей поведінки, які закладені у правових нормах.

Виокремлення вищезгаданих стадій правового регулювання господарських правовідносин – не принципово новий



підхід, а є результатом узагальнення наявних у правовій доктрині підходів до вирішення цього питання. Різниця у посиленні вираженості позитивного регулювання цих відносин за рахунок введення ще однієї стадії – доправовідносної, яка є запобіжною для спонтанного прийняття актів законодавства і погіршення стану урегульованості інформаційних правовідносин.

### **Література:**

1. Алексеев С. С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве / С. С. Алексеев. – М.: Изд-во Юрид. лит., 1966. – 204 с.
2. Проблемы теории государства и права: учебник / Под ред. В. М. Сырых. – М.: Эксмо, 2008. – 576 с.
3. Теория государства и права : Учебник / Под ред. В.К. Бабаева. – М.: Юристъ, 2003. – 592 с.
4. Черданцев А. Ф. Теория государства и права : Учебник для вузов / А. Ф. Черданцев. – М.: Юрайт-М, 2002. – 432 с.
5. Лившиц Р. З. Теория права / Р. З. Лившиц. – М.: БЕК, 1994. – 224 с.
6. Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України: монографія / С. О. Погрібний. – К.: Правова єдність, 2009. – 304 с.
7. Про інформацію: Закон України 2 жовтня 1992 р. // Електронний ресурс. Режим доступу: [zakon.rada.gov.ua/go/2657-12](http://zakon.rada.gov.ua/go/2657-12)
8. Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права: Учебник. – М.: Юристъ, 2004. – 512 с.

*КОВАЛЬ Ірина*

## **ЩОДО НОРМАТИВНОЇ ВИЗНАЧЕНОСТІ СПОСОБІВ ЗАХИСТУ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ**

Захист здійснюється шляхом застосування уповноваженою особою або компетентним органом відповідних заходів впливу щодо порушника або особи, яка не визнає, оспорує суб'єктивне право чи охоронюваний законом інтерес. Загальні матеріально-правові засади захисту прав й охоронюваних законом інтересів учасників цивільних і господарських

правовідносин, в тому числі у сфері інтелектуальної власності, визначено у нормах глави 3 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) і ст. 20 Господарського кодексу України (далі – ГК України). Аналіз практики застосування вказаних правових норм та спеціальних норм щодо особливостей захисту прав інтелектуальної власності свідчить про недосконалість правового регулювання одного з найважливіших елементів захисного механізму – способів захисту. Це виявляється у низці суперечливих і неоднозначних положень, які породжують проблеми у правозастосуванні і ускладнюють здійснення захисту прав і інтересів учасників правовідносин. У значній частині випадків захист позбавляється своєї ефективності через невизначеність у розумінні потерпілою особою і судом обраного способу захисту.

Поняття «спосіб захисту» має різноманітні визначення в сучасній юридичній доктрині. Попри певні формальні розбіжності в існуючих визначеннях квінтесенцією цього поняття є його розуміння в якості правового заходу, інструменту, застосування якого забезпечує досягнення мети захисту (відновлення прав, припинення правопорушення, ліквідація негативних наслідків тощо). При цьому до загальних ознак способів захисту можна віднести: нормативне закріплення; забезпеченість застосування державним примусом; спрямованість на усунення перешкод в реалізації суб'єктивних прав і законних інтересів. Кожна з названих ознак вимагає окремого ґрунтовного дослідження, проте варто зазначити, що найбільш складні проблеми у правозастосуванні пов'язані із розумінням змісту першої ознаки способу захисту – нормативного закріплення.

Позиція сучасного законодавця щодо нормативного закріплення способу захисту визначена у низці правових норм. Так, у ч. 2 ст. 16 ЦК України наводиться перелік можливих і найбільш поширених способів захисту цивільних прав і інтересів, які в науці позначаються зазвичай як «загальні» або

«універсальні» способи захисту. Підкреслюючи невичерпний характер цього переліку законодавець встановлює, що «Суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, що встановлений договором або законом». ГК України також закріплює невичерпний перелік способів захисту прав і законних інтересів суб'єктів господарювання і споживачів, завершуючи його фразою «інші способи, передбачені законом» (ч. 2 ст. 20).

Наведені нормативні формулювання дають підстави для висновку, що відповідно до підходу ЦК України, спосіб захисту, який обирається потерпілою особою та застосовується судом, має бути передбачуваним для суб'єктів правовідносин з приписів закону або положень договору. Натомість норма ГК України, начебто, виключає можливість закріплення способу захисту у договорі. Такого тлумачення дотримується, наприклад, О. Кот [1, с. 204]. Системний аналіз норм ГК України, які регулюють підстави і особливості реалізації способів захисту прав і інтересів у господарських правовідносинах свідчить, що даний кодифікований акт також визнає право учасників договірних відносин обирати в договорі певний спосіб захисту. Так, згідно із ч. 1 ст. 216 ГК України, учасники господарських відносин несуть господарсько-правову відповідальність за правопорушення у сфері господарювання шляхом застосування до правопорушників господарських санкцій на підставах і в порядку, передбачених цим Кодексом, іншими законами та договором. Найбільш наочно це проявляється стосовно такого різновиду господарських санкцій, як оперативно-господарські санкції, адже обов'язковою умовою їх застосування є закріплення підстав і видів цих санкцій саме у договорі (ч. 2 ст. 235 ГК України).

Отже, позиція ГК України щодо визначеності способів захисту прав і інтересів учасників господарських відносин має розкривається на підставі системного аналізу норм цього Кодексу. Ознаку «передбачені законом» (ч. 2 ст. 20 ГК України)

слід розуміти як таку, що закріплює можливість застосування як визначеного у законі способу захисту, так і способу захисту, який передбачено у договорі, але лише у випадках, коли таке право передбачено законом. До речі, подібний підхід можна прослідкувати і у нормах ЦК України. Так, згідно із ст. 611 ЦК України, у разі порушення зобов'язання настають правові наслідки, встановлені договором або законом, зокрема: припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом, або розірвання договору; зміна умов зобов'язання; сплата неустойки; відшкодування збитків та моральної шкоди. Тобто ЦК України дозволяє встановлювати в договорі певні способи захисту, але чітко окреслює їх коло.

Вказаний підхід застосовано і щодо сфери інтелектуальної власності. У ч. 2 ст. 432 ЦК України закріплено, що «суд у випадках та в порядку, встановлених законом, може постановити рішення, зокрема, про...» і далі наводиться перелік способів, якими може бути захищено право на об'єкт інтелектуальної власності.

Наступне питання пов'язане з проблемою вибору належного способу захисту з усього кола можливих способів захисту. Ураховуючи широкі формулювання загальних способів захисту, конкретизація матеріально-правової вимоги про захист залежить, як правило, від виду порушеного права та характеру порушення. Так, якщо відбулося розголошення комерційної таємниці, відновити становище, що існувало до порушення, буде неможливим. Не можуть бути застосовані для захисту прав інтелектуальної власності речово-правові способи захисту права власності, як-то віндикаційний позов, негативний позов тощо.

У науковій літературі наводяться різні умови та межі конкретизації способу захисту потерпілою особою. Так, В. Г. Ротань вважає, що конкретизація способу захисту можлива лише за умови, що вона є адекватною змісту порушеного права,

характеру порушення і його наслідкам [2, с. 439]. В. Перепелюк вважає, що формулюючи позовну вимогу, особа має враховувати зміст права, про захист якого вона має намір просити, і суть правопорушення [3, с. 37]. На думку Р. А. Майданика, при вирішенні питання про допустимість способу захисту загальне правило полягає в тому, що способом захисту є вимоги, які передбачені законом або договором і відповідають призначенню цивільно-правового захисту, тобто спрямовані на відновлення, усунення перешкод у здійсненні і (або) компенсацію порушеного, оспорюваного, невизнаного цивільного права і інтересу з урахуванням сутності відповідного цивільного права й інтересу [4, с. 112, 122].

Наведені наукові позиції спільні в тому, що обумовлюють вибір способу захисту певними межами, які пов'язуються зі змістом порушеного права і характером порушення. Відтак, питання про належність і допустимість способу захисту вирішуватиметься в кожному випадку індивідуально і залежатиме зрештою від рішення суду. Судова практика, натомість, має непоодинокі приклади відмови в захисті права через невідповідність заявленого способу захисту законодавчо встановленим формулюванням. Поряд з цим суди виходять з того, що перелік способів захисту прав та інтересів, який надається у ст. 16 ЦК України, є невичерпним, та застосовується судом залежно від змісту права, що порушене, характеру дій, якими воно порушене, а також наслідків, що спричинені цим порушенням, враховуючи, що цивільні права здійснюються, а цивільні обов'язки виконуються в межах, встановлених договором або актом цивільного законодавства (Ухвала Колегії суддів судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 23 січня 2013 р.).

Слід зауважити, що стосовно особистих немайнових прав законодавець прямо закріпив критерії визначення належного способу захисту. Згідно із ч. 2 ст. 275 ЦК України, «Захист

особистого немайнового права може здійснюватися також іншим способом відповідно до змісту цього права, способу його порушення та наслідків, що їх спричинило це порушення».

Щодо сфери інтелектуальної власності подібні правила в законі прямо не встановлені. Вищий господарський суд України (далі – ВГС України) виходить з того, що право вибору способу захисту права належить позивачеві, тоді як перевірка відповідності цього способу допущеному порушенню і меті здійснення судового розгляду є обов'язком суду, який має приймати рішення зі справи в межах заявлених позовних вимог та з урахуванням фактичних обставин конкретної справи, беручи до уваги як можливість у той чи інший спосіб захистити порушене право, так і необхідність подальшого виконання прийнятого судом рішення (п. 2.2. Постанови Пленуму ВГС України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» від 17.10.2012 р.). Отже, ВГС України орієнтирами для оцінки належності способу захисту визнає також мету судового розгляду, фактичні обставини справи, можливість захисту права, необхідність виконання судового рішення. Наприклад, коментуючи рішення апеляційного господарського суду, ВГС України звертає увагу на неправильне формулювання позову про заборону відповідачам «використовувати яким-небудь одним або всіма відомими способами» певну торговельну марку, зазначаючи, що зміст таких позовних вимог не відповідає призначенню позову як інструменту захисту прав, межах правової охорони зареєстрованої торговельної марки, має невизначений характер і робить неможливим розгляд вимог по суті (Оглядовий лист ВГС України «Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на знаки для товарів і послуг (торговельні марки) (за матеріалами справ, розглянутих у касаційному порядку Вищим господарським судом України)» від 22 січня 2007 р. № 01-8/24).

Проблематичним є на практиці вибір способів захисту права на комерційне найменування у разі встановлення факту його неправомірного використання. Це виявляється у безлічі різних позовних вимог, що заявляються підприємствами, значна частина яких не задовольняється судом через неточність або некоректність, а саме: «припинення використання комерційного найменування», «перереєстрацію комерційного найменування», «внесення змін до установчих документів», «визнання установчих документів недійсними», «скасування державної реєстрації підприємства». З огляду це ВГС України роз'яснює, що суд не може зобов'язати порушника змінити його найменування шляхом перереєстрації, належним способом захисту є внесення змін до засновницьких документів (п. 78 Постанови Пленуму ВГС України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» від 17 жовтня 2012 р. № 12).

Запропоноване ВГС України бачення належного способу захисту права на комерційне найменування також уявляється проблематичним з точки зору його практичної реалізації. Враховуючи встановлені законом правила внесення змін до установчих документів, виконання рішення суду про зобов'язання відповідача внести такі зміни може бути ускладнено на практиці через різні об'єктивні й суб'єктивні перешкоди, пов'язані, зокрема, із періодичністю проведення загальних зборів учасників, визнанням загальних зборів правомочними, голосуванням учасників тощо. Тому, з огляду на відсутність дієвих можливостей для оперативного виконання цього рішення, більш доцільним уявляється використання загального способу захисту у вигляді «припинення дій, що порушують право на комерційне найменування». Конкретний механізм виконання цього способу має вирішуватись відповідачем самостійно, починаючи від внесення змін до установчих документів щодо зміни комерційного найменування і закінчуючи прийняттям рішення про тимчасове або повне

припинення здійснення господарської діяльності під певним комерційним найменуванням.

Розмитість кожного з вищезазначених критеріїв обрання матеріально-правової вимоги для захисту прав і законних інтересів, у тому числі у сфері інтелектуальної власності, об'єктивно зумовлена багатоманітністю суб'єктивних прав й інтересів, які стають об'єктом захисту, видів перешкод, що здійснюються на шляху їх реалізації, мети, що переслідує потерпіла особа, звертаючись за захистом тощо. За таких умов правила визначення належного способу захисту мають враховувати, з одного боку, потреби потерпілого суб'єкта в максимально повному й ефективному захисті його прав і законних інтересів, а з іншого боку, – необхідність дотримання прав порушника щодо співрозмірності й передбачуваності застосовуваних до нього заходів впливу. Як зазначається в літературі, пряме згадування про способи захисту у законі обумовлено розумінням необхідності дотримання законності, адже необмежене коло санкцій може призвести до обмеження прав суб'єктів правовідносин [5, с. 26].

Зазначене свідчить про об'єктивну необхідність обмеження абсолютної свободи суб'єктів правовідносин, в тому числі у сфері інтелектуальної власності, в обранні ефективного способу захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав і законних інтересів. При цьому таке обмеження не повинно зводитись до буквальної текстуальної відповідності способу захисту нормативному формулюванню. Допустимість і межі конкретизації змісту вимоги про захист мають визначатися з огляду на: а) характер підстави захисту (правопорушення, загроза порушення, невизнання права, оспорювання права), б) об'єкт захисту (суб'єктивне право чи законний інтерес), в) мету захисту (припинення правопорушення, відновлення майнового стану тощо), г) законодавчих приписів і договірних положень щодо заходів впливу на порушника. Виходячи з цих правил, загальний спосіб захисту



суб'єктивного права, наприклад, «припинення дій, що порушують право» в конкретній конфліктній ситуації у площині промислової власності може набути вигляду «припинення дій із незаконного виготовлення певної продукції, що вироблена із застосуванням охоронюваного винаходу» і т.п.

Таким чином, в ознаці способу захисту «нормативна виваженість» закладена необхідність дотримання під час застосування способу захисту інтересів як потерпілого суб'єкта, так і особи, щодо якої застосовуються відповідні заходи впливу майнового чи організаційного характеру. Для забезпечення стабільності і передбачуваності господарського і цивільного обороту учасники правовідносин повинні мати чіткі уявлення про правові наслідки, які тягнуть їхні дії, особливо у разі, коли ідеться про застосування заходів цивільно-правової і господарської відповідальності, що також є різноманітними способами захисту.

### **Література:**

1. Кот О. Способи захисту сторін договору в приватному праві України / О. Кот // Приватне право. – 2013. – № 2. – С. 203–210.
2. Ротань В. Г. Застосування положень законодавчих актів про способи захисту права при здійсненні судочинства у господарських справах / В. Г. Ротань // Вдосконалення судоустрою та господарського судочинства: проблеми і перспективи: матеріали науково-практичної конференції 12–13 квітня 2006 р., м. Донецьк. – 2006. – С. 437–441.
3. Перепелюк В. Ефективність способів захисту прав особи як показник якості матеріального закону / В. Перепелюк // Юридична Україна. – 2009. – № 11. – С. 37–40.
4. Майданик Р. А. Квалификация способов защиты гражданских прав и интересов судом в Украине: теория и практика / Р. А. Майданик // Альманах цивилистики: сборник статей. Вып. 4; под ред. Р. А. Майданика. – К.: Алерта, ЦУЛ, 2011. – С. 107–147.
5. Сульженко Ю. Форми і способи захисту суб'єктивних цивільних прав та законних інтересів / Ю. Сульженко // Право України. – 2005. – № 12. – С. 24–27.

*АНТОНЮК Олена*

## **ОСОБЛИВОСТІ ЗАХИСТУ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ У РАЗІ ПЕРЕРОБКИ НЕЗАКОННО НАБУТОЇ РЕЧІ**

Одним з найпоширеніших позовів на захист порушеного права власності є віндикаційний позов. При вирішенні справ за такими позовами суди стикаються з низкою практичних проблем, однією з яких є визначення долі речі, яка на час розгляду та вирішення справи зазнала змін.

Як зауважує професор І. В. Спасибо-Фатєєва, предметом віндикаційного позову може бути лише індивідуально визначена річ. На момент віндикації річ повинна фізично існувати. В іншому випадку (наприклад, якщо вона знищена) порушене право підлягає захисту зобов'язально-правовими засобами захисту права власності [1, с. 471]. Професор О. М. Садиков зазначає, що віндикаційний позов пред'являється щодо індивідуально-визначеного майна, причому збереженого в натурі; в інших ситуаціях слід вимагати відшкодування завданих збитків [2, с. 331].

В. М. Самойленко наголосив, що оскільки предметом віндикаційного позову може бути лише індивідуально-визначена річ, то власник має право вимагати повернення саме тієї речі, на яку він має право власності і яку він втратив, а не аналогічного майна. Індивідуально-визначена річ є юридично незамінною і тому загибель її призводить до втрати власником права на віндикаційний позов. Він може вимагати лише відшкодування збитків, заподіяних загибеллю речі. До відсутності предмета віндикації має прирівнюватися і суттєва зміна речі. Так, наприклад, якщо автомобіль був викрадений у власника і за підробленими документами був проданий через комісійний магазин новому володільцю, який на підставах, що допускаються законом, надалі переобладнав цей автомобіль із заміною кузова, двигуна і т.п., слід вважати, що предмет віндикації відсутній [3, с. 288–289].

Ця позиція була сприйнята і судовою практикою. Наприклад, в ухвалі від 20 січня 2010 р. у справі № 6-27959св09 Верховний Суд України зазначив, що ухвалюючи рішення про витребування спадкової квартири з володіння відповідачки апеляційний суд на порушення вимог ст. 212 ЦК України не взяв до уваги та не дав належної оцінки тій обставині, що відповідачка у встановленому законом порядку одержала дозвіл на використання квартири як нежилого приміщення, приєднала її до вже існуючого кафе, розширивши в такий спосіб кафе, та використовує під кафе. Отже, жила квартира, яка була об'єктом оскарженого позивачкою договору купівлі-продажу та є відшукуваною нею шляхом віндикації річчю фактично припинила своє існування і не може бути витребувана в натурі. За таких обставин суд першої інстанції дійшов правильного висновку про необхідність грошової компенсації відповідачкою на користь позивачки вартості квартири. Разом з тим, суду слід було встановити дійсну вартість спірної квартири на момент її неправомірного вибуття з володіння позивачки та стягнути її з відповідачки, яка, об'єднавши квартиру з кафе, фактично створила нову річ [4].

Таким чином, як у цивілістиці, так і у судовій практиці була сформульована позиція, за якої істотні зміни речі є перешкодою для віндикації. Стаття 388 ЦК України, що визначає умови, за яких власник має право витребувати свою річ у незаконного володільця, такого положення безпосередньо не містить. Воно впливає із суті віндикації як речово-правового способу захисту права власності на індивідуально-визначену річ.

Разом з цим, виникає питання щодо права власності на річ, що була створена внаслідок істотної зміни незаконно набутої речі.

Наприклад, римські юристи по-різному вирішували це питання: сабіянці визнавали власником речі того, кому належав матеріал, а прокулянці вважали, що річ має належати тому, хто її зробив, з зобов'язанням оплатити власнику мате-

ріалу її вартість. У законодавстві імператора Юстиніана це питання було вирішене таким чином: якщо незважаючи на переробку річ може повернутися знову у первісний вигляд (наприклад, зроблену з металу вазу знову переплавити у злиток металу), то річ належить власнику матеріалу, якщо ж це зробити неможливо (наприклад, у випадку виготовлення меблів з дощок), то річ переходить у власність того, хто здійснив специфікацію, але за умови добросовісності і з обов'язком винагородити власника у розмірі отриманого збагачення [5, с. 98].

У національному законодавстві передбачено, з одного боку, що добросовісний набувач набуває право власності на майно, відчужене особою, яка не мала на це права, якщо відповідно до ст. 388 ЦК України воно не може бути витребуване у нього (ст. 330 ЦК України). З іншого боку, ЦК України містить спеціальну статтю щодо набуття права власності на перероблену річ.

Так, згідно зі ст. 332 ЦК України особа, яка самочинно переробила чужу річ, не набуває право власності на нову річ і зобов'язана відшкодувати власникові матеріалу його вартість. Право власності на рухому річ, створену особою шляхом переробки з матеріалу, що їй не належить, набувається власником матеріалу за його бажанням, якщо інше не встановлено договором або законом. Якщо ж вартість переробки і створеної нової речі істотно перевищує вартість матеріалу, право власності на нову річ набуває за її бажанням особа, яка здійснила таку переробку. У цьому разі особа, яка здійснила переробку, зобов'язана відшкодувати власникові матеріалу моральну шкоду. Власник матеріалу, який набув право власності на виготовлену з нього річ, зобов'язаний відшкодувати вартість переробки особі, яка її здійснила, якщо інше не встановлено договором.

Норма ст. 332 ЦК України не пов'язує виникнення права власності у особи, яка переробила річ, з її добросовісністю та обставинами вибуття матеріалу (первісної речі) з володіння власника, як це передбачено у ст.ст. 330, 388 ЦК України.

Разом з цим, викладені у ст. 332 ЦК України приписи не можна визнати цілком вдалими. Зокрема, виникає питання з приводу обґрунтованості обов'язку особи, яка переробила чужу річ і не набула на неї право власності, відшкодувати її власнику (власнику матеріалу, що був перероблений) вартість такого матеріалу. Тобто законодавець наділяє власника матеріалу і правом власності на нову річ, і правом вимагати від особи, яка її створила, сплати вартості матеріалу. З іншого боку, коли законодавець визнає право власності на перероблену річ за особою, яка її переробила (якщо вартість переробки і створеної нової речі істотно перевищує вартість матеріалу, при чому не міститься обмежень щодо виду речі), то на останню покладено обов'язок відшкодувати моральну шкоду. Таке формулювання не слід розглядати як обмеження відшкодування лише моральної шкодою, і власник матеріалу не позбавлений права на відшкодування завданої майнової шкоди за загальними правилами її відшкодування.

Доцільно виключити з ч. 2 ст. 332 ЦК України припис: «і зобов'язана відшкодувати власникові матеріалу його вартість», адже питання відшкодування шкоди, завданої незаконною переробкою речі, може бути вирішене за допомогою норм щодо відшкодування завданої шкоди.

Також виникає питання щодо способу захисту права власності власника матеріалу, який став власником переробленої речі, якщо її творець відмовляється її віддати.

Наприклад, згідно з §950 Німецького цивільного укладення особа, яка шляхом переробки з одного або кількох матеріалів виготовить нову рухому річ, набуває права власності на цю річ, якщо вартість переробки не буде значно нижчою вартості матеріалів. Переробкою визнається також написання, креслення, малювання, друкування, гравірування та інша подібна обробки поверхні. З набуттям права власності на нову річ припиняються всі права, що існували відносно матеріалів. Особа, яка втратила право, на підставі §951 Німецького

цивільного укладення може вимагати грошового відшкодування від особи, у якої виникло право, відповідно до повернення безпідставного збагачення. Не допускається пред'явлення вимоги про відновлення колишнього стану [6, с. 216].

Отже, Німецьке цивільне укладення прямо передбачає, що у разі втрати права власності, витребувати нову річ власник матеріалу не має права. Іншою є й підстава набуття права власності на нову річ: за ЦК України це *істотне перевищення вартості нової речі над вартістю матеріалу*, тоді як за Німецьким цивільним укладенням – вартість переробки не є значно нижчою вартості матеріалів.

Якщо право власності на перероблену річ виникає у особи, яка здійснила переробку, то способом захисту майнового інтересу власника переробленого матеріалу не може бути витребування речі з незаконного володіння, а мають бути заявлені вимоги щодо відшкодування завданої шкоди. Об'єктом захисту буде законний інтерес колишнього власника матеріалу щодо відновлення свого майнового становища за рахунок відшкодування шкоди, завданої переробкою (ч. 2 ст. 15 ЦК України).

Виникає питання щодо належного способу захисту у тому випадку, коли власник матеріалу стає власником переробленої речі, яка після переробки продовжує перебувати у володінні особи, яка її створила, і яка відмовляється передати її власнику. В даному випадку ефективним способом захисту права власності на перероблену річ буде той спосіб, який дозволить власнику речі отримати її у володіння.

Відповідно до ч. 1 ст. 1212 ЦК України особа, яка набула майно або зберегла його у себе за рахунок іншої особи (потерпілого) без достатньої правової підстави (безпідставно набуте майно), зобов'язана повернути потерпілому це майно. Згідно з ч. 3 ст. 1212 ЦК України положення цієї глави поширюються на випадки витребування майна власником з чужого незаконного володіння. За ч. 1 ст. 1213 ЦК набувач зобов'язаний повернути потерпілому безпідставно набуте

майно в натурі. Глава 83 ЦК не містить обмежень щодо витребування речі (за винятком тих, що передбачені у ст. 1215 ЦК України), тоді як у ч. 1 ст. 388 ЦК України наявний перелік підстав, за наявності яких річ може бути витребувана у добросовісного набувача.

З огляду на наявність спеціальної ст. 332 ЦК України, що передбачає випадки, за яких переробник стає власником речі, і які не пов'язані з добросовісністю переробника при набутті матеріалу (речі, що була перероблена) та підставами вибуття матеріалу з володіння власника, виключається можливість застосування при витребуванні переробленої речі власником у особи, яка її створила, норм ст. 388 ЦК України, оскільки їх застосування призведе до колізії між ст.ст. 330 і 332 ЦК України. Крім того, відповідно до формулювання норм, передбачених у ст. 388 ЦК України, вони розраховані на ситуацію незаконного відчуження майна, що у випадку переробки відсутнє. Питання щодо незаконності відчуження може ставитися лише щодо матеріалу, що вже перероблений, тоді як у ситуації переробки чужої речі мова йде про захист права власності не на матеріал, а на річ, створену з нього.

### **Література:**

1. Цивільне право: підручник: у 2 т. Т.1 / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, Т. І. Бегова та ін.; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибко-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – Х.: Право, 2011. – 656 с.
2. Гражданское право: Учебник. – Т. I / Под ред. доктора юридических наук, профессора О. Н. Садикова. – М.: Юридическая фирма «КОНТРАКТ»: «ИНФРА-М», 2006. – 493 с.
3. Гражданское право Украины: [Учебник для вузов системы МВД Украины]: В 2-х частях. — Ч. I / А. А. Пушкин, В. М. Самойленко, Р. Б. Шишка и др.; под ред. проф. А. А. Пушкина, доц. В. М. Самойленко. – Х.: Ун-т внутр. дел; «Основа», 1996. – 440 с.
4. Ухвала Верховного Суду України від 20 січня 2010 р. у справі № 6-27959св09 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/8039863>.
5. Новицкий И. Б. Римское право / И. Новицкий. – М.: ТЕИС, 1996. – 245 с.
6. Германское право. Часть I. Гражданское уложение: Пер. с нем. / Серия: Современное зарубежное и международное частное право. – М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. – 552 с.

## **РОЗВИТОК ТЕОРІЇ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ У ТРУДОВОМУ ПРАВІ**

Народження ідеї прав людини нерозривно пов'язане з повагою до гідності людини. У ст. 28 Конституції України передбачено, що кожен має право на повагу до його гідності. Це конституційне право має бути забезпеченим ефективним юридичним механізмом у різних сферах, у тому числі у сфері трудових відносин, в яких реалізуються майнові та особисті немайнові трудові права.

В основі особистих немайнових прав працівників, закріплених у трудовому законодавстві, лежать конституційні особисті права громадян, які є основними правами. Однак, трудовим законодавством регулюються лише ті особисті конституційні права, які прямо або опосередковано пов'язані з виконанням працівником трудової функції.

Правова категорія особистих прав, яка трансформувалася в категорію особистих немайнових прав, бере свій початок у римському праві, в якому вперше почали виокремлюватися особисті позови та особисті права. Серед численних видів позовів особливо виокремлювалися два найбільш важливих із них: *actio in rem* (речовий позов) та *action in personam* (особистий позов). *Actio in personam* видавався для захисту правовідносин особистого характеру між двома або кількома особами у тому разі, якщо порушник даного роду права був відомий заздалегідь, оскільки даний позов був можливим лише проти конкретної особи.

У міру розвитку людства, ускладнення суспільного устрою та економічного обороту як закономірний наслідок відбувалося розширення свободи особистості.

Для визначення правової природи особистих прав людини доцільно застосувати саме природно-правовий і позитивістський підходи. Названі підходи, по-перше, найбільшою



мірою відображають закономірності виникнення та закріплення у праві особистих прав, по-друге, знаходять своє продовження при розкритті змісту окремих конституційних особистих прав. Із розвитком людських потреб зміст особистих прав наповнюється новими можливостями, які потім можуть бути зафіксованими у праві та гарантованими ним.

Цінність природно-правового вчення полягала в опорі на моральні принципи і категорії свободи, справедливості, людської гідності. Прихильники школи природного права критикували позитивістський підхід, зазначаючи, що для цього вчення особистість сама по собі – ніщо.

Для особистості мають значення не норми самі по собі, а ті цінності, які за їх допомогою закріплюються, реалізуються, відображаються. Такими життєво важливими, доленосними цінностями для правової особистості і є свобода (права і свободи) і справедливість (баланс прав, свобод і обов'язків).

Ґрунтуючись на доктрині природних прав людини, Л. С. Таль писав про те, що «робочій силі, як предмету зобов'язання, є притаманними усі особливості особистих благ. Вони не можуть бути відчужуваними». Продовжуючи цю думку, Л. С. Таль підкреслював: «Сучасна правосвідомість явно схиляється до визнання робочої сили частиною особистої правової сфери людини і потребує охорони від зазіхань на рівні з іншими особистими благами».

І в науці трудового права було висловлено ідею про існування природного трудового права та про його відмежування з позитивним трудовим правом.

Природне трудове право – це юридичні норми, що виводяться розумом із правових ідей загальної свободи, формальної рівності, справедливості та гуманізму, незалежно від того, чи відображені вони у позитивних джерелах. Ці високі правові ідеї проявляють себе у ряді загальноправових та галузевих принципів права (наприклад, ідея загальної свободи має прояв у принципах свободи праці, свободи трудового договору, заборони примусової праці).

Інститут особистих немайнових прав ще не сформувався, вимагає розширеної, більш чіткої правової регламентації і проведення додаткових, спеціальних наукових досліджень для усунення колізій у законодавстві.

Традиційно особисті немайнові права досліджувалися, слід зазначити, переважно вченими-цивілістами. Із цим можна пов'язати спроби деяких із них довести, що цивільне право не лише охороняє, але й регулює усі особисті немайнові відносини. Проте, юридична рівність сторін, що є властивою цивільному праву, не може бути застосованою до відносин, де вона є відсутньою або обмеженою. Звідси є очевидним висновок про те, що більшість особистих немайнових прав цивільним законодавством регулюватися не може. Такі основні права людини, як право на життя, здоров'я, недоторканність особи, регулюються цілим комплексом галузей права.

Особисті права – це соціальна цінність, оскільки без них немає ні людини, ні суспільства, і в той же час вони є індивідуальними, тому що ними володіє кожна окрема особистість. Отже, ці цінності, крім суспільної, мають індивідуальні оцінки, які не завжди збігаються. Так, кожен громадянин має певне уявлення про свою честь і гідність. Але воно може не збігатися з думкою інших громадян або колективу. Одна людина вважає, що якісь вчинки, висловлювання про нього інших принижують його честь і гідність, тоді як інший ставиться до тих самих вчинків та висловлювань байдуже.

Слід зазначити, що М. І. Бару вніс особливий внесок у розвиток теорії особистих немайнових прав у трудовому праві своєю роботою «Охорона трудової честі за радянським законодавством». Вчений обґрунтував єдність співіснування в трудових правовідносинах майнової і немайнової сторін. У першому випадку, на його думку, учасникові правовідносин забезпечується матеріальний інтерес не тільки в оплаті за працю, але й забезпечення безпечних і здорових умов праці. У другому випадку мова йде про моральний інтерес. Немай-

нова сторона трудових правовідносин виражається у моральній оцінці праці працівника. Виходячи із цього, М. І. Бару формулює немайнове суб'єктивне право працівника на трудову честь. Воно включає в себе право претендувати на моральну оцінку праці та право вимагати усунення будь-яких порушень та уражень трудової честі працівника. Вчений виокремив також право на заохочення і право на висування «по службових сходах».

Г. І. Чанишева і Р. І. Чанишев зазначають, що особисті немайнові трудові права працівника у своїй основі мають особистісну домінанту, яскраво виражений характер нематеріальних благ людини, які захищаються законом. Проте ці права мають істотні відмінності від особистих немайнових прав, не пов'язаних із майновими, які охороняються цивільним законодавством. До особливостей особистих немайнових трудових прав працівника слід віднести такі. Носіями зазначених прав можуть бути тільки працівники, а права на працю – тільки особи, які мають трудову правосуб'єктність. Вони здійснюються завжди у рамках відносних правовідносин, суб'єктами яких, за загальним правилом, є працівник і роботодавець. Є також активними за змістом, оскільки працівник вправі вимагати не тільки утримання роботодавця від будь-яких дій, що порушують його права, але й активних дій, спрямованих на реалізацію і захист цих прав. Метод правової рівності сторін – працівника і роботодавця не застосовується у процесі реалізації трудових прав працівників.

Система особистих прав працівників у сфері застосування праці складалася з прав на: 1) охорону життя і здоров'я; 2) застосування і розвиток здібностей та обдарувань; 3) трудову честь і гідність; 4) забезпечення особистої свободи у сфері трудових відносин.

Однією з основних тенденцій розвитку трудових прав і сучасного трудового законодавства стало зміщення ціннісних пріоритетів у змісті трудових прав у сферу забезпечення

всебічного розвитку особистості. Цей напрямок у подальшому розвитку трудових прав пов'язано з перенесенням акцентів з «економічної» людини на особистість, її особисті блага. Ціннісні пріоритети прав людини все більше переміщуються зі сфери економічної та фізичної безпеки людини до сфери суб'єктивного самопочуття і «якості трудового життя».

Система особистих немайнових трудових прав являє собою складне явище, її зміст і форма не залишаються незмінними.

Особисті права працівника нематеріального характеру мають не менш істотне значення, ніж розглянуті вище права, що мають у тій чи іншій формі матеріальне вираження. Працівник у трудових правовідносинах з роботодавцем продовжує залишатися самостійною особою із властивою йому системою цінностей, пристрастей, поглядів на навколишню дійсність. Кожна людина у процесі трудової діяльності реалізує себе як творча особистість і шукає в роботі не тільки гідну оплату праці, але й можливості прояву своїх здібностей, талантів, розкриття свого потенціалу. При цьому людина не стає об'єктом того чи іншого виробництва, основний прояв її особистості залишається за межею робочого місця і не має, як правило, навіть опосередкованого відношення до процесу трудової діяльності. Сфера приватного життя працівника залишається закритою для сфери роботи, якщо тільки сам працівник не побажає привнести інформацію такого роду в колектив працівників або роботодавця. Крім того, в силу трудового договору працівник за загальним правилом зобов'язаний перебувати на території, підконтрольній роботодавцю, контактувати з іншими людьми, працювати в колективі з особливою системою соціального зв'язку. Але працівник продовжує залишатися особистістю, що володіє усією сукупністю особистих прав.

Відповідні нематеріальні права, невід'ємні від особистості, підлягають захисту як від посягань з боку роботодавця,

так і в процесі міжособистісного спілкування, пов'язаного з виконанням трудових обов'язків, у тому числі у взаємодії всередині колективу працівників.

Набувають особливого значення такі особисті немайнові трудові права працівника, як: право на професійне навчання, яке включає професійну підготовку, перепідготовку та підвищення кваліфікації, право на справедливі і безпечні умови праці, право на моральні заохочення, право на недоторканність особистого життя і захист персональних даних, право на захист трудової честі та гідності і захист від мобінга, право на рівність та захист від дискримінації у сфері праці.

Норми трудового права покликані доповнити і поглибити захист особистих немайнових прав та інших нематеріальних благ, здійснювану цивільним правом, стосовно особливостей трудових відносин, забезпечити права і свободи людини в період трудової діяльності

Таким чином, особисті немайнові трудові права як суб'єктивні трудові права – це можливості, суть яких полягає у забезпеченні особистої цілісності, фізичної та психічної недоторканності, індивідуалізації особистості, автономії працівника.

*ЛАЗЬКО Олексій*

## **ТЕОРІЯ ДОКАЗУВАННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ**

В сучасній незалежній Україні постала необхідність реформування власної правової системи, невід'ємною частиною якої є система судочинства. Сформована на основі принципів та правил цивільного судочинства, закріплених ЦПК УРСР, система судочинства України існувала до 2004 року, хоча необхідність реформування системи цивільного судочинства була зрозуміла ще у перші роки незалежності.

Втім, шлях до розбудови правової держави, удосконалення правових моделей захисту прав особи, використання здобутків науки та техніки в правовій сфері, передбачає й надалі реформування законодавства України, зокрема Цивільного процесуального кодексу України, як процесуального гаранта дотримання законності в приватноправовій сфері життя суспільства.

Проведення комплексного науково-теоретичного дослідження засобів доказування у сучасному цивільному процесі України передбачає визначення понять «доказ», «доказування», «засіб доказування», визначення особливостей правового регулювання кожного окремого виду засобів доказування. Аналіз даних питань та інших, суміжних питань, на нашу думку, дозволить більш повно виявити і охарактеризувати сутність, зміст та значення засобів доказування на сучасному етапі розвитку нашої держави і зокрема, процесу доказування. Так, останнім часом більше уваги приділялося дослідженню доказів, доказуванню, стадіям доказування у цивільному процесі, а правова природа засобів доказування у цивільному процесі все ще лишається недостатньо дослідженою і адаптованою до сучасних умов судочинства.

Чинним ЦПК України надано легальне визначення фундаментальних понять сучасної теорії доказування: «доказ», «належність доказів», «допустимість доказів», а також наведена класифікація доказів у цивільному процесі. Так, відповідно до ст. 57 ЦПК України доказами є будь-які фактичні дані, на підставі яких суд встановлює наявність або відсутність обставин, що обґрунтовують вимоги і заперечення сторін, та інших обставин, які мають значення для вирішення справи. Відмітимо, що існує значна частина критичних зауважень, які стосуються поняття «доказ». Авторська позиція зводиться до того, що не можливо ототожнювати доказ з фактичними даними. Якщо ми приймаємо до уваги, що доказами є перелічені і класифіковані у ч. 2 ст. 57 ЦПК України засоби до-

казування, то фактичні дані мають представляти собою інформацію, відомості про певні обставини. Але інформація може викладатися на всіляких носіях та/або в наслідок розумової діяльності знаходитися в мозку осіб, які беруть участь у справі. Тому поняття «фактичні дані» потребує уваги науковців, розкриття його змісту в нормах ЦПК України, а також проведення логічного зв'язку з іншими поняттями.

Отже, у контексті даного дослідження вважаємо за необхідне більш детально зупинитися на понятті «доказ». Так, з урахуванням положень ч. 2 ст. 57 ЦПК України, стає зрозумілим, що доказом є не «будь-які фактичні дані», а лише ті, що були встановлені на підставі пояснень сторін, третіх осіб, їхніх представників, допитаних як свідків, показання свідків, письмових доказів, речових доказів, зокрема звуко- і відеозаписів, висновків експертів. Таким чином, з аналізу ст. 57 ЦПК України, доказами у цивільному процесі виступають фактичні дані, на підставі яких суд встановлює наявність або відсутність обставин, що обґрунтовують вимоги і заперечення сторін, та інших обставин, які мають значення для вирішення справи.

На відміну від доказів поняття «доказування» в цивільному-процесуальному законодавстві України не визначене. Саме тому поряд з легальним визначенням поняття доказу варто визначити і теоретико-правові підходи до визначення поняття «доказ», як вихідної основи доказування в цивільному процесуальному праві. Необхідно зазначити, що аналіз норм чинного ЦПК України та спеціальної літератури свідчить про необхідність конкретизації та законодавчого закріплення не лише понятійного апарату, а й механізмів їх реалізації, зокрема, і процесу «доказування» та «доведення» у цивільному процесі. Процесуальний закон регламентує відповідний порядок отримання фактичних даних, що мають значення для цивільної справи. Крім того, якщо фактичні дані отримані із порушенням встановленого порядку їх залучення до процесу

та дослідження, вони не можуть бути застосовані судом як докази, а отже не можуть застосовуватися для обґрунтування рішення суду.

Так, процес доказування у цивільному процесі традиційно визначають як процесуальну розумову діяльність суб'єктів доказування, яка здійснюється у врегульованому процесуальним законом порядку, спрямована на з'ясування дійсних обставин справи, прав і обов'язків сторін, встановлення певних життєвих обставин шляхом утвердження юридичних фактів, вказівок на докази, а також подання, прийняття, збирання, витребування, дослідження та оцінки доказів [39, с. 2]. Крім того, процес доказування (порядок та процедура) чітко врегульовані нормами ЦПК України, однак, безумовно, при дослідженні доказів суд має враховувати особливості кожної конкретної справи та оцінювати їх покладаючись на власне переконання та свідомість. Таким чином, слід відзначити, що доказування є складною процесуальною діяльністю та складним теоретичним поняттям, що поєднує як розумову так і процесуальну діяльність суб'єктів доказування. Доказування як процесуальна діяльність має внутрішню будову та складається із відповідних стадій, що чітко врегульовані процесуальними нормами та безпосередньо пов'язані із стадіями цивільного судочинства.

Доказування безпосередньо пов'язане з пізнанням, втім ці поняття не є тотожними. На наш погляд, слід підтримати ті правові позиції, в яких судове пізнання є поєднанням розумової та процесуальної діяльності суб'єктів доказування. Так, розумова сторона доказування проявляється у правилах пізнання та логіки, в свою чергу процесуальна діяльність обумовлена наявністю сукупності правових норм, що визначають суворий порядок їх збирання, представлення та дослідження.

Враховуючи істотне значення понять «доведення» і «доказування» в теорії та практиці розвитку цивільного про-



цесуального законодавства і права, вважаємо, що визначення основних теоретичних конструкцій встановлення істини в цивільному процесі, якими по суті є поняття «доказ», «доказування» та «доведення» мають знайти своє законодавче закріплення у чинному Цивільному процесуальному кодексі України.

Докази і процес доказування слід аналізувати з урахуванням таких аспектів:

- докази мають бути проаналізовані за зв'язком з матеріальними об'єктами або діями осіб, оскільки безпосереднім доказом є матеріальні об'єкти, а «зчитана» з них інформація може мати певні вади, обумовлені як технічними помилками, так і суб'єктивними факторами. Наприклад, коли мова йде про захист прав споживачів, то споживчі якості певного товару аналізується як виробником та продавцем, так і споживачем, який придбав такий товар. Загальновідомим є приклад із США, коли позов споживача був обумовлений тим, що в інструкції по експлуатації мікрохвильової печі не було застереження щодо неможливості сушити тварин в такій печі. Тому питання стояло про способи використання такої печі і аналізувалася як доказ відповідна інструкція в тому вигляді, як вона потрапила до споживача та завдана споживачу шкоди;
- відомості, отримані з матеріального об'єкту, мало того, що можуть надаватися суду обома сторонами, а й досліджуватися експертами, спеціалістами на предмет їх достовірності. Наприклад, коли мова йде про пошкоджений в ДТП автомобіль, то питання може стояти не тільки про вину особи, для чого може проводитися трасологічна експертиза, а й розмір завданої матеріальної шкоди, а в основі таких експертиз буде лежати характер пошкоджень автомобіля. Тому питання може стояти не тільки про достовірність відомостей про об'єкт, а й про достатність інформації, її об'єктивність, а також достовірність запропонованих суду висновків. Іноді в судовій практиці трапляються випадки, коли суду надаються результати експертизи, а не самі розрахунки, первісні дані, які були введені до комп'ютера тощо;
- процесуальне оформлення доказів та відомостей про докази має відбуватися також з врахуванням розподілу відомостей про докази та самих матеріальних об'єктів, а

саме мова повинна йти про встановлення тих процесуальних заходів, за допомогою яких суд має фіксувати наявність матеріальних об'єктів, їх місця знаходження, характерних ознак, можливості провести огляд на місці тощо, а також відомостей про такі об'єкти і позиції сторін щодо їх прийняття до уваги при прийнятті рішення по справі.

*ОСТАПЕНКО Тимур*

## **НОРМЫ ОСНОВ ГРАЖДАНСКОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА СОЮЗА ССР И СОЮЗНЫХ РЕСПУБЛИК И ГПК О ЗАЩИТЕ ИНТЕРЕСОВ ОТВЕТЧИКА**

В соответствии с Конституцией УССР правосудие осуществлялось только судом на началах равенства граждан перед законом и судом. Эти конституционные принципы были конкретизированы в ст. 7 Основ гражданского судопроизводства Союза ССР и союзных республик и в ст. 5 Гражданского процессуального кодекса РСФСР и соответствующих статьях ГПК других союзных республик. Правосудие по гражданским делам осуществлялось только судом и на началах равенства перед законом всех граждан, независимо от их происхождения, социального и имущественного положения, расовой и национальной принадлежности, образования, языка, отношения к религии, рода и характера занятий, места жительства и других обстоятельств. Равенство перед законом означало применение судом норм единой социалистической системы права одинаково в отношении всех граждан, а равенство перед судом исключало какие-либо преимущества или дискриминацию граждан на какой бы то ни было основе.

Правосудие по гражданским делам осуществлялось путем рассмотрения и разрешения правовых споров, отнесенных к подведомственности судов. Это, как правило, были споры, возникавшие из гражданских, семейных, трудовых и

колхозных правоотношений, если хотя бы одной из сторон в споре являлся гражданин, предприятие, колхоз, межколхозное, государственно-колхозное предприятие, организация или объединение, за исключением случаев, когда разрешение таких споров отнесено законом к ведению административных либо иных органов. Суды разрешали и другие дела, предусмотренные ГПК.

Стороны в правовом споре являлись обязательными участниками по указанным делам (основная группа лиц, участвующих в деле), то есть те субъекты гражданского процессуального правоотношения, спор которых о субъективном праве или охраняемом законом интересе суд должен был рассмотреть и разрешить. Сторонами в процессе являлись истец и ответчик. Истцом называли лицо, которое обратилось в суд за защитой своих субъективных прав (кроме того, в защиту его прав и интересов могло быть возбуждено гражданское дело и по инициативе других лиц).

Ответчик – это лицо, которое привлекалось к ответу по материально-правовому требованию истца. Однако в момент возбуждения дела можно было лишь предположить, что истцу принадлежало право (охраняемый законом интерес) и что оно было нарушено или оспаривалось ответчиком. Суд в процессе рассмотрения дела должен был решить, – существует ли спорное правоотношение между истцом и ответчиком. Поэтому истец и ответчик являлись предположительными субъектами спорного правоотношения.

Таким образом, в отличие от уголовного, гражданское процессуальное законодательство не закрепляло принципиального положения, подобного презумпции невиновности. Напротив, согласно ГПК действовало положение, в силу которого ответчик (если на него указывал истец как на нарушителя права) предполагался виновным в нарушении законодательства. Даже если такое предположение отсутствовало, замена или освобождение его от участия в процессе

возможны были только при наличии согласия истца. Без такого согласия вопрос о его невинности решался после рассмотрения и разрешения дела по существу. Однако это вовсе не означало, что истец имел какие-то преимущества перед ответчиком при осуществлении процессуальных прав, а ответчик находился в худшем положении по сравнению с истцом. Это ни в коем случае не нарушало равенства по осуществлению материальных и процессуальных прав как ответчика, так и истца.

Нормы гражданского процессуального законодательства закрепляли целый ряд положений, специально посвященных процессуальному положению ответчика, определявших его правовое положение и гарантировавших защиту его субъективного права.

Остановимся на краткой характеристике содержащихся в гражданском процессуальном законодательстве норм, которые были посвящены правовому положению ответчика, а в дальнейшем раскроем содержание принципа равноправия сторон путем анализа соотношения процессуальных прав и обязанностей ответчика с правами и обязанностями истца.

Статья 16 Основ и ст. 14 ГПК устанавливали обязанность суда, не ограничиваясь представленными материалами и объяснениями, принимать все предусмотренные законом меры для всестороннего, полного и объективного выяснения действительных обстоятельств дела, прав и обязанностей сторон. Ответчик, являясь стороной в процессе, пользовался всеми процессуальными правами как лицо, участвующее в деле: он был вправе признать иск, окончить дело мировым соглашением с истцом, если эти действия не противоречили закону или не нарушали чьих-либо прав и охраняемых законом интересов. Объяснение ответчика выступало как установленное законом средство доказывания его контраргументов. На ответчика были возложены обязанности доказывания обстоятельств, на которые он ссылался с

целью обоснования своих возражений, и представления доказательств. Суд мог собирать доказательства по собственной инициативе, если представленных ответчиком оказывалось недостаточно. Суд был вправе, учитывая материальное положение ответчика, освободить его от уплаты судебных расходов в доход государства.

При несогласии истца на замену ненадлежащего ответчика другим лицом, суд мог привлечь это лицо в качестве второго ответчика. При предъявлении иска к нескольким ответчикам каждый из них выступал в процессе самостоятельно по отношению к другому.

Ответчик мог вести свое дело в суде лично или иметь представителя. Пребывание ответчика в действующей части Вооруженных Сил СССР вызывало обязанность суда приостановить производство по делу. Суд был вправе приостановить производство по делу в случае нахождения ответчика на действительной военной службе или в случае привлечения его к выполнению какой-либо государственной обязанности, пребывания в длительной служебной командировке, в лечебном учреждении или при наличии у него заболевания, препятствующего явке в суд и подтвержденного справкой медицинского учреждения, а также в случае розыска ответчика. Ответчик имел право обжалования решения в кассационную инстанцию, а также мог участвовать в рассмотрении дела, давать объяснения и представлять дополнительные материалы.

В главе 10 ГПК «Судебные извещения и вызовы» непосредственно ответчику была посвящена ст. 112, предусматривавшая действия суда при неизвестности места пребывания ответчика.

В этом случае суд начинал рассмотрение дела по поступлению в суд повестки с подписью, удостоверявшей ее получение домоуправлением или исполнительным комитетом поселкового или сельского Совета народных депутатов по

последнему известному месту жительства. По искам же о взыскании алиментов и возмещении вреда, причиненного увечьем или иным повреждением здоровья, а также смертью кормильца, судья был обязан объявить розыск ответчика через органы милиции. По искам же государственных предприятий, учреждений, организаций, колхозов, иных кооперативных организаций, их объединений, других общественных организаций суд был вправе объявить такой розыск. По общему правилу иск предъявлялся по месту жительства ответчика, а если ответчик – юридическое лицо, то по месту нахождения органа или имущества юридического лица. Эта норма создавала для ответчика наиболее благоприятные возможности для личного участия в рассмотрении возбужденного против него спора. Однако, наряду с этим, закон предусматривал подсудность по выбору истца (альтернативную), при которой дело могло рассматриваться в одном из нескольких судов, в том числе предусмотренных ст. 117 ГПК, а также исключительную подсудность, предусматривавшую рассмотрение гражданского дела в определенных, указанных в законе, судах. Иски к нескольким ответчикам, проживавшим или находившимся в разных местах, предъявлялись по месту жительства или месту нахождения одного из ответчиков, согласно выбору истца. Если ответчик, место жительства которого не было ранее известно, заявлял ходатайство о передаче дела в суд по месту его жительства, суд передавал дело на рассмотрение другого суда. Анализ норм, посвященных ответчику, позволяет сделать вывод, что правовую основу правоотношения «суд – ответчик» составляли процессуальные права ответчика защищаться против иска с соответствующей обязанностью суда содействовать осуществлению его законных прав и интересов, а также дать правильный ответ по существу предъявленных к нему требований в судебном решении.

Это право включало правомочия ответчика:

- а) быть обязательно извещенным о возбужденном деле по иску к нему, о назначении дела к слушанию;
- б) получить копию искового заявления и прилагаемых к нему материалов, чтобы знать о существе предъявленных к нему претензий;
- в) получить извещение о времени и месте судебного заседания с учетом обеспечения времени на подготовку к участию в рассмотрении дела, а также возможности представления письменных объяснений;
- г) представить свои доказательства, обосновывающие выдвинутые возражения;
- д) участвовать в процессе лично или привлечь для помощи представителя;
- е) оспаривать право на иск как в материальном, так и в процессуальном смысле;
- ж) представлять доводы и высказывать соображения по всем вопросам, которые возникают в процессе рассмотрения дела по существу;
- з) обжаловать вынесенное решение и обращаться к соответствующим должностным лицам о пересмотре его в порядке надзора, требовать пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам;
- и) пользоваться иными правами, предусмотренными гражданским процессуальным законодательством, а также законами Союза ССР и союзных республик.

Защитительные действия основывались и на правомочиях заявить материально-правовые или процессуально-правовые возражения, предъявить встречный иск.

*ЧАНИШЕВА Аліна*

## **ДО ПРОБЛЕМИ СТРУКТУРИ ЗМІСТУ ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНИХ ВІДНОСИН**

Майнові відносини, що виникають у сфері цивільного обороту, набувають правової форми зобов'язань чи зобов'язальних відносин. Саме ця правова форма надає названим відносинам стабільності, а в разі порушення цієї стабільності

однією із сторін надає іншій стороні можливість компенсації майнових витрат, що настали внаслідок порушення. Стрижнем зобов'язальних відносин є їх зміст. Він є багатим і структурованим. На структуру змісту зобов'язальних відносин звернув увагу М. М. Агарков, а пізніше – В. А. Белов і Н. Ю. Голубєва. Ю. Г. Басін і Л. А. Чеговадзе доповнили ці дослідження аналізом динамічного аспекту змісту зобов'язань.

Проте проблема структури змісту зобов'язальних відносин потребує подальшого дослідження, бо ситуація у науці цивільного права мало змінилась з тих пір, як М. М. Агарков констатував, що питання про структуру зобов'язального правовідношення у буржуазній науці або не розглядається, або розглядається мимохідь [1, с. 265]. Він обачливо тільки не сказав про те, що в соціалістичній науці цивільного права зазначена проблема також не розглядається, або розглядається мимохідь. За таких умов проблема структури змісту зобов'язальних відносин зберігає свою актуальність до цього часу, що виправдовує звернення до зазначеної проблеми.

Зобов'язальні відносини можна розглядати як системне утворення, що складається із певних елементів, що знаходяться у певному співвідношенні і взаємодіють між собою. Традиція виокремлення таких елементів у складі зобов'язання склалась задовго до того, як у науці стали розроблятися проблеми використання у наукових дослідженнях системного методу. Д. Є. Мейер свого часу не вживав термін «елементи зобов'язання», але виокремлював і досліджував поняття осіб-учасників зобов'язання, предмета зобов'язання і дії зобов'язання [2, с. 440–493]. При цьому під рубрикою «дія зобов'язання» він аналізував переважно зміст зобов'язання у процесі його виконання, у процесі втілення прав та обов'язків сторін у їх конкретних діях. Г. Ф. Шершеневич також не вживав термін «елемент зобов'язання», але виокремлював і досліджував поняття суб'єктів зобов'язання, об'єкта зобов'язання та дії зобов'язання [3, с. 272–287].



М. М. Агарков використовував термін «елементи зобов'язання» в самому широкому розумінні як будь-який фрагмент зобов'язання, що може бути виокремлений для практичних або наукових цілей [1, с. 304]. Пізніше використання терміну «елементи зобов'язання» стало само собою зрозумілим, як і розуміння під елементами зобов'язання суб'єктів, об'єктів, змісту зобов'язання. Для цілей даної доповіді нас цікавить лише останній елемент зобов'язання – його зміст.

М. М. Агарков як ніхто інший побачив проблему змісту зобов'язання, а тому під рубрикою «основні елементи зобов'язання» розглядав, зокрема, питання змісту зобов'язань, санкції в зобов'язаннях та мети зобов'язання [1, с. 176–288]. Особливий інтерес викликає та обставина, що він виокремлює підрозділ «Структура зобов'язання». У цьому підрозділі лише незначна частина (менше пів сторінки із загального обсягу 23 сторінки) присвячується проблеми множинності осіб у зобов'язаннях. У решті в цьому підрозділі аналізується зміст зобов'язань, у якому виокремлюються окремі групи прав та обов'язків, що складають зміст зобов'язань, тобто під структурою зобов'язання М. М. Агарков розумів певні групи прав та обов'язків, які виокремлюються і взаємодіють між собою [1, с. 265–268].

Оскільки є проблема розуміння поняття зобов'язання в науці і законодавстві, видається доцільним при першому наближенні до проблеми, позначеної в заголовку цієї доповіді, використовувати термін «зобов'язальні відносини», маючи на увазі, що мало буде підстав заперечувати проти цього терміну, яким тут буде позначатись увесь комплекс цивільно-правових зв'язків, що виникають на підставі договору або іншого юридичного факту (чи їх сукупності), що породжує зобов'язальні відносини. Цей комплекс може бути гранично простим (при односторонньому договорі), а може бути складним (при двосторонньому договорі), а часто – вельми складним. У будь-якому випадку немає підстав заперечувати ні

існування такого явища, ні його позначення терміном «зобов'язальні відносини». Зазначене явище є реальністю, тому його існування є незаперечуваним. Використання для його позначення вказаного терміну також заперечувати складно, оскільки це явище безспірно є відносинами, а слово «зобов'язальні» вказує на те, що вони є відносними і цивільно-правовими.

Термін «зобов'язальні відносини» у цій доповіді запозичено із творів М. М. Агаркова, який використовував термін «зобов'язальні правовідносини». При цьому М. М. Агарков не врахував, що зобов'язальні відносини завжди є правовідносинами, а тому вказівка на їх правовий характер є зайвою. З деякою мірою припущення можна стверджувати, що зобов'язальні відносини Н. Ю. Голубева позначає як зобов'язання, оскільки вона пише, що «усю сукупність низки зустрічних прав і обов'язків сторін... слід розглядати як одне правовідношення – одне зобов'язання» [4, с. 24]. Таке зобов'язання Н. Ю. Голубева позначає як складне. Ми тут зазначили на припущення тому, що у зобов'язальних відносинах існують і такі права, стосовно яких існування зустрічних обов'язків принаймні викликає сумнів. З урахуванням цього зобов'язання, як його розуміє Н. Ю. Голубева, може бути не тотожним зобов'язальним відносинам, як усьому комплексу цивільно-правових зв'язків, що існують між його сторонами. З урахуванням викладеного в цій доповіді використовуються терміни «структура змісту зобов'язальних відносин», «зміст зобов'язальних відносин», «зобов'язальні відносини».

Проте не можна не помітити, що термін «зобов'язальні відносини» у вітчизняній науці та вітчизняному законодавстві не прижився. Терміном «зобов'язання» стало позначати як зобов'язальні відносини в цілому, так і кожне із зустрічних зобов'язань, що виникають на підставі двостороннього договору. Цілком очевидно, що визначення поняття зобов'язання в частині першій ст. 509 ЦК України і розуміння цього

ж поняття, що впливає з частини третьої ст. 510 ЦК України, є різними. За частиною першою ст. 509 ЦК України зобов'язанням є зв'язок між обов'язком на одній стороні і правом вимоги – на іншій. Згідно з частиною третьою ст. 510 ЦК України кожна із сторін може одночасно мати права і нести обов'язки. І це породжує проблеми при правозастосуванні: коли в певному правовому положенні вживається термін «зобов'язання», то суб'єкт правозастосування змушений з'ясувати якого ж саме значення надає законодавець цьому терміну – того значення, що відповідає частині першій ст. 509 ЦК України, чи того значення, якого слід надавати цьому терміну згідно з частиною третьою ст. 510 ЦК України. Подібно до цього, маючи на увазі різні розуміння категорії договору, В.В. Луць рекомендував «в конкретному аналізі юридичних явищ завжди... розкривати їх сутність та встановлювати, зокрема, що розуміється під поняттям «договір» у тому чи іншому випадку» [5, с. 20]. Слід додати до даного висновку, що встановлювати це треба шляхом врахування контексту відповідного нормативного положення. Але ж і це допомагає не завжди. Так, із контексту ст. 607 ЦК України, що передбачає припинення зобов'язання неможливістю його виконання, можна зрозуміти, що на підставі цього законодавчого положення припиняється не весь комплекс правових зв'язків, що виникають на підставі двостороннього договору, а якась частина цих зв'язків: не може такого бути, щоб водночас стало неможливим виконати усі обов'язки обох сторін договору. Проте, в інших випадках не допомагає і врахування контексту. Тому було б краще, якби цивільно-правові терміни були чітко визначеними і не допускали їх дво- і багатозначного тлумачення.

### **Література:**

1. Агарков М. М. Обязательства по советскому гражданскому праву / М. М. Агарков / Избранные труды по гражданскому праву. В 2-х т. Т. I. – М.: Центр ЮрИнфоР, 2002. – С.163–460.

2. Мейер Д. И. Русское гражданское право / Д. И. Мейер. – М.: Статут, 2000. – 831 с.
3. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права / Г. Ф. Шершеневич. – М.: Статут, 1995. – 856 с.
4. Голубева Н. Ю. До питання про складне за змістом зобов'язання / Н. Ю. Голубева // Часопис цивілістики. – 2014. – Вип. 16. – С. 19–25.
5. Луць В. В. Договір як регулятор цивільних відносин / В. В. Луць // Право України. – 2012. – № 9. – С. 19–25.

*ДАНИЛЬЧЕНКО Олена*

## **ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ ЗАХОДИ ЗАХИСТУ ПРАВА ВЛАСНОСТІ**

Захист прав і свобод є загальнолюдською цінністю. Відповідно до ст. 13 Конституції України держава забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання. Створення дієвого механізму цього захисту є важливим завданням на сучасному етапі розвитку держави.

Спробуємо систематизувати способи, які може обрати власник для захисту свого суб'єктивного права, враховуючи те, що проголошена юридична рівність власників у виборі і застосуванні встановлених законом способів захисту.

Під цивільно-правовим захистом права власності розуміють систему засобів, які застосовуються у випадку порушення прав власника і які спрямовані на відновлення та захист майнової сфери власника. Дзера О. визначає цивільно-правовий захист як систему активних заходів, які застосовуються власником, компетентними державними органами чи іншими органами, спрямовану на усунення порушень права власності, покладення виконання обов'язку з відновлення порушеного права на порушника [2, 48]

Способи захисту цивільних прав та інтересів судом визначено у ст. 16 ЦК. Їхній перелік не є вичерпним, оскільки суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, що встановлений договором або законом.

Аналіз цивільного законодавства дає підстави зробити висновки щодо основних рис цивільно-правового захисту права власності: це його гарантованість державою; його загальність (можливість отримати такий захист існує для усіх суб'єктів права власності); його рівність для усіх суб'єктів; повнота захисту (власник, права якого порушені, має право не лише вимагати відновлення стану, який існував до порушення та припинення порушення, але також й право на відшкодування завданої йому майнової та моральної шкоди на підставах, встановлених ст.ст. 22, 23 ЦК).

У науці цивільного права всі способи захисту права власності прийнято класифікувати на певні групи: 1) речово-правові засоби захисту – віндикаційний, негаторний позов, позов про визнання права власності, які спрямовані на захист суб'єктивного права власності як права абсолютного (статті 387–392 ЦК); 2) зобов'язально-правові способи захисту ґрунтуються, впливають з договірних інститутів, а не з права власності як такого і спрямовані на захист власника як суб'єкта зобов'язальних правовідносин [8, с. 207]

З цього приводу висловлено та обґрунтовано і інші позиції. Так, Є.Суханов всі способи захисту права власності поділяє на: 1) класичні речово-правові (віндикаційний та негаторний позови); 2) зобов'язально-правові; 3) позов про визнання права власності та його різновид – позов про виключення майна з опису, які є особливими способами захисту права власності; 4) позови до публічної влади (позови про повне відшкодування збитків, заподіяних приватним особам внаслідок незаконних дій державних органів, органів місцевого самоврядування чи їхніх посадових осіб, у тому числі шляхом видання нормативного чи ненормативного акта всупереч закону чи іншому правовому акту); вимоги про визнання недійсним ненормативного акта, який не відповідає закону чи іншим правовим актам та порушує речове право; 5) позови про компенсацію у зв'язку з припиненням права власності за

рішенням публічної влади [6, с. 611]. В. Ємельянов поділяє способи захисту на загальні та спеціальні. До загальних він відносить – віндикаційний та негаторний позови, позов про визнання права власності. Спеціальні, на його думку, поділяються на: 1) способи захисту від правомірного чи неправомірного втручання державних органів чи інших організацій; 2) способи захисту у випадку несприятливого збігу об'єктивних обставин; 3) зобов'язально-правові способи [5, с. 160].

I. Дзера включає до загальноприйнятої класифікації способів захисту ще й:

- допоміжні речово-правові засоби захисту: позов про визнання права власності, позов про виключення майна з опису;
- зобов'язально-правові засоби: засоби захисту права власності в договірних відносинах (відшкодування збитків, заподіяних невиконанням чи неналежним виконанням договору; повернення речей, наданих у користування за договором); засоби захисту права власності в деліктних зобов'язаннях; позови про повернення безпідставно отриманого чи збереженого майна;
- спеціальні засоби захисту: позови про визнання правочину недійсним; позови про захист прав співвласника у разі виділу, поділу та продажу спільного майна; засоби захисту права власності померлих та осіб, визнаних безвісно відсутніми або оголошених померлими; засоби захисту прав власників від неправомірного чи правомірного втручання державних органів, органів місцевого самоврядування та у надзвичайних ситуаціях; інші спеціальні засоби, обумовлені особливим колом уповноважених чи зобов'язаних осіб та надзвичайними обставинами [6, с. 195]

Важко не визнати той факт, що способи, що є в цивільному законодавстві не завжди вкладаються в класичну схему речових засобів і зобов'язальних, проте пропоновані класифікації цінні з погляду наукової дискусії. Практична цінність способів захисту права власності саме у впевненості власника, що у випадку порушення його права, воно буде захищене компетентним органом (судом), а спосіб захисту власник обирає самостійно залежно від характеру порушення його

прав [4, с. 241]. Важливим є той факт, що власник має право захистити свої вже порушені права, так і запобігти такому порушенню завдяки передбаченим законом засобам.

Власник, який має підстави передбачити можливість порушення свого права, може звернутися до суду з вимогою про заборону вчинення певних дій, які можуть порушити право або з вимогою про вчинення дій для запобігання порушенню (ч. 2 ст. 386 ЦК). У таких ситуаціях можливим є застосування норм глави 81 ЦК України (статті 1163–1165). Якщо майну фізичної або юридичної особи загрожує небезпека, то ці особи мають право вимагати її усунення від того, хто створює небезпеку. Якщо небезпека ще існує, то особа має право вимагати: 1) вжиття невідкладних заходів щодо усунення загрози; 2) відшкодування завданої шкоди; 3) заборони діяльності, яка створює загрозу.

Отже, відповідно до чинного законодавства держава забезпечує рівний захист прав усіх суб'єктів права власності. До того ж, як зазначено, в Постанові пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 07.02.2014 року № 5 Про судову практику в справах про захист права власності та інших речових прав [9] право вибору способу судового захисту належить виключно позивачеві ч. 1 ст. 20 ЦК України іст. ст. 3, 4 ЦПК України. При цьому неправильно обраний спосіб захисту права власності чи іншого речового права не є підставою для відмови у відкритті провадження у справі, повернення позовної заяви чи залишення її без руху, а в певних випадках за таких обставин може бути відмовлено в позові.

Під формою захисту розуміють комплекс внутрішньо узгоджених організаційних заходів із захисту суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів [1.542] Розрізняють дві основні форми захисту юрисдикційну і неюрисдикційну. Порядок здійснення захисту порушених або оспарюваних прав та інтересів, який здійснюється уповноваженими на те

державними органами, належить до юрисдикційної форми захисту [7, с. 353]

Юрисдикційна форма захисту полягає у здійсненні відповідних дій у межах визначеної законодавством компетенції судом, органами влади, органами місцевого самоврядування, а також нотаріусом. Самозахист (здійснюється особою самостійно) є основною неюрисдикційною формою захисту.

Самозахист цивільних прав – це форма їхнього захисту, яка допускається тоді, коли потерпілий має можливості правового впливу на порушника, не вдаючись до допомоги судових або інших органів. Дії особи, що прибігла до самозахисту можуть бути передбачені як договором, так і законодавчими актами, це може бути ініціатива самого власника. Важливим є адекватність його дій, щодо протидії порушенням іншої особи.

Обираючи спосіб захисту необхідно враховувати і особливості самого майна, з приводу якого існує право власності. Так до позовів, що виникають з приводу нерухомого майна, належать, зокрема, позови про визнання права на таке майно, про витребування майна із чужого незаконного володіння, про усунення перешкод у здійсненні права користування та розпорядження майном, не пов'язаних із позбавленням володіння, про встановлення сервітуту, виключення майна з-під арешту, визнання правочину недійсним (незалежно від висунутої вимоги про застосування наслідків недійсності правочину) тощо.

### **Література:**

1. Гражданское право: учебник в 3т. Т. 1 / Е. Н. Абрамова, Н. Н. Аверченко, Ю. В. Байгушева ; под ред. А. П. Сергеева. – М. : Р,Г, – Пресс, 2009. – С. 542.
2. Дзера І. О. Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні. – К.: Юрінком Інтер. 2001. – С. 48.
3. Дзера О., Дзера І. Віндикаційний позов у теорії та судовій практиці // Право України, 2014, № 2. – С. 184–195.
4. Доліненко Л. О. Цивільне право України: Навч. посібник для вузів. – К.: Кондор, 2006. – С. 241.



5. Емельянов В. П. Гражданское право Украины. – Х.: Прапор, 1996. – С. 160.
6. Суханов Е. Гражданское право. – Т. 1. – М.: Юристъ, 1998. – С. 611.
7. Цивільне право: підручник: у 2т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, Т. І. Бегова та ін.; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – Х.: Право, 2011. – Т. 1. – С. 353.
8. Яворська О. С. Правове регулювання відносин власності за цивільним законодавством України: навч. посібник. – К.: Атіка, 2008. – С. 207.
9. Про судову практику в справах про захист права власності та інших речових прав. Постанова пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 07.02.2014 року № 5 / НАУ – 2015.

*БАГРИЦЕВИЧ Євгенія*

## **ЩОДО ПОНЯТТЯ СУБ'ЄКТІВ ІННОВАЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ**

Як відомо, нові ідеї, рішення та розробки, втілені у виробництво, не лише підвищують конкурентоспроможність суб'єктів господарювання та їхньої діяльності, а й стимулюють економічний розвиток країни в цілому. Фактично реалізація результатів інтелектуальної діяльності відбувається у формі інноваційної діяльності. На сучасному етапі розвитку економіки України активізація інноваційної діяльності набуває важливого значення, оскільки без цього неможливо здійснити прогресивні структурні зрушення в країні, суттєво оновити реальний сектор і загалом забезпечити сталий соціально-економічний розвиток держави.

Українським парламентом, Урядом, Президентом та іншими органами за останні роки було ухвалено або прийнято значну кількість законів і підзаконних нормативно-правових актів, спрямованих на інноваційний розвиток, якими визначено стратегічні цілі і завдання, засоби сприяння і строки виконання окремих державних завдань, й у загальних рисах окреслено суб'єктів господарювання – виконавців.

Слід зазначити, що питання інноваційного розвитку є відносно новими для правової доктрини: тільки в останнє

десятиліття почали публікувати праці, присвячені проблемам інновацій та інноваційної діяльності. У зв'язку з чим існує науково-практична необхідність у розробці різних аспектів інноваційних правовідносин. Зокрема, важливе значення має питання про суб'єктний склад інноваційної діяльності.

З правової точки зору суб'єкт інноваційної діяльності – особа, яка в силу притаманних їй ознак, визначених юридичними нормами, може бути учасником правовідносин у сфері інноваційної діяльності [1, с. 20].

При цьому в юридичній літературі, зазвичай, розглядають наступні основні суб'єкти інноваційної діяльності: особи, що провадять інноваційну діяльність, суб'єкти інфраструктури, які здійснюють підтримку інноваційної діяльності, наукові організації, держава.

Статтею 5 Закону України «Про інноваційну діяльність» [2] визначено, що суб'єктами інноваційної діяльності можуть бути фізичні і (або) юридичні особи України, фізичні і (або) юридичні особи іноземних держав, особи без громадянства, об'єднання цих осіб, які провадять в Україні інноваційну діяльність і (або) залучають майнові та інтелектуальні цінності, вкладають власні чи запозичені кошти в реалізацію в Україні інноваційних проектів.

Найбільш широке коло суб'єктів інноваційної діяльності визначено у внесеному 14.01.2013 р. Кабінетом Міністрів України на розгляд до Верховної Ради України проекті Закону України «Про інноваційну діяльність» № 2003 [3]. Відповідно до ст. 4 зазначеного законопроекту суб'єктами інноваційної діяльності можуть бути громадяни України, особи без громадянства, іноземці, юридичні особи (резиденти і нерезиденти) та інноваційні структури, які сприяють провадженню та (або) провадять в Україні інноваційну діяльність, і (або) залучають майнові та немайнові цінності, вкладають власні чи залучені кошти в реалізацію в Україні інноваційних проектів. Інноваційними структурами є об'єднання фізичних

або юридичних осіб, які сприяють проведенню та (або) проводять в Україні інноваційну діяльність, та (або) залучають майнові та немайнові цінності, вкладають власні чи залучені кошти в реалізацію в Україні інноваційних проектів. Інноваційні структури можуть функціонувати як технологічні парки, наукові парки, індустріальні (промислові) парки, інноваційні кластери, інноваційні центри, інноваційні бізнес-інкубатори, технополіси, інноваційні та науково-інформаційні мережі, технологічні платформи тощо.

Аналогічний підхід до визначення кола суб'єктів інноваційної діяльності міститься і в Модельному законі «Про інноваційну діяльність» [4]. Згідно зі статтею 3 цього закону суб'єктами інноваційної діяльності є:

- фізичні та юридичні особи, які створюють та реалізують інновації;
- органи державної влади та місцевого самоврядування та уповноважені ними організації, що беруть участь у формуванні та реалізації державної інноваційної політики та в регулюванні інноваційної діяльності;
- спеціалізовані організації інноваційної інфраструктури, що забезпечують інноваційну діяльність;
- громадські організації, їх об'єднання, професійні саморегульовані організації, що захищають інтереси виробників і споживачів інноваційної продукції.

Виходячи зі статті 5 чинного Закону України «Про інноваційну діяльність» та статті 4 вищевказаного проекту Закону «Про інноваційну діяльність», до кола суб'єктів інноваційної діяльності належать як фізичні та юридичні особи, які безпосередньо здійснюють інноваційну діяльність, так і фізичні та юридичні особи, які залучають майнові та інтелектуальні цінності, вкладають власні чи залучені кошти в реалізацію в Україні інноваційних проектів. Тобто, суб'єктами інноваційної діяльності в розумінні ст. 5 Закону України «Про інноваційну діяльність» можуть бути не тільки суб'єкти господарювання, які здійснюють виробництво інноваційної продукції, а й так звані інноваційні інвестори (наприклад, банки та інші

фінансово-кредитні установи, що здійснюють фінансування інноваційних проєктів). Отже, законодавець не розмежовує такі поняття, як «суб'єкт інноваційної діяльності» та «учасник інноваційних правовідносин».

Зазначений підхід не можна визнати обґрунтованим, оскільки визначення поняття суб'єкта інноваційної діяльності має не тільки теоретичне, а й велике практичне значення. Так, ч. 1 ст. 17 Закону України «Про інноваційну діяльність» визначає, що фінансова підтримка інноваційних проєктів надається суб'єктам інноваційної діяльності. Механізмом реалізації вищевказаної норми закону виступило прийняття низки постанов Кабінету Міністрів України, що деталізують її основні положення.

Слід звернути увагу, що кожна з таких постанов по-різному визначає суб'єктний склад фінансової підтримки інноваційних проєктів з бюджетних коштів. Наприклад, такий вид державної фінансової підтримки, як кредитування інноваційних проєктів надається лише для суб'єктів підприємництва [5], а часткова компенсація відсотків по видаваних кредитах для всіх суб'єктів інноваційної діяльності, включаючи фізичних осіб, які не мають статусу підприємця [6].

Виходячи з вищевикладеного, можна зробити наступні висновки. Узгодження правових норм, що визначають суб'єктний склад інноваційної діяльності з іншими нормами господарського законодавства, бачиться в юридичній диференціації між собою таких понять, як учасники інноваційних правовідносин і суб'єкти інноваційної діяльності. Щодо первинної легалізації суб'єкта інноваційної діяльності, то вона повинна здійснюватися за допомогою його державної реєстрації як суб'єкта господарювання у відповідному юрисдикційному органі.

### **Література:**

1. Кузьмина Е. О. О правовом статусе лиц, осуществляющих инновационную деятельность / Е. О. Кузьмина // Молодой учёный. – 2011. – № 7. Т. 2. – С. 19–22.

2. Про інноваційну діяльність: Закон України від 4 липня 2002 р. // Офіційний вісник України. – 2002. – № 31. – Ст. 1447.
3. Про інноваційну діяльність: проект Закону України від 14.01.2013 р. № 2003 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.rada.gov.ua>.
4. Модельный закон СНГ «Об инновационной деятельности» от 16 ноября 2006 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.rada.gov.ua>.
5. Про затвердження Порядку використання коштів спеціального фонду Державного бюджету України, що спрямовуються на фінансову підтримку інноваційної діяльності суб'єктів підприємництва: Постанова Кабінету Міністрів України від 5 жовтня 2004 р. № 1316 // Офіційний вісник України. – 2004. – № 40. – Ст. 2635.
6. Про затвердження Порядку надання фінансової підтримки суб'єктам інноваційної діяльності за рахунок коштів державного бюджету шляхом здешевлення довгострокових кредитів: Постанова Кабінету Міністрів України від 17 листопада 2004 р. № 1563 // Офіційний вісник України. – 2004. – № 46. – Ст. 3048.

*МЕДВІДЬ Анна*

## **ПОНЯТТЯ РЕІНТЕГРАЦІЇ БЕЗДОМНИХ ОСІБ ТА БЕЗПРИТУЛЬНИХ ДІТЕЙ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ**

Бездомні особи та безпритульні діти як громадяни України користуються тим самим діапазоном прав, що і громадяни вищого соціального статусу. Вони мають право на достатній рівень життя, на активну участь у житті суспільства, на охорону здоров'я, освіту, працю тощо [1]. Для ефективної реалізації конституційних прав необхідним для них є реінтеграція, яка досягається засобом забезпечення їх широким колом різних соціальних послуг, у першу чергу, надання тимчасового притулку.

Відповідно до ст. 2 Закону України «Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей» від 02.06.2005 р., реінтеграція даних осіб – це процес їх повернення до життя в суспільстві в якості повноправних його членів. На нашу думку, законодавчо закріплене визначення

терміну «реінтеграція бездомних осіб і безпритульних дітей» є дуже вузьким, адже не висвітлює всього змісту процесу.

Сукупність заходів, спрямованих на здійснення процесу повернення бездомної особи до життя в суспільстві в якості повноправних його членів, відповідно до ст. 16 Закону України «Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей», охоплюється поняттям «система реінтеграції бездомних осіб» [2]. Для того, щоб бездомному повернути втрачений соціальний статус, змінити в позитивний бік спосіб життя, звички, набути нові соціальні зв'язки, навички, необхідно створити та забезпечити ефективне функціонування цієї системи.

Як правило, в Україні підтримка бездомних осіб і безпритульних дітей здійснюється засобом надання їм саме тих соціальних послуг, які направлені на забезпечення первинних потреб людини, що не спричиняє видимого ефекту, а лише дещо пом'якшує становище таких осіб. Для відновлення або отримання статусу в суспільстві, появи забутих або нових навичок життя, включення особи у виробництво, інші види корисної діяльності необхідна повноцінна ресоціалізація людини – тобто сукупність заходів, направлених на досягнення перерахованих вище цілей [3; 128].

У міжнародно-правових актах та деяких законодавчих актах країн, наприклад, Російської Федерації, стосовно осіб, які з тих чи інших причин опинилися «поzza суспільством»: відбували покарання у місцях позбавлення волі, бездомних чи безпритульних осіб тощо, застосовується термін «реінтеграція», який є ідентичним за змістом до терміну «ресоціалізація» [4; 17].

Ресоціалізація – система заходів, направлених на створення умов для реалізації бездомними прав і свобод, забезпечення їх житловим приміщенням, повернення бездомного до нормального життя в суспільстві та ліквідацію бездомності як проблеми суспільства в цілому [5].

У національному законодавстві термін «ресоціалізація» був замінений на реінтеграцію [2].

Термін «реінтеграція» (від. лат. відновлення, набуття цілісності), на нашу думку, можна розглядати в широкому та вузькому розуміннях.

У широкому значенні, поняттям «реінтеграція бездомних осіб і безпритульних дітей» охоплюється вся система реагування на проблему бездомності та безпритульності з боку держави, яка становить процес, спрямований на створення та функціонування ефективної мережі суб'єктів (державних інститутів, громадських, благодійних організацій, окремих фізичних осіб тощо), діяльність яких направлена на сприяння у поверненні бездомної особи чи безпритульної дитини в суспільство для нормального життя.

У вузькому розумінні, реінтеграція – це процес повернення людини в суспільство в якості повноцінного, активного і незалежного його члена та відшкодування втрат попередніх громадських зв'язків, досягнення належного психологічного стану особи тощо [6; 98].

Обов'язковим процесом під час реінтеграції бездомної особи є її соціалізація, тобто низка дій із засвоєння людиною необхідних знань, навиків, цінностей, норм, отримання певного досвіду, що дозволяють повноцінно існувати кожній людині в суспільстві. Успішна соціалізація особи можлива лише за створення та забезпечення належних та достатніх умов для її реінтеграції.

Процес реінтеграції бездомних осіб і безпритульних дітей ґрунтується на певних принципах, які покладені в основу діяльності усієї системи суб'єктів, які її забезпечують. Серед принципів реінтеграції слід виділити: 1) гуманізм – тобто визнання людини, незалежно від її соціального становища, найвищою соціальною цінністю, прояв чуйності та поваги до неї; 2) індивідуальний підхід до вирішення проблем бездомної особи чи безпритульної дитини, що означає розробку

особливої для кожного клієнта програми повернення до повноцінного життя в суспільстві, з врахуванням індивідуальних потреб та проблем; 3) комплексний підхід в оцінці потреб представників даної суспільної групи – тобто прийняття до уваги усіх потреб особи та всебічне дослідження того середовища, в яке вона інтегрується; 4) робота у команді для вирішення проблем бездомної особи чи безпритульної дитини, що передбачає тісну співпрацю між різними органами, установами, закладами тощо; 5) мотивація до самопомогти, а саме – спонукання до роботи над собою, покращення власного способу життя тощо [6; 99].

Закон України «Про соціальну адаптацію осіб, які відбувають чи відбули покарання у виді обмеження волі або позбавлення волі на певний строк» від 17.03.2011 р. закріплює термін «соціальна адаптація», зміст якого аналогічний до змісту терміну «реінтеграція», проте дещо ширший. Так, відповідно до ст. 1 Закону, соціальна адаптація – це процес засвоєння соціального досвіду для повернення звільнених до самостійного загальноприйнятого соціально-нормативного життя [7].

Дане визначення, на нашу думку, є досить вдалим, тому пропонуємо внести зміни до законодавчо закріпленого визначення терміну «реінтеграція бездомних осіб і безпритульних дітей», включивши до нього положення про те, що повернення до повноцінного життя в суспільстві досягається шляхом засвоєння соціального досвіду та отримання соціальних послуг. Цим самим ми зацентруємо увагу на ролі соціальних послуг у процесі повернення бездомних та безпритульних у суспільство.

Крім цього, на нашу думку, реінтеграція може бути не лише поверненням, а й первинним входженням особи у суспільство, у випадку, наприклад, із дитиною, яка народилась у бездомних чи безпритульних осіб.

Таким чином, пропонуємо внести ряд змін та доповнень до Закону України «Про основи соціального захисту бездом-



них осіб і безпритульних дітей» від 02.06.2005 р., а саме: доповнити визначення «реінтеграція бездомних осіб і безпритульних дітей», закріплене в ст. 2 Закону, виклавши його у такій редакції: «реінтеграція бездомних осіб і безпритульних дітей – це процес засвоєння бездомними особами і безпритульними дітьми соціального досвіду та отримання соціальних послуг із метою повернення чи первинного входження до самостійного життя в суспільстві як повноправних його членів.

### **Література :**

1. Курушин В. В. Система социальной адаптации лиц без определенного места жительства в условиях мегаполиса: социологический аспект: автореферат дис. ... кандидата социологических наук: 22.00.04 / Моск. гос. ун-т сервиса. – 26 с.
2. Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей: Закон України від 02.06.2005 р. № 2623-IV // Офіційний вісник України. – 2005. – № 25. – Ст. 1412.
3. Соха М. В. Всі люди мають потенціал: Про ідею допомоги для самодопомоги / М. В. Соха, О. Я. Саноцька. – Львів: ПАІС, 2008. – 132 с.
4. Садовникова М. Н. Ресоциализация малолетних осужденных (по материалам Восточной Сибири). Автореферат дисс. на соискание ученой степени к.ю.н. – Владивосток. – 2011. – 32 с.
5. Об основах законодательства Российской Федерации о профилактике бездомности и ресоциализации бездомных: Проект Закона Российской Федерации // Электронный ресурс. – [Режим доступа]: [http://www.homeless.ru/usefull/homeless\\_zakonoproekt.pdf](http://www.homeless.ru/usefull/homeless_zakonoproekt.pdf)
6. Петрочко Ж. В. Реінтеграція дітей сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, як пріоритет соціально-педагогічного забезпечення їх прав / Ж. В. Петрочко // Вісник Черкаського університету. – 2008. – Вип. 121. – С. 97–103.
7. Про соціальну адаптацію осіб, які відбувають чи відбули покарання у виді обмеження волі або позбавлення волі на певний строк: Закон України від 17.03.2011 р. № 3160-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 38. – Ст. 380.

## **ПРАВОВА СУТНІСТЬ ШЛЮБНОГО ДОГОВОРУ В УКРАЇНІ**

В Україні, така правова категорія, як шлюбний договір є одним із найновіших інститутів сімейного права, який активно досліджується науковцями. Вперше він з'явився у 1992 році Кодексі України про сім'ю та шлюб, а згодом з прийняттям у 2002 році Сімейного кодексу такий вид диспозитивного врегулювання майнових відносин подружжя було закріплено в окремій главі. Дослідженню інституту шлюбного договору присвятили увагу такі вчені, як М. М. Дякович, І. В. Жилінкова, Г. О. Лозова, І. С. Тімуш, О. О. Ульяненко, Ю. С. Шемшученко та багато інших.

До цього часу немає легального визначення шлюбного договору, проте існує велика кількість доктринальних термінів. Так, Ю. Шемшученко визначає шлюбний договір як укладену в установленому законом порядку письмову і нотаріально посвідчену угоду осіб, які подали заяву про реєстрацію шлюбу, а також подружжя щодо врегулювання майнових відносин між ними [1, с. 685]. І. Жилінкова визначає шлюбний договір як згоду наречених або подружжя щодо встановлення майнових прав та обов'язків подружжя, пов'язаних з укладенням шлюбу, його існуванням та припиненням [2, с. 124]. О. Ульяненко називає шлюбним договором угоду (правочин) фізичних осіб різної статі, які подали заяву про реєстрацію шлюбу, чи угоду подружжя, що визначає майнові права та обов'язки подружжя в період шлюбу, зокрема, порядку поділу майна на спільне і роздільне, порядку його використання, відчуження, розподілу доходів і витрат, а також їх майнові права та обов'язки як батьків у шлюбі і (чи) у випадку його розірвання [3, с. 85].

У Сімейному кодексі України не надається визначення шлюбного договору. Виходячи з аналізу норм СК України та

його загальної характеристики, можна дійти висновку, що шлюбний договір – це домовленість наречених або подружжя щодо встановлення майнових прав та обов'язків подружжя, пов'язаних з укладенням шлюбу, його існуванням та припиненням.

Шлюбний договір, відповідно до його правової природи, є особливим різновидом цивільного договору, специфіка якого полягає в тому, що за своїм суб'єктним складом, який визначається СК України, він є сімейно-правовим, а предмет регулювання, основу якого становлять відносини власності, має переважно цивілістичні риси. За своїм змістом шлюбний договір, не є однорідним, так як може містити елементи різних договорів, ось чому він вважається змішаним, що відповідає вимогам ч. 2 ст. 628 Цивільного кодексу України. Враховуючи вищезазначене, даний договір необхідно розглядати саме як цивільно-правовий правочин, якому притаманні, як загальні для будь-якого договору, так і специфічні ознаки [4, с. 27].

Як відомо, загально визнаним у цивілістичній науці є поділ договорів на оплатні та безоплатні, на консенсуальні та реальні, односторонні та двосторонні. На прикладі шлюбного договору однозначно можна сказати лише те, що він є двостороннім договором, так як його сторони мають взаємні права та обов'язки. Щодо віднесення зазначеного договору до оплатних чи безоплатних, реальних або консенсуальних договорів, існує пряма залежність від змісту конкретного договору.

В оплатних договорах кожна зі сторін має вчинити на користь іншої зустрічну дію вартісного характеру. І. В. Жилінкова вважає, що шлюбні договори здебільшого є оплатними, так як кожний з подружжя передає майно у спільну сумісну власність чи спільне користування, чи у власність іншого з подружжя в обмін на здійснення ним певних дій зобов'язального характеру. Так, можна сказати, що елементи оплатності в досліджуваному договорі є, проте говорити з впевненістю

про його оплатність чи безоплатність не можна, далеко не завжди це є очевидним. Так, наприклад, якщо подружжя шлюбним договором передбачило режим роздільності чи спільності майна, що набуватиметься в шлюбі, то оплатність буде умовною [5, с. 25]. Звідси, слід зробити висновок, що шлюбні договори можуть бути безоплатними, оплатними й умовно оплатними.

У цивільно-правовій літературі до консенсуальних договорів, відносять ті, які є укладеними з моменту досягнення сторонами згоди щодо істотних умов, а реальними – для визнання яких укладеними необхідно не лише досягнення згоди щодо істотних умов договору, але і вчинення певної дії. Так, якщо шлюбний договір укладається нареченими, то він буде реальним, так як договір набирає чинності у день реєстрації шлюбу, тобто за умови, що наречені згодом укладуть шлюб. Водночас шлюбний договір, що укладається подружжям, є консенсуальним, так як є чинним з моменту його нотаріального посвідчення [4, с.28].

Відомо, що основним критерієм чинності договору є не лише зустрічне волевиявлення сторін, а й досягнення згоди щодо всіх істотних умов. Які ж умови шлюбного договору необхідно вважати істотними? Виходячи з загальних положень цивільно-правових договорів, істотними є умови, що визнані такими згідно з законом, або є необхідні для певного виду договору, а також ті, щодо яких, за заявою однієї зі сторін, має бути досягнуто. Так як, шлюбний договір має комплексний характер, його істотними умовами є ті, що стосуються предмета, строку виконання, а також умови, на яких наполягає одна із сторін шлюбного договору, котрі не являються необхідними. Предметом є відносини, що безпосередньо регулюються цим договором, а саме відповідно до ст. 93 СК України – майнові відносини між подружжям [6, с. 105]. Строком виконання є строк перебування у шлюбі, загальний строк встановлений сторонами, а також може бути встанов-

лено строк дії окремих умов у шлюбі та після його припинення.

Окрім істотних умов, виділяють також звичайні та випадкові. Звичайними умовами є ті, що передбачені законодавством і є обов'язковими для сторін, у шлюбному договорі прикладом є недопущення односторонньої зміни умов та одностороння відмова від шлюбного договору. Випадковими умовами, на відміну від звичайних, є ті, що змінюють положення диспозитивних норм законодавства. Наприклад, умова щодо встановлення режиму роздільної власності на все майно, набуте подружжям під час шлюбу.

Взагалі усі умови шлюбного договору можна вважати такими, що визначаються на розсуд сторін і погоджуються ними, і визначити їх, як: а) умови з позитивним змістом; б) умови з негативним змістом. До першої групи належать умови, які сторони, згідно з законом, у першу чергу можуть внести до шлюбного договору. Позитивними є умови, котрі сторони можуть зазначити в договорі – майнові відносини між подружжям і майнові права та обов'язки подружжя як батьків (ч.ч. 1, 2 ст. 93 СК України). Позитивні умови шлюбного договору – це ряд питань, які сторони можуть включити до даного договору, до них належать питання пов'язані з визначенням долі рухомого та нерухомого майна, яке було придбане до шлюбу, набуте за час шлюбу, подароване чи успадковане одним із подружжя [7, с. 345]. Сторони мають можливість прописати право власності на майно на користь того з батьків, з яким залишається дитина. Наприклад, при розлученні 2/3 квартири дістається тому, з ким залишається дитина. Описати права та обов'язки з утримання дітей, старих батьків, навіть один одного. Визначити яким способом буде ділитися дохід кожного з подружжя. У шлюбному договорі може передбачатися право на компенсацію моральної шкоди, заподіяної через негідну поведінку одного з подружжя (алкоголізм, захоплення азартними іграми, побої, подружжя

зрада). Сторони мають право встановити порядок поділу майна на випадок розлучення, а також визначити строк дії окремих пунктів договору. До майнових прав та обов'язків подружжя як батьків відносяться, наприклад, порядок надання та форму (грошова або натуральна) утримання дитини, визначення питань, пов'язаних з наданням коштів на догляд за дитиною, розвиток її здібностей, відпочинку, поїздок за кордон тощо [8].

Негативними є умови, які сторони не можуть включати до шлюбного договору і наявність яких є підставою для визнання таких умов нікчемними. До них закон відносить умови, що стосуються особистих немайнових відносин подружжя та особисті немайнові відносини між батьками і дітьми, умови, якими сторони зменшують права дитини або ставлять одного з подружжя у надзвичайно не вигідне матеріальне становище, та умови щодо передачі передбаченого законом майна у власність одного з подружжя (ч.ч. 3–5 ст. 93 СК України) [9, с. 313]. Так, наприклад, сторони не можуть у зазначеному договорі прописувати хто з подружжя буде готувати, прибирати, прати; скільки в них має бути дітей, які імена будуть у їхніх дітей, хто буде водити дитину у дитячий садок та школу, з ким залишаться діти у разі розлучення та інші особисті права та обов'язки.

Розглядаючи умови, які подружжя може включити у свій шлюбний договір потрібно звернути особливу увагу на можливу відповідальність сторін у разі невиконання, неналежного виконання або порушення договору. З огляду на те, що шлюбний договір – це правочин, в якому сторони мають особливий сімейно-правовий статус, необхідним є можливість застосування до винуватої сторони як мір цивільно-правової, так і сімейно-правової. Виходячи з того, що в СК України в главі 10 не передбачено норм, які б регулювали відшкодування шкоди за умовами шлюбного договору, сторони можуть керуватися загальними положеннями цивільного пра-

ва. Однак, в силу ст. 611 ЦК України, право на відшкодування шкоди, спричиненої порушенням договірних зобов'язань виникає лише у випадках, передбачених законом або договором. Виходячи з цього, право на відшкодування, крім матеріальних збитків, додатково ще й моральної шкоди, може бути реалізоване постраждалою стороною лише у випадку, якщо буде прямо обумовлено в шлюбному договорі [10, с. 97].

Слід зазначити, що саме від повноти та всеосяжності умов, буде залежати рівень та якість врегульованості майнових відносин як подружжя, так і подружжя як батьків, а тому при складанні договору необхідно враховувати зазначені вище вимоги та можливості, аби уникнути або, хоча б звести до мінімуму негативні наслідки в процесі реалізації його положень.

Отже, як підсумок, можна сказати, що поява у 1992 році можливості укладання шлюбного договору привернула велику увагу науковців, які почали досліджувати цей правовий інститут, вносити пропозиції щодо вдосконалення механізму його регулювання та реалізації. Проте на сьогоднішній день інститут шлюбного договору в Україні ще недостатньо розвинений. З одного погляду шлюбні договори спрямовані на зміцнення інституту сім'ї в Україні, з іншого – існує низка проблем, пов'язаних із укладанням та розірванням договорів між подружжям, строком дії договору тощо. Шлюбний договір буде гарантією реалізації майнових прав подружжя лише в тому випадку, коли він відповідатиме нормам чинного законодавства та не суперечитиме моральним засадам суспільства.

Укладати шлюбний договір чи не укладати, справа суто особиста, адже це право, а не обов'язок. Та все ж таки, не варто забувати, що шлюбний договір регулює майнові стосунки не лише після розлучення, але і в шлюбі. А тому його укладання не є «першим кроком» до розлучення, як вважає значна кількість громадян у нашій державі, а є швидше «першим

кроком» до цивілізованого рішення майнових питань між подружжям.

### **Література:**

1. Юридична енциклопедія: в 6 т. / ред. кол.: Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. – К.: Укр. енцикл., 2008. – Т. 6: Т – Я. – 768с.
2. Жилінкова І. Концепція шлюбного договору за новим Сімейним кодексом України // Вісник Академії правових наук України. – 2002. – № 3. – С. 122–130.
3. Ульяненко О. О. Шлюбний контракт – основа вільного вибору // Підприємництво, господарство та право. – 2003. – № 7. – С. 259–262.
4. Тімуш І. С. Правова природа шлюбного договору // Науковий вісник Національної академії Внутрішніх справ. – 2013. – № 3. – С. 25–31.
5. Жилинкова И. В. Правовой режим имущества членов семьи. – Х.: Кси-лон, 2003. – 398 с.
6. Лозова Г. О. Предмет шлюбного договору // Часопис Київського університету права. – 2006. – № 3. – С. 103–107.
7. Новітні наукові дослідження держави і права – 2014: збірник наукових праць / відп. ред. д-р юрид. наук, проф. О. В. Козаченко. – Миколаїв: Іліон, 2013. – 457 с.
8. Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України, за заг. ред. І. В. Жилінкової. – 2008 р. – 670 с.
9. Дякович М. М. Сімейне право: навч. Посібник. – К.: Правова єдність, 2009. – 512 с.
10. Лозова Г. О. Відповідальність за умовами шлюбного договору // Часопис Хмельницького університету управління та права. – 2009. – № 4. – С. 94–98.



---

— РОЗДІЛ III —

**ПОЄДНАННЯ ПРИВАТНИХ  
ТА ПУБЛІЧНИХ ЗАСАД  
В ПРАВОВОМУ РЕГУЛЮВАННІ**

---

*ХРЯПІНСЬКИЙ Петро*

**ДИХОТОМІЯ ПУБЛІЧНОГО І ПРИВАТНОГО  
У КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОМУ РЕГУЛЮВАННІ  
СУСПІЛЬНИХ ВІДНОСИН**

Проблема поділу права на публічне і приватне, співвідношення сфер правового регулювання є однією з найсуперечливіших у вітчизняному правознавстві. Іноді поділ права на публічне, із притаманним йому імперативним методом, й приватне, з домінуючим диспозитивним методом правового регулювання, розглядається як абсолютний. Узагальнюючі наявні дослідження, можна виділити кілька теорій розподілу та етапів їх розвитку у використанні різних критеріїв щодо відповідного поділу. Так, у літературі висвітлюється три теорії поділу права на відповідно публічно-правові та приватно-правові галузі: 1) теорія інтересу виходить зі спрямованості інтересів окремих правових положень. Якщо, правові положення слугують суспільним інтересам, то йдеться про публічне право, якщо право спрямоване на приватні інтереси – то приватне право. Такий розподіл права вважався основним протягом багатьох століть, слугує він орієнтиром і для вели-

кої кількості правників нашого часу; 2) теорія субординації, домінування, влади-підпорядкування розмежовує публічне та приватне право виходячи з характеру відносин між суб'єктами правовідносин. Відносини владного підпорядкування відповідають публічному праву, а відносини рівності – приватному. Саме тому типовим для публічного права є одностороннє обов'язкове регулювання, для приватного права – угода, договір, хоча останнім часом і спостерігається запозичення публічним правом деяких приватноправових інститутів; 3) теорія допустимості базується на специфіці правового статусу окремих суб'єктів права. До публічного права належать ті правові положення, які стосуються виключно держави або інших носіїв державної влади, і, навпаки, до приватного права належать положення, які розповсюджуються тільки на громадян. Кожна із вищезазначених теорій має своїх прихильників й відповідно критиків, але жодна з них не реалізована ні на практиці. Натомість, залишаючись у полоні дихотомічного підходу до визнання сутності публічного і приватного права, можна відкрити хіба пару банальностей, далеких від реальності, як, наприклад, ідею «кодексу приватного права» та «кодексу публічного права», яких не існує в жодній країні. Адже, реальність нелегко вміщується в рамки дихотомічного поділу. Продуктивність проблеми «дихотомії права» як протистояння публічного і приватного права є малоперспективною. Більш ефективним у правовій матерії видається поєднання в одній галузі права, скажімо, кримінальному, публічних і приватних засад з природним домінуванням однієї над іншою.

Публічно-правовий характер кримінального права як галузі права, що має специфіку свого становища серед інших публічно-правових галузей приводить деяких авторів до висновку про те, що суб'єктом, чию поведінку воно регулює, є виключно держава в особі відповідних органів [1, с. 12]. Традиційно вважається, що у Кримінальному кодексі України

(далі – КК) застосовується один метод правового регулювання – імперативний. Відносно до його положень правовідносини між суб'єктами кримінального законодавства вибудовуються за допомогою підкорення одних іншим. Саме для держави кримінальне право визначає обсяг повноважень щодо протидії вчинюваним злочинам. У кримінально-правових відносинах, які складаються з моменту вчинення злочину, держава завжди є домінуючим і уповноваженим суб'єктом. З прийняттям у 2001 р. нового кримінального законодавства, що передбачило низку новел у вирішенні кримінально-правових конфліктів, все частіше стали говорити про очевидне використання диспозитивного методу правового регулювання [2, с. 66–67]. З гносеологічних позицій диспозитивність розглядають як «особливу модель побудови правової матерії». Так, С. С. Алексєєв вважає, що вона є однією з таких моделей (дозволеної або диспозитивної побудови правового матеріалу, що реалізується у схемі: суб'єктивне право + юридичні гарантії), котра базується на приватному праві. Її зміст – у наданні особі можливості самій, за своєю волею визначати власну поведінку, що відкриває простір для діянь особи за своїм баченням, за своєю волею й в своїх інтересах [3, с. 589]. Зазначений погляд на сутність диспозитивності у праві є слухним. У відповідності до нього диспозитивність можна розглядати як загально-правовий, універсальний метод правового регулювання, що виражається у нормативно передбаченій можливості вибору особою того чи іншого варіанту поведінки за власною волею на свій розсуд.

Аксіоматичним є положення, що правовідносини виникають у зв'язку з юридичними фактами. У кримінальному праві юридичними фактами, з якими пов'язують кримінально-правові відносини визнаються: вчинення злочину, оголошення про підозру, набуття чинності обвинувальним вироком суду, позитивна посткримінальна поведінка, погашення чи зняття судимості та ін. Кримінально-правові відносини,

що виникають як охоронні можуть бути трансформовані на відносини заохочувального типу. Очевидно, що припинення одних та виникнення інших (трансформація) кримінально-правових відносин повинно обумовлюватися новим юридичним фактом – соціально-корисною правомірною поведінкою особи у вигляді, наприклад, коли особа після вчинення злочину щиро покаялася, активно сприяла розкриттю злочину і повністю відшкодувала завдані нею збитки або усунула заповідяну шкоду (ст. 45 КК) або сплатила податки, збори (обов'язкові платежі), а також відшкодувала шкоду завдану державі (ч. 4 ст. 212 КК) тощо.

Суспільні правовідносини, що виникають на передумовах та підставах заохочувальних кримінально-правових норм вірогідно потребують внесення деяких коректив у власно-імперативний метод. Правовідносини, що виникають у такий спосіб, не є конфліктними, а набувають характеру порозуміння між державою в особі уповноважених на застосування заохочення органів, з одного боку, і особою, яка, вчинила позитивні, посткримінальні вчинки, що стимулюються кримінальним законом. Так, одним із завдань судимості є створення у свідомості звільнених осіб додаткових мотивів утримання від вчинення нових злочинів. Наявність у законодавстві, – вказує В. В. Голіна, – інституту дострокового зняття судимості, визнання у зв'язку з цим, особи не судимою, ще більше стимулює її законослухняну поведінку. Судимість таким чином, це певна пересторога для особи наступу суттєвих негативних наслідків при відхиленні від законослухняності, вона є формою посилення у особи відповідальності за свою поведінку. Це, врешті решт, правовий захід попереджувального впливу на громадян [4, с. 14]. В регулюванні цих правовідносин застосовується метод заохочення, спрямований на включення правових засобів усунення, звільнення або пом'якшення потенційного чи реального кримінально-правового обтяження. Як вже зазначалось, державним реагуванням

(впливом) заохочувальних правовідносин виступає виключення, звільнення або пом'якшення кримінальної відповідальності. Правий І. Е. Звечаровський, коли стверджує, що застосування заходів заохочення завжди тягне за собою змінення кримінально-правового статусу заохочуваного суб'єкту [5, с. 115]. Але ця теза потребує розвитку й уточнення змін у правовому стані суб'єкта, що застосовує заохочення (держави).

Необхідно підкреслити тезу, що метод заохочення спрямований на виконання завдань кримінального законодавства. У літературі заохочувальний метод в основному пов'язується з запобіганням злочинам і не звертається достатньо уваги на те, що у значній мірі саме заохоченням забезпечується охорона прав і свобод людини, власності, громадського порядку та безпеки, конституційного устрою. Суттєве значення для запобігання злочинам, – вказує П. Л. Фріс, – мають і стимулюючі норми кримінального права, які покликані викликати у особи, яка вже стала на шлях скоєння злочинів і перебуває в посткримінальному стані, намір відмовитися від подальшої злочинної поведінки, встати на шлях виправлення [6, с. 36]. Специфічними засобами, притаманними позитивному стимулюванню, метод заохочення відновлює порушенні права і свободи потерпілих шляхом повністю відшкодування завданих збитків або усунення заподіяної шкоди, примирення з винного з потерпілим (ст. ст. 45, 46 КК), повертаються власникам транспортні засоби та повністю відшкодується завдана при незаконного заволодінні шкода (ч. 3 ст. 289 КК), із незаконного обігу вилучаються зброя, бойові припаси, вибухові речовини або вибухові пристрої, що можуть бути використані у вчиненні нових, більш тяжких злочинах (ч. 3 ст. 263 КК) та інше. Така правомірна, соціально-корисна поведінка особи має на меті задовольнити, перш за все, власні інтереси та вийти, у передбачений законом спосіб, з конфліктного кримінально-правового відношення. Проте,

значена поведінка збігається і власне, гармонізується, з суспільними, державними інтересами у протидії злочинності, мінімізації її суспільно-небезпечних наслідків. На наш погляд, природно припускати, що діючи правомірно і соціально-корисно особа кримінально-правовими засобами забезпечує й охорону власних законних прав і інтересів [7, с. 225]. Держава виступає гарантом застосування методу заохочення у разі вчинення особою, передбаченої кримінально-правовими приписами, поведінки, що співпадає з завданнями кримінального законодавства. Дисциплінарна, адміністративна, чи кримінальна відповідальність службових осіб, що зобов'язані застосувати заохочення за наявності для цього правових підстав, у разі безпідставної відмови, також є додатковою державною гарантією забезпечення законних прав і інтересів особи. З огляду на викладене, не можна обмежувати дію методу заохочення тільки превентивними, попереджувальними чи профілактичними завданнями, як це робить Н.С. Шатихіна, яка вказує, що превентивні ж завдання кримінального закону реалізуються у вигляді стимулювання позитивної поведінки злочинців, обмеження розповсюдження кримінальної субкультури в суспільстві, створенню можливості для осіб, що вчинюють / вчинили протиправні вчинки, реабілітуватися в очах суспільства та уникнути вимушеного вчинення правопорушення у майбутньому [8, с. 95].

Заохочення визначається органічним узгодженням інтересів та потреб особи, поведінка якої стимулюється, з одного боку, та суспільних, державних інтересів та завдань у кримінально-правовій сфері, з другого. Ця обставина знайшла своє відбиття у сприятливій, безконфліктній ситуації, що утворюється при застосуванні кримінально-правового заохочення. У дослідженнях ґрунтовно стверджується, що передумовою стимулювання є утворення такої ситуації, котра б внутрішнє спонукала особистість до вчинків, що потрібні суспільству, колективу [9, с. 45]. До таких суспільних відносин слід відне-

сти відносини, що виникають у реалізації суб'єктивного права особи на: необхідну оборону (ст. 36 КК), затримання особи, що вчинила злочин (ст. 38 КК), крайню необхідність (ст. 39 КК), виконання наказу або розпорядження (ст. 41 КК), діяння, пов'язане з ризиком (ст. 42 КК), виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ст. 43 КК); загальну позитивну посткримінальну поведінку у випадках добровільної відмови при незакінченому злочині (ст. 17 КК), добровільної відмова співучасників (ст. 31 КК), дійового каяття (ст. 45 КК), примирення винного з потерпілим (ст. 46 КК), у передачі особи на поруки (ст. 47 КК), зміни обстановки (ст. 48 КК), закінчення строків давності (ст. 49 КК), застосування примусових заходів виховного характеру до неповнолітнього (ч. 1 ст. 97 КК); спеціальну позитивну посткримінальну поведінку у випадках, передбачених у ч. 2 ст. 111, ч. 2 ст. 114, ч. 3 ст. 175, ч. 4 ст. 212, ч. 4 ст. 212-1, ч. 5 ст. 235-4, ч. 5 ст. 235-5, ч. 2 ст. 255, ч. 2 ст. 258-3, ч. 6 ст. 260, ч. 3 ст. 263, ч. 4 ст. 289, ч. 4 ст. 307, ч. 4 ст. 309, ч. 4 ст. 311, ч. 5 ст. 321, ч. 5 ст. 235-4, ч. 5 ст. 235-5, ч. 6 ст. 369, ч. 4 ст. 401 КК та інші.

Підсумовуючи викладене, слід прогнозувати активне проникнення «диспозитивності» в кримінально-правову матерію у правовідносинах заохочувального типу, інституті потерпілого, інших альтернативах кримінальному переслідуванню. Ідея розвитку диспозитивності у кримінальному праві є перспективною, проте вона не повинна розхитувати основне соціальне завдання кримінального законодавства протидії злочинності, яке вирішується публічними правовідносинами та імперативними методами, а спільно з заборонними нормами вирішувати завдання, передбачене у ч. 1 ст. 1 КК.

### **Література:**

1. Баулин Ю. В. О методологическом значении деления права на частное и публичное для современной уголовно-правовой доктрины / Ю. В. Баулин // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: мате-

- риалы Пятой Международной научно-практической конференции (Москва, 24–25 января 2008 г.) – М.: Проспект, 2008. – С. 11–15.
2. Наден О. В. Теоретичні основи кримінально-правового регулювання в Україні: монографія / О. В. Наден. – Харків: Право, 2012. – 272 с.
  3. Алексеев С. С. Право: азбука – теория – философия: опыт комплексного исследования: монография / С.С. Алексеев. – М.: Статус, 1999. – 712 с.
  4. Голина В. В. Судимість: монографія / В. В. Голина. – Харків: «Харків юридичний», 2006. – 384 с.
  5. Звечаровский И. Э. Уголовно-правовые нормы, поощряющие посткриминальное поведение личности: монография / И. Э. Звечаровский. – Иркутск: Изд-во Иркут. ун-та, 1991. – 160 с.
  6. Фріс П. Л. Кримінально-правова політика Української держави: теоретичні, історичні та правові проблеми: монографія / П. Л. Фріс. – К.: Атіка, 2005. – 332 с.
  7. Хряпінський П. В. Синергетика предмету та методу публічного кримінального права / П.В. Хряпінський // Актуальні питання публічного права: тези доповідей Міжнародної науково-практичної конференції (Запоріжжя, 19–20 травня 2011 р.) / За ред. В. М. Огаренка, В. Г. Лукашевича та ін. – Запоріжжя: Вид-во КПУ, 2011. – С. 222–225.
  8. Шатихина Н. С. К вопросу об уголовно-правовой природе компромисса / Н. С. Шатихина // Правоведение. – 2003. – № 3. – С. 89–98.
  9. Кленова Т. В. О совместимости публичного и частного интересов в уголовном праве / Т. В. Кленова // Уголовное право. – 2006. – № 2. – С. 41–45.

*КАПЛІЙ Олена*

## **ДЕЯКІ ПИТАННЯ ПРАВОВІДНОСИН ЗМІ З ЇХНІМИ ВЛАСНИКАМИ В КОНТЕКСТІ ВПЛИВУ ОСТАННІМИ НА ІНФОРМАЦІЙНУ ПОЛІТИКУ ЗМІ**

Якщо розглядати питання правовідносин ЗМІ з власниками ЗМІ в контексті можливого впливу на інформаційну політику останніми, тобто так званої внутрішньої цензури, яка є забороненою відповідно до ч. 3 ст. 15 [4], то Український феномен ролі та значення ЗМІ у розбудові громадянського суспільства полягає в тому, що теоретично ЗМІ є елементами та інструментами громадянського суспільства, а практично – більшість ЗМІ обслуговують інтереси власників, що нерідко



представляють владні команди на різних рівнях. В редакціях часто має місце внутрішня цензура, або ж економічний тиск, в тому числі – і з боку власників, які багато в чому визначають напрями діяльності кожного конкретного ЗМІ. На наш погляд це зумовлюється декількома чинниками, по-перше відсутністю прозорості відносин власності стосовно ЗМІ, а по-друге необхідністю реформування державних та комунальних друкованих ЗМІ.

У контексті останніх тенденцій у світі інформації, таких, як обговорення ініціатив створення громадського телебачення, прийняття Верховною Радою України 17 квітня 2014 р. Закону України № 1227-VII «Про Суспільне телебачення і радіомовлення України» [11] прийняття в першому читанні 13 січня 2015 р. проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо Суспільного телебачення і радіомовлення України» (реєстрац. № 1357) [12], знаходить своє продовження тема прозорості власності ЗМІ, вплив на редакційну політику медіа, їх контроль.

Проблеми з прозорістю власності ЗМІ України є визнаними не лише в Україні, але й міжнародними експертами. Так, в Резолюції Парламентської Асамблеї Ради Європи (далі – ПАРЄ) № 1466 (2005) «Про виконання обов’язків і зобов’язань Україною» від 5 жовтня 2005 р. органи державної влади закликали «гарантувати прозорість власності на засоби масової інформації». Після цього співдоповідачі Ради Європи неодноразово закликали український Уряд сприяти ухваленню парламентом відповідного закону, який би забезпечував прозорість структури власності на ЗМІ. На необхідності законодавчо вирішити питання прозорості власності українських ЗМІ висловлювались і численні міжнародні громадські організації, які опікуються питаннями незалежних ЗМІ та свободи слова, такі як «Article XIX», IMS та багато інших.

Погоджуємось з висловленою в літературі точкою зору, що створення законодавчого підґрунтя для гарантування

прозорості медіа-власності має стати першочерговим кроком держави у боротьбі з надмірною концентрацією власності на вітчизняному інформаційному ринку [6]. ЗМІ несуть велику відповідальність перед суспільством у зв'язку з тим, що вони є допоміжною ланкою між державою і народом шляхом донесення до громадськості механізмів реалізації владою тих функцій, що делегують їм люди, ефективні ЗМІ дозволяють якісно діяти «соціальному ліфту», що сприяє ефективній праці, соціальній конкуренції та здатності реалізувати власні можливості [1, с. 10]. Тому враховуючи те, що вітчизняне законодавство не забезпечувало досить тривалий час належної прозорості інформації про їх власників, досить важливою подією стало прийняття 4 липня 2013 р. Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення прозорості відносин власності стосовно засобів масової інформації» [8], в якому вже закріплено положення стосовно обов'язкового оприлюднення відомостей про структуру власності, власників – фізичних осіб та осіб, які опосередковано не зможуть тиснути на редакційну політику, тощо.

У зв'язку із прийняттям даного закону, слід зазначити, що положення ст. 10 Закону України «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні» було оновлено, з одночасним посиленням гарантій від монополізації друкованих ЗМІ. Однією з новел стало те, що відтепер у заяві про державну реєстрацію друкованого ЗМІ необхідно вказувати пов'язаних осіб. У ст. 12 Закону надається визначення «пов'язаних осіб», та вперше в українському законодавстві у цій сфері вживається поняття «власник». Тому, на теперішній час полегшився процес здійснення контролю за концентрацією власності у друкованих ЗМІ та впроваджується принцип прозорості власності.

Дане питання, по відношенню до друкованих ЗМІ знаходить своє продовження в подальшій законопроектній роботі. Отже, важливою проблемою ЗМІ є намагання їхніх власників

використати свої інформаційні канали не лише як бізнес, що має давати прибуток, а й як інструмент формування громадської думки і впливу на суспільство. Це рівною мірою стосується і приватних, і державних ЗМІ. Саме через цей фактор інформація у вітчизняних ЗМІ часто подається так чи інакше у дещо викривленому (тією чи іншою мірою) та відмінному від дійсності форматі. Тому, до Верховної Ради України 12 грудня 2014 р. було внесено законопроект «Про внесення змін та доповнень до деяких законодавчих актів України (щодо обов'язкового інформування про засновників та власників засобів масової інформації)» (реєстр. № 1461) [13], яким пропонується продовжити процес удосконалення прозорості власності в сфері друкованих та аудіовізуальних ЗМІ. Зокрема, законопроектом пропонується внести зміни до п. 2 ч. 1 ст. 32 Закону України «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні», та в кожному випуску друкованого ЗМІ вказувати вихідні дані про засновника (співзасновників), власника (співвласників) та осіб, які володіють істотною участю видання (для юридичних осіб. А також пропонується внести зміни до ч. 1 ст. 46 Закону України «Про телебачення та радіомовлення», та зобов'язати телерадіоорганізацію повідомляти, такі свої вихідні дані як відомості про засновника (співзасновників), власника (співвласників) та осіб, які володіють істотною участю у юридичній особі: для юридичних осіб.

З прийняттям даного законопроекту діяльність українських ЗМІ буде більш відкритою, а також запроваджено додаткові гарантії свободи слова та створить передумови для вільного поширення об'єктивної та неупередженої інформації, вільної від будь-якого тиску та цензури.

Тому, Україна не в повній мірі вирішила зазначене питання, і, як наслідок, наразі відсутня будь-яка достовірна інформація щодо того, хто є власниками телерадіоорганізацій. Згідно статистичних даних, більшість українців отримують ін-

формацію саме через засоби телевізійного та радіомовлення, тоді як відсутність відомостей про їх реальних власників не дозволяє визначитись з питанням, наскільки тим чи іншим мовникам можна довіряти.

Щодо аудіовізуальних ЗМІ, то 23 січня 2015 р. у Верховній Раді України також було зареєстровано законопроект «Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення прозорості власності засобів масової інформації, а також реалізації принципів державної політики у сфері телебачення і радіомовлення» (реєстр. № 1831). На думку авторів законопроекту, частково дане питання було вирішене з прийняттям Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визначення кінцевих вигодоодержувачів юридичних осіб та публічних діячів» від 14 жовтня 2014 р. № 1701-VII [9]. Цим законом Господарський кодекс України доповнено ст. 64, якою підприємства зобов'язані надавати інформацію про своїх кінцевих вигодонабувачів державному реєстратору. Водночас, через цілком зрозумілу гостроту питання необхідності інформування громадян про реальних власників основних постачальників інформації, наявних на даний час механізмів недостатньо. Тому і пропонується в якості одного із додаткових заходів контролю вносити до відомості про кінцевих вигодонабувачів до ліцензій мовників та провайдерів цифрових багатоканальних телемереж. Завдяки цьому невчасне інформування ліцензіатом про зміну складу кінцевих вигодоодержувачів може стати підставою для застосування санкцій аж до анулювання ліцензії відповідно до літери «б» ч. 5 ст. 37 Закону України «Про телебачення і радіомовлення» [7].

Статтею 4 Закону України «Про телебачення і радіомовлення» встановлені основні принципи державної політики у сфері телебачення і радіомовлення. Зокрема, ч. 5 даної статті Україна взяла на себе зобов'язання встановити дієві обмеження щодо монополізації телерадіоорганізацій промислово-

фінансовими, політичними та іншими групами чи окремими особами, а також гарантувати захист телерадіоорганізацій від фінансового і політичного тиску з боку фінансово-політичних груп та органів державної влади і органів місцевого самоврядування.

Ефективне забезпечення реалізації цього надзвичайно важливого принципу на думку авторів законопроекту може забезпечуватись декількома шляхами. Зокрема, покладення на суб'єктів інформаційної діяльності зобов'язань розкривати інформацію про структуру своєї власності та вказувати фактичних власників призведе до можливості більш ефективного контролю за недопущенням монополізму та реалізації гарантій захисту від фінансового та політичного тиску з боку держави і фінансово-політичних груп. А одночасне покладення на Національну раду України з питань телебачення і радіомовлення певних обов'язків щодо обґрунтування рішень про ліцензування створить необхідні передумови для оздоровлення ринку телевізійного та радіомовлення в Україні, та не допущення монополізму на ринку [8].

Тому прийняття закону, який би змушував телерадіомовників розкривати інформацію про своїх реальних власників, та одночасно з цим робив більш прозорою діяльність регулятора щодо ліцензування, є досить актуальним, і прийняття його буде свідчити про виконання Україною своїх міжнародних зобов'язань.

Слід підкреслити, що правове регулювання організації та діяльності друкованих ЗМІ набуває подальшого розвитку. Сьогодні розбудова правової та демократичної держави практично є неможливою без діяльності незалежних друкованих ЗМІ. Україна має забезпечити розвиток національного інформаційного простору, розпочавши процес реформування державних та комунальних друкованих ЗМІ, що на наш погляд є ще однією проблемою в розрізі питання яке розглядається.

У зв'язку із цим слушною є думка Г. М. Красноступ, що таке регулювання суспільних відносин щодо забезпечення незалежної діяльності друкованих ЗМІ від органів державної влади та органів місцевого самоврядування є недостатнім. Оскільки, засновниками (співзасновниками) державних та комунальних друкованих ЗМІ є органи державної влади та органи місцевого самоврядування, засновані ними друковані ЗМІ перебувають в «економічній залежності» від них, існують не поодинокі випадки втручання в редакційну діяльність друкованих ЗМІ. Враховуючи наведене, проголошені Конституцією України та законами свобода слова, заборона цензури невтручання органів державної влади в діяльність ЗМІ залишаються лише на папері [5].

З кінця 1990-х рр. в суспільстві обговорюється питання реформування (роздержавлення) державних та комунальних друкованих ЗМІ. Так, ще в 1999 р. Верховна Рада України прийняла Постанову «Про діяльність Кабінету Міністрів України, інших органів влади щодо забезпечення свободи слова, задоволення інформаційних потреб суспільства та розвитку інформаційної сфери в Україні», в п. 3 якої було визнано за необхідне прискорити розробку концепції роздержавлення ЗМІ [3].

На теперішній час Радою Європи, членом якої є Україна, прийнято більше ста правових документів, спрямованих на врегулювання суспільних відносин у сфері друкованих ЗМІ [2], одним з останніх є вже згадувана Резолюція ПАРЕ № 1466 (2005) «Про виконання обов'язків та зобов'язань Україною» від 5 жовтня 2005 р. Так, згідно з Резолюцією, для перетворення України на стабільну та заможну європейську демократію одним з необхідних кроків є реформування друкованих ЗМІ, заснованих органами державної влади та місцевого самоврядування, створення рівних умов діяльності для всіх ЗМІ. Згідно з п. 109 Доповіді ПАРЕ, щодо виконання Україною обов'язків та зобов'язань реформування держав-

них та комунальних друкованих ЗМІ може розглядатись як важливий елемент запровадження ринкових відносин у сфері масової інформації та збільшення кола видань, вільних від політичного та економічного тиску. Як зазначено у Доповіді, існування в Україні державних ЗМІ є анахронізмом, що перешкоджає розвитку інформаційного суспільства в державі. Існуюча система прямих і прихованих державних субсидій друкованим ЗМІ та пільг для їхніх співробітників спотворює умови ринкової конкуренції та дискримінує видання їхніх власників [3].

За цей час було кілька спроб розробити законопроект, який розпочав би процес роздержавлення. Однак ці спроби не увінчалися успіхом. Не вдаючись до детального аналізу законопроектів із цього питання, слід зазначити, що останній з них «Про реформування друкованих засобів масової інформації» (реєстр. № 2600) так і не вдалося прийняти, оскільки 17 квітня 2014 р. його було відхилено та знято з розгляду. Слід зазначити, що вже 4 листопада 2014 р. Держкомтелерадіо вніс на розгляд Уряду проект Закону України «Про реформування державних і комунальних друкованих засобів масової інформації та їх редакцій». А поки, альтернативний законопроект «Про реформування державних і комунальних друкованих засобів масової інформації» 1 грудня 2014 р. було внесено до Верховної Ради України народними депутатами М. В. Томенком та О. Р. Абдулліним внесено (реєстрац № 1123) [14].

Законопроект № 1831 також пропонується привести законодавство у відповідність до міжнародних зобов'язань України щодо роздержавлення ЗМІ. Після запровадження Закону про Суспільне телебачення і радіомовлення всі державні та комунальні телерадіоорганізації мають реформуватись в суспільних та громадських мовників. Тому пропонується в ст. 12 Закону «Про телебачення і радіомовлення» передбачити заборону державним органам створювати телера-

діоорганізації, оскільки це призводить до спотворення ідеї роздержавлення ЗМІ та створює додаткове навантаження на Державний бюджет України [7].

Резюмуючи зазначене, вважаємо, що на теперішній час існує реальна потреба вивести зі складу співзасновників державних і комунальних ЗМІ органи влади та органи місцевого самоврядування. Прийняття закону про реформування удосконалить правові гарантії свободи слова та інформаційного суверенітету України, а також захистить вітчизняний інформаційний простір від монополізації з боку органів державної влади та місцевого самоврядування. Як наслідок – повною мірою буде забезпечено реалізацію Законів України «Про друковані засоби масової інформації (пресу)» «Про телебачення і радіомовлення», якими встановлено свободу діяльності ЗМІ, їх економічну самостійність, заборону цензури та попереднього погодження матеріалів, які поширюються у цих ЗМІ.

Отже, створення законодавчого підґрунтя для гарантування прозорості медіа-власності стало першочерговим кроком держави у боротьбі з надмірною концентрацією власності на вітчизняному інформаційному ринку, але цей процес необхідно продовжувати, зокрема прийняття законопроектів, які розглядались, а також реформування державних та комунальних друкованих ЗМІ, звільнення їх від фінансової залежності, а отже, і тиску з боку органів влади. На наш погляд, на законодавчому рівні, також слід закріпити заборону на зазіхання свободи мас-медіа, з метою уникнення прямої чи прихованої, «класичної» чи трансформованої цензури щодо ЗМІ.

### **Література:**

1. Бухтатий О. Є. Взаємовідносини органів державної влади та засобів масової інформації в умовах демократичного державотворення: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. наук з держ. управл.: спец. 25.00.01 «Теорія та історія державного управління» / О. Є. Бухтатий; ХРІДУ. – Х., 2010. – 16 с.



2. Доповідь Парламентської Асамблеї Ради Європи щодо виконання Україною обов'язків та зобов'язань, у тому числі Резолюція ПАРЄ № 1466 та Рекомендація ПАРЄ № 1722 від 5 жовтня 2005 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.minjust.gov.ua/?do=d&did=6782&sid=pure\\_ukraine](http://www.minjust.gov.ua/?do=d&did=6782&sid=pure_ukraine)
3. Інформаційне законодавство: збірник законодавчих актів: у 6 т. / за заг. ред. Ю. С. Шемшученка, І. С. Чижка. – К.: Юрид. думка, 2005. – Т. 5.: Міжнародно-правові акти в інформаційній сфері. – 328 с.
4. Конституція України: затверджена Законом України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР (із змін., внесеними згідно із Законами України від: 8 грудня 2004 р. № 2222-IV; 1 лютого 2011 р. № 2952-VI; 19 вересня 2013 р. № 586-VII; 21 лютого 2014 р. № 742-VII // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141; 2005. – № 2. – Ст. 44; 2011. – № 10. – Ст. 68; 2014. – № 11. – Ст. 142; 2014. – № 11. – Ст. 143.
5. Красноступ Г. М. Деякі аспекти правового забезпечення реформування друкованих засобів масової інформації, заснованих органами державної влади та органами місцевого самоврядування [Електронний ресурс] / Г. М. Красноступ // Сайт Української Гельсінської спілки з прав людини. – Режим доступу: <http://helsinki.org.ua/index.php?print=1155723017>
6. Налагодження механізмів взаємодії уряду з неурядовими громадськими організаціями: наук.-метод. розробка / авт. кол.: С. А. Чукут (наук. кер.), Н. М. Драгомирецька, О. В. Загвойська та ін. – К.: НАДУ, 2011. – 80 с.
7. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення прозорості власності засобів масової інформації, а також реалізації принципів державної політики в сфері телебачення і радіомовлення» (автори: М. Л. Княжицький, В. І. Денисенко), реєстр. № 1831 від 23 січня 2015 р. [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: [www.rada.gov.ua](http://www.rada.gov.ua)
8. Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення прозорості відносин власності стосовно засобів масової інформації: Закон України від 04.07.2013 р. № 409-VII // Урядовий кур'єр. – 2013. – № 136.
9. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визначення кінцевих вигодоодержувачів юридичних осіб та публічних діячів: Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1701-VII // Відомості Верховної Ради України. – 2014. – № 46. – Ст. 2048.
10. Про діяльність Кабінету Міністрів України, інших органів державної влади щодо забезпечення свободи слова, задоволення інформаційних потреб суспільства та розвиток інформаційної сфери в Україні: Постанова Верховної Ради України від 16 лютого 1999 р. № 430 – XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 16. – Ст. 99.
11. Про Суспільне телебачення і радіомовлення України: Закон України від 17 квітня 2014 р. № 1227-VII // Офіційний Вісник України. – 2014. – № 40. – Ст. 1063.
12. Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо Суспільного телебачення і радіомовлення України» (автор:

- В. П. Сюмар та інші), реєстр. № 1357 від 10 грудня 2014 р. [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: [www.rada.gov.ua](http://www.rada.gov.ua)
13. Проект Закону України «Про внесення змін та доповнень до деяких законодавчих актів України (щодо обов'язкового інформування про засновників та власників засобів масової інформації)» (автори: С. Я. Рудик, О. І. Осуховський та інші), реєстр. № 1461 від 12 грудня 2014 р. [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: [www.rada.gov.ua](http://www.rada.gov.ua)
14. Проект Закону України «Про реформування державних і комунальних друкованих засобів масової інформації» (автори: М. В. Томенко, О. Р. Абдулін), реєстр. № 1123 від 1 грудня 2014 р. [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: [www.rada.gov.ua](http://www.rada.gov.ua)

*МИНЬКОВИЧ-СЛОБОДЯНИК Олена*

## **ВПЛИВ ЗМІ НА ФОРМУВАННЯ ПРАВОВОЇ ТА ПОЛІТИЧНОЇ КУЛЬТУР В УКРАЇНІ**

Свідомість пересічних громадян у суспільстві формує, так звана, масова культура. Доречною є думка Т. Фотопаласа згідно з якою доки люди живуть у суспільстві вони потребують певної популярної культури, тобто масової, яку їй надають масмедіа [8]. Безумовно найбільший вплив на пересічного громадянина, на його свідомість як правову так і політичну, чинять засоби масової інформації, а саме телебачення, радіомовлення та Інтернет. Саме через них суспільство усвідомлює реальність і аналізує її. Усі особи, причетні до масової культури, поділяються за критерієм спеціалізації на дві категорії: 1) «творці» масової культури – продюсери, журналісти, актори, співаки, так звані «зірки»; 2) споживачі – пересічні громадяни. На перших лежить значна місія формувати в людей любов до Людини і Бога, повагу до суспільства й держави, патріотизм [2]. У цьому переліку найбільш виваженими є журналісти, оскільки саме вони є носіями суб'єктивних прав і визначених державою юридичних обов'язків щодо інформування населення нашої держави з приводу тих чи інших питань.

Правове регулювання журналістської діяльності сьогодні широко врегульовано в вітчизняному законодавстві, зокрема Конституцією України і Законами України «Про інформацію», «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні», «Про телебачення та радіомовлення», «Про авторські та сумжні права», «Про інформаційні агентства», «Про рекламу», «Про суспільне телебачення та радіомовлення», «Про національну раду з питань телебачення і радіомовлення», «Про порядок діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації», «Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів» і т.і. і всі вони покликані захищати і гарантувати свободу слова в нашій державі.

Треба констатувати, що не дивлячись на досить серйозний арсенал правових норм в даній сфері, все це ще не означає, що практика застосування цих норм відповідає змісту й духу цих законів. В національному законодавстві сформовані три основні функції ЗМІ – інформаційна, агітаційна та просвітницька. Якщо перші дві відносно є врегульованими, то питання з просвітницькою функцією залишається відкритим не дивлячись на зміни в чинному законодавстві і прийняття довгоочікуваного Закону «Про суспільне телебачення і радіомовлення». Важливість просвітницької функції, на наше глибоке переконання, в тому, що саме за її допомогою формується правова й політична свідомість громадян. Особливо, на наш погляд, просвітницька функція ЗМІ яскраво проявляється під час виборчих процесів. Діяльність засобів масової інформації у виборчому процесі здійснюється через процес політичної комунікації – обміну інформацією між політичною системою та громадянським суспільством. Ідеальна модель політичної комунікації характеризує високий рівень правової культури учасників виборчого процесу, наявність діалогу між політичною елітою та громадянами за допомогою незалежних засобів масової інформації [3, с. 22].

Як відомо, незнання законів не звільняє від відповідальності, тому громадяни сьогодні потребують цілодобової інформації про зміни в законодавчому полі нашої держави, тим паче, що на практиці саме населення вкрай низько оцінює свою обізнаність в даній сфері. Лише 1,5 % жінок та 38,8% чоловіків вважають, що вони добре проінформовані про українські закони, а 38,7% чоловіків та 37,3% жінок знають їх тільки частково. Але найбільшу групу на сьогодні (41,4% чоловіків і 44,9% жінок) складають ті, хто законів не знають, але прагнуть щось про них дізнатись. І тільки 4,9% чоловіків і 4,4% жінок стоять на позиції «законів не знаю і знати не хочу» [1, с. 42–45].

Враховуючи даний соціологічний факт, більш зрозуміло стає проблема низького рівня правової та політичної культур в нашому суспільстві. Оскільки не знаючи законів, не вмійючи активно відстоювати власні громадянські права люди втрачають і свої політичні права одночасно, не вмійють критично оцінювати владу і ті політичні кроки які вона робить на шляху розбудови нашого суспільства і демократичних перетворень у державі. В цьому контексті, саме ЗМІ через просвітницьку функцію на них покладену можуть ефективно впливати на формування і розвиток, через правову і політичну свідомість громадян, правової та політичної культур соціуму. Переваги ЗМІ перед іншими каналами правового і політичного інформування населення є оперативність подання інформації, широкий охват населення, щоденність впливу і доступність правової інформації, яка подається ними для громадян. Але часто ЗМІ справляють і деструктивний вплив на формування правової та політичної культури громадян, впливаючи на їх правосвідомість. Так, у ЗМІ інколи активно обговорюються невдалі законопроекти, які ще не пройшли доопрацювання і не отримали згоду у законодавця, що формує низьку якість уявлення про законодавця. На радіо і телебаченні спостерігається негативний аспект звернення до ви-

пусків новин і аналітичних передач, що полягає у вибіркової подання інформації: «скандальні», непопулярні закони, як правило, отримують в ЗМІ найбільшу огласку [4, с. 201]. Теж саме спостерігається й на політичних ток-шоу, які також формують певну політичну свідомість громадян, через спілкування політиків між собою, яке по суті не призводить до покращення політичного клімату в державі, і є, на нашу думку, частиною політичної агітації та проведення піар-компаній парламентарів в режимі «non-stop». Саме тому журналіст, як носій політично і соціально забарвленої інформації, повинен ретельно перевіряти її з точки зору правдивості, доцільності саме в цей момент і на даному політичному етапі розвитку суспільства, а надто, коли ця інформація стосується змін до законодавства і їх впливу на подальший розвиток суспільства. Слушним є з цього приводу зауваження Ю. Тодики, що саме ЗМІ сприяють правовій орієнтації громадян через розповсюдження правової інформації, яка впливає на поведінку суб'єктів правовідносин, формує їх правосвідомість, мобілізує на активну участь у державному та суспільному житті [5, с. 87].

Саме сьогодні в умовах неоголошеної війни, кризи влади, економічної кризи в нашому суспільстві, ми як ніколи потребуємо достовірної інформації яка б поширювалася ЗМІ, потребуємо певних зрушень саме в правовій просвітницькій діяльності за допомогою даних засобів. Натомість не дивлячись на ті «гучні» зміни які декларує сьогодні діюча влада на практиці нічого не змінюється.

На українському медійному просторі існує три типи редакційної політики – авторитарна, корпоративна та ліберальна. Авторитарна модель редакційної політики застосовується в партійних виданнях, зміст якої полягає у свідомому та цілеспрямованому поданні певним засобом масової інформації офіційної точки зору партії. Ця ж модель застосовується і в державних друкованих виданнях, прямою функцією яких є

обслуговування інтересів того державного органу, що виступає засновником даного мас-медіа. Корпоративна модель дещо гнучкіша, хоча і не виключає залежності масмедіа від тих чи інших суб'єктів політичного процесу, але засоби масової інформації мають змогу почуватися й поводитися вільніше, забезпечуючи більш об'єктивний та незаангажований рівень інформування громадян. Ліберальна або модель соціальної відповідальності передбачає забезпечення якісного та об'єктивного інформування громадян, оскільки власник засобу масової інформації не втручається в редакційну політику [6, с. 8–9]. Ми прагнемо до створення ліберальної моделі редакційної політики і власне Закон України «Про суспільне телебачення і радіомовлення» і є цією спробою, але не більше. Сьогоднішній медіапростір застряг десь поміж авторитарною та корпоративною моделями і тяжіє то до однієї то до іншої в залежності від того, якою буде діюча влада в державі – більше прокремлівською чи проєвропейською.

Досліджуючи далі медійне законодавство бачимо, що законодавець не приділяє й ні яких конкретних вимог до правової і політичної культури окремо взятого журналіста, редактора і т.д., а між іншим, правова і політична культура кінцевого медійного продукту (новини, політичні ток-шоу, аналітичні передачі й рубрики) на всі 100% залежить від колективу який її розповсюджує. Хоча безумовно з даною тезою в повному обсязі може й не погодитись оскільки сама по собі особа (наприклад, журналіст) може мати високий рівень правової й політичної культури, але на неї може чинитися вплив з боку керівництва, з боку тієї групи в якій вона знаходиться більшу частину свого часу (трудоий колектив), тобто певні соціальні чинники які весь час супроводжують людину соціально впродовж всього її життя. Велике значення також мають й економічними чинники, надто в державі яка має не тільки значні політичні проблеми, неоголошену війну але й суттєві економічні складнощі, тобто більшість журналістів

саме через економічний чинник не готові позбутися свого робочого місця, і в цьому контексті правова й політична культура відходять повністю на останній план, як і мораль і відчуття справедливості, так як і сама правдивість подаваної інформації через ЗМІ. Прикладом можуть слугувати буремні події зими 2013–2014 років, коли більшість центральних телерадіоканалів (Інтер, Україна, УТ-1 і т.д.) подавали інформацію у розрізі потрібному владі, а не так як вимагає закон – об'єктивну, достовірну, правдиву, перевірену. На так звані опозиційні ЗМІ тодішня влада чинила значний адміністративний вплив (зокрема, обшуки, перевірки), особливо це стосувалося окремо взятих журналістів і т.д. Виникає питання для чого все це було потрібно?

Проблема в тому, що ЗМІ є не тільки провідником в суспільстві в питаннях основних політичних, правових і економічних чинників його розвитку, але саме через ЗМІ здійснюється ще й масштабне маніпулювання свідомістю населення, яка в питаннях рівня правової і політичної культури відіграє мабуть найголовнішу роль.

Як же відбувається дана процедура? Якщо, наприклад, частина засобів масової інформації починає діяти в одному напрямі, ретранслюючи однакові інтерпретації політичних подій, то роль їх у процесах формування громадської думки різко підвищується завдяки виникненню специфічного кумулятивного ефекту. Водночас і для самих засобів масової інформації зростає загроза стати заручниками політичних і технологічних маніпуляцій. Соціополітичним чинником, який підвищує небезпеку масових маніпуляцій громадської думки за допомогою ЗМІ, є наявність тотальних порушень принципу рівного доступу політичних сил до ЗМІ (непропорційність представлення суб'єктів виборчого процесу в повідомленнях). Методами маніпулювання інформацією є: сортування, замовчування, дозування інформації, домінування оціночних суджень у повідомленнях, вилучення окремих

відомостей із загального контексту, незбалансоване подання інформації щодо дій певних політичних сил [7, с. 27]. Найбільш яскраво ця діяльність прослідковується під час виборчого процесу. Зокрема, якщо, взяти інформаційну кампанія перед позачерговими виборами до Верховної ради України 8 скликання, то ми можемо побачити як через ЗМІ формують політичну свідомість виборців, включаючи в цей процес подекуди зовсім не коректну політичну рекламу партій та блоків. Оскільки українці є нацією візуалістів, тобто вплив на нашу свідомість в основному мають картинки, а не реальні вчинки представників партій чи окремих народних депутатів, то для маніпуляцій зі свідомістю громадян обиралися конкретні картинки підкріплені гаслами: за мир – на фоні війни (Опозиційний блок); не відпустимо дітей на війну – на фоні могил та хрестів (Партія «Солідарність жінок України») і т.д. Це все сприяє маніпуляції зі свідомістю громадян, при цьому всьому жодна партія чи кандидат в народні депутати не показали через свої політичні реклами, які безсумнівно є найбільш дієвим інструментом впливу на свідомість громадян, жодного реального вчинку, а що ми зробили чи прагнемо зробити отримавши таку бажану владу. В цьому контексті, на думку приходить теза зі старого українського анекдоту: «нашому народові стільки пообіцяли, а йому все мало...».

Підсумовуючи вище сказане, варто відмітити, що правова й політична культура безсумнівно отримують свій розвиток і підвищення рівня через ЗМІ найшвидше, але ми сьогодні не маємо чіткої концепції за якою могла б розвиватися правова й політична культура нашого соціуму, тому такий розвиток відбувається стихійно, під впливом революційних перетворень, через досвід війни, крові та загибелі тисяч наших громадян, через окуповані землі, постійний страх серед населення. Населення сьогодні потребує реформаторських змін не тільки в сфері судочинства, економіки і т.д., але й у сфері правової та політичної культури, адже в нашій державі до сього-



дні не існує жодної комплексної програми по підвищенню правової та політичної культури. Були звичайно зроблені деякі спроби в цьому напрямку, зокрема, постанова Кабінету Міністрів України від 31 січня 2001 р. № 88 «Про заходи щодо реалізації Концепції підвищення правової культури учасників виборчого процесу та референдумів в Україні» але вона по суті нічого не змінила і не породила. Сьогодні можна з впевненістю констатувати, що в даній сфері у нас утворився інформаційний вакуум, де, з одного боку всі знають що таке правова й політична культура, а з іншого, ніхто в реальному житті не хоче змінювати себе під конкретні вимоги які ними пред'являються до соціуму, ніхто не бажає внести чіткість в дане питання і визначити, що на сьогоднішньому етапі ми робимо покроково для підвищення рівня правової та політичної культури, і, звичайно, абсолютно абстрактно законодавець говорить сьогодні про роль ЗМІ в даному процесі.

### **Література:**

1. Вимір людського розвитку: права і свободи людини в Україні. – К.: Наук. думка, 2000. – 324 с.
2. Галунько В. В. Культура засобів масової інформації в контексті правової культури // Електронний ресурс [Режим доступу]: [www.law-property.in.ua](http://www.law-property.in.ua)
3. Підлуська І. Політична комунікація: український досвід // Медіа-навігатор. – 2001. – № 2.
4. Клімова Г. П. Правове інформування українських громадян засобами масової комунікації // Вісник Національного університету «Юридична академія України ім. Я. Мудрого». – № 1(15). – 2013. – С. 198–206.
5. Тодыка Ю. Н. Конституционные основы формирования правовой культуры. – Харьков: Райдер, 2001. – 160 с.
6. Чекмишев О. Редакційна політика та рівень якісного інформування українських ЗМІ // Медіа-навігатор. – 2001. – № 2.
7. Основні особливості діяльності ЗМІ в Україні. Медіа і вибори 2002 року / Інформ.-аналіт. вид. – 2002. – лют.–серп. – 39 с.
8. Fotopoulos T. Mass media, Culture and Democracy/ Takis Fotopoulos // Електронний ресурс [Режим доступу]: [www.inclusivedemocracy.org](http://www.inclusivedemocracy.org)

## **ПОНЯТИЕ СТАНДАРТА ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО И АРБИТРАЖНОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ДОКАЗЫВАНИЯ В ЦИВИЛИСТИЧЕСКОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ РФ**

Понятие «стандарт доказывания» известен английскому и американскому доказательственному праву [8], впервые был применен И. В. Решетниковой применительно к российскому доказательственному праву в гражданском судопроизводстве. М. А. Плюхина указывает, что стандарт доказывания можно рассматривать как критерий, в соответствии с которым суд выносит решение в пользу той стороны, которая успешнее справилась с выполнением возложенной на нее обязанности по доказыванию [7; 7].

Стандартом доказывания в арбитражном судопроизводстве понимается модель процессуального доказывания, в которой цели, задачи судопроизводства, принципы арбитражного процесса, права и обязанности его участников в области доказывания, рассматриваются в качестве взаимосвязанных элементов, определяющих сущность и содержание института процессуального доказывания. В современном арбитражном процессе, по мнению Е. Ю. Веденеева, закреплен состязательно-следственный стандарт доказывания [1; 6–7]. Существует и иная точка зрения на определение стандарта доказывания – стандарты (критерии) доказывания устанавливают пороговые требования к доказательствам, которые должна представить сторона, на которую закон возлагает первичное бремя доказывания соответствующих юридических фактов, прежде чем обязанность доказывания перейдет к другой спорящей стороне [10; 27].

До изменений гражданского процессуального законодательства в 1995 году в обязанность суда входило установление объективной истины по делу. Поэтому установление ис-

тини являлось некоторым стандартом доказывания. Стандарт доказывания характеризует окончание рассмотрения дела, когда суд в состоянии вынести решение в пользу определенной стороны [9; 271].

В качестве стандарта доказывания И. В. Решетникова предлагает рассматривать вынесение решения на основе исследованных в суде относимых, допустимых, достоверных и достаточных доказательств по делу, будучи убежденным, что его вывод соответствует обстоятельствам дела. Убеждение суда базируется на исследовании не всех доказательств, а только тех, которые имеются в материалах дела. Суд выносит решение на основе внутреннего убеждения в существовании или отсутствии обстоятельств, на которые ссылаются стороны. Возможность вынесения судебного решения по делу на основе вероятности, долгое время отрицавшейся в науке, существовала и существует [9; 286–287].

В тридцатые годы 20-го века было высказано мнение, что условия судебной деятельности ставят судью перед необходимостью решения вопроса с позиции установления максимальной вероятности существования факторов, подлежащих оценке [2; 20; 3; 61]. Некоторые авторы допускают вынесение судом вероятностных решений [4]. С. В. Никитин считает, что категорическое непринятие вероятностных решений обусловлено тем, что ученые отождествляют достоверность с истиной, рассматривая вероятность как нечто промежуточное между истиной и ложью [5; 48]. И. В. Решетникова соглашается с С. В. Никитиным, при этом проводит анализ соотношения вероятности и достоверности с точки зрения лексического значения данных понятий на примере конкретной категории дел – дел о возмещении вреда, причиненного здоровью вследствие загрязнения окружающей среды. При этом вероятность определяется как возможность, допустимость чего-либо. Достоверность означает то, что не вызывает сомнения, надежность [6; 65, 152]. Автор приходит

к выводу, что нельзя доказать, что заболевание вызвано именно фактом загрязнения (гражданин заболел через 5–6 лет), поэтому вывод суда будет вероятным: загрязнение могло повлечь данное заболевание и скорее повлекло его, но абсолютной уверенности в этом ни у врачей, ни у суда быть не может. Решение суда вынесенное в пользу истца, является вместе с тем достоверным, так как положенные в его основу доказательства (в том числе и заключение медицинской экспертизы) надежны, они не вызывают сомнения, что заболевание, вероятнее всего, явилось результатом загрязнения окружающей среды. В итоге судебное решение отражает видение судом обстоятельств дела, устанавливает, что с наибольшей степенью вероятности произошло на самом деле. Наибольшая степень вероятности измеряется наличием доказательств, подтверждающих или опровергающих определенные обстоятельства по делу. Достоверные доказательства могут лежать как в основе решения, вынесенного при достижении истины по делу, так и при вероятном выводе. Суд оценивает доказательства по внутреннему убеждению. На убеждения судьи влияют различные факторы: общественное мнение, характеристики сторон, чувство ответственности и др. По сути, вероятное решение основывается на том, что суд счел доказательства достаточными и достоверными для принятия решения, но мог в этом ошибиться [9; 274–277]. К этому сводится стандарт доказывания в современном гражданском процессуальном праве. Вышеизложенное можно отнести и к стандарту доказывания в арбитражном судопроизводстве.

*По нашему мнению, стандарт доказывания в гражданском и арбитражном судопроизводстве сводится к установлению юридической истины по делу, которая включает в себя установление обстоятельств дела на основе вероятности, с учетом использования в правоприменительной деятельности правовых презумпций и фикций и др.*

### **Литература:**

1. Веденеев Е. Ю. Доказывание в арбитражном процессе Российской Федерации: проблемы теории и практики: на примере доказывания в спорах по имущественному страхованию: Автореф. дисс. ...канд. юрид. наук. – М., 1999.
2. Вышинский А. Я. Проблемы оценки доказательств в советском процессе // Проблемы уголовной политики. Книга 4. М., 1937.
3. Голунский С. А. О вероятности и достоверности в уголовном суде // Проблемы уголовной политики. Книга 4.
4. Курылев С. В. О достоверности и вероятности в правосудии // Правоведение. 1968. № 1.
5. Никитин С. В. О допустимости использования вероятных знаний в судопроизводстве по гражданским делам // Реализация процессуальных норм органами гражданской юрисдикции. Межвузовский сб. науч. тр. Свердловск, 1988.
6. Ожегов С. И. Словарь русского языка. М., 1984.
7. Плюхина М. А. Процессуальные средства обеспечения эффективности судопроизводства по гражданским делам: Автореф. дис.... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002.
8. Решетникова И. В. Доказательственное право Англии и США. Екатеринбург, 1997.
9. Решетникова И. В. Доказательственное право в гражданском судопроизводстве. Екатеринбург: Изд-во Гуманит. ун-та, 1997.
10. Цветков И. В. Налогоплательщик в судебном процессе: Практ. пособ. по судебной защите. М.: Волтерс Клувер, 2004.

***ВЕЧЕРОВА Єсенія  
ПРИЖБИЛО Олександр***

## **ОКРЕМІ НОВЕЛИ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ КРІЗЬ ПРИЗМУ ПРИВАТНИХ ЗАСАД В ПРАВОВОМУ РЕГУЛЮВАННІ**

Парадокс сучасної публічно-правової сфери, який знаходить своє «відлуння» і в новелах кримінального законодавства, полягає в поступовому розмиванні публічності, в поверненні до презюмування примату індивідуального, приватного над державним, публічним, громадським. Або хоча б у пошуках балансу такого стану, врівноваженого захисту приватних та публічних інтересів примусовими засобами та методами.

Антропоцентризм сучасних кримінально-правових сенсів є очевидним.

Дана тенденція наглядно відображення у такому стратегічно важливому для нашої держави документі, як, наприклад, Концепція реформування кримінальної юстиції України, із положень якої вбачається, що головними її завданнями є гуманізація кримінального законодавства; посилення прав та інтересів потерпілих, гарантоване відшкодування завданої злочином шкоди; розширення застосування відновних процедур і примирення [1].

Напевне, однією із найбільш «резонансних» новел (поряд із проблематикою юридичних осіб як суб'єктів кримінально-правового впливу) в законодавстві України є питання про категоризацію кримінальних правопорушень, тобто їх поділ на злочини та кримінальні проступки.

В законодавстві України поняття «кримінальне правопорушення» вперше з'явилося із прийняттям 13 квітня 2012 р. КПК, який цим терміном об'єднав поняття «злочин» і «кримінальний проступок». Згідно із Законом від 16 травня 2013 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення законодавства у відповідність з Кримінальним процесуальним кодексом України» до 60 законів були внесені зміни, зокрема з метою замінити слово «злочин» словами «кримінальне правопорушення» у відповідному відмінку.

Не зважаючи на прогресивні зміни в КПК України (норми процесуального права, які за логікою речей, повинні бути підпорядкованими нормам матеріального права, тобто КК), чинний КК України поки що так і не знає ні терміну «кримінальне правопорушення», ні терміну «кримінальний проступок». А єдиною підставою кримінальної відповідальності традиційно продовжує вважати вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину (ч. 1 ст. 2 КК України).

Доцільність такої таксономії кримінальних правопорушень та виокремлення категорії кримінальних проступків обумовлена рядом факторів:

- необхідно «розчистити» КК від передбачення діянь, котрі не становлять значної суспільної небезпечності. А такі за чинним КК становлять близько половини всіх кримінально карних діянь;
- можна буде скоротити застосування кримінальної репресії, насамперед – позбавлення волі;
- це забезпечить подальшу диференціацію кримінальної відповідальності;
- стане можливим спростити процесуальні процедури, зекономити репресію – адже щодо проступків можна ширше застосовувати процедури спрощеного провадження;
- збільшиться можливість реалізації щодо проступків низки нових, невідомих вітчизняній правовій системі, інститутів або відновлення чи розширення їх застосування (кримінальної відповідальності юридичних осіб, медіації, адміністративної преюдиції);
- треба реалізувати вимоги ратифікованих Україною міжнародно-правових угод щодо відмови від застосування арешту, конфіскації майна за деякі адміністративні правопорушення (дрібну крадіжку, дрібне хуліганство, незаконне полювання тощо);
- існує позитивний зарубіжний досвід виокремлення злочинів і кримінальних проступків [2, с. 119].

Кримінальні проступки повинні зайняти проміжне місце між злочинами та адміністративними деліктами, вони не будуть тягнути за собою судимості та, врешті-решт, спрямовані на підвищення ефективності чинного кримінального закону.

Дискусійними питаннями у сфері запровадження кримінальних проступків в Україні продовжують залишатися підстави їх розмежування із злочинами та модель нормативного закріплення.

Розділом XIV<sup>1</sup> «Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб» Загальну частину КК доповнено Законом України № 314-VII від 23 травня 2013 р.

Наявність даного розділу підтверджує те, що вітчизняний законодавець позитивно ставиться до введення юриди-

чних осіб у кримінально-правову орбіту як самостійних суб'єктів. Інша справа, що таке рішення є не стільки юридичним, скільки має «політичне забарвлення» і детерміноване взятими на себе Україною міжнародно-правовими зобов'язаннями щодо протидії корупційним правопорушенням.

Тому зараз, враховуючи наявні законодавчі новели, вже необхідно дещо зміни акценти і переформулювати запитання. Інакше кажучи, слід вже ставити питання не про те, бути чи не бути юридичним особам (законодавець його вже вирішив!)? А про те, в якому саме статусі їм бути?

В силу того, що на законодавчому рівні це питання й досі залишається відкритим, у доктрині пропонуються три варіанти його вирішення:

- 1) юридичні особи – суб'єкти злочину (спеціальні суб'єкти злочину) [3, с. 5];
- 2) юридичні особи – суб'єкти кримінальної відповідальності (найбільш розповсюджений підхід) [4, с. 8];
- 3) юридичні особи – суб'єкти кримінально-правового впливу (спільна позиція вчених кафедри кримінального права НУ «Одеська юридична академія»).

На наш погляд, саме остання точка зору видається найбільш прийнятною з наступних міркувань.

По-перше, згідно із ч. 1 ст. 18 КК України, суб'єктом злочину є виключно фізична осудна особа, яка вчинила злочин у віці, з якого відповідно до КК може наставати кримінальна відповідальність.

По-друге, відповідно до ч. 1 ст. 2 КК України, підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого КК (суб'єкт злочину – невід'ємний елемент складу злочину).

В Україні, за влучним висловом М. І. Хавронюка, «...до сьогодні в сфері кримінального права в основному діє застаріла «одноколіяка», якою «паравоз» покарання тягне свої «вагони» кари, відплати і залякування» [5, с. 289].



Ситуація у цій сфері почала змінюватися на краще буквально кілька років тому. Мова йде про Закон України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України стосовно виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» від 18 квітня 2013 р., яким назву розділу XIV Загальної частини КК України було змінено із «Примусові заходи медичного характеру та примусове лікування» на «Інші заходи кримінально-правового характеру».

Тим самим український законодавець надав легальний статус ідеям про «двоколіїність» кримінально-правового впливу і офіційно визнав, що поряд із покаранням існує ще й так званий «некаральний» кримінально-правовий вплив, який розмито назвав «інші заходи кримінально-правового характеру».

Типовими проявами заохочення в кримінальному законодавстві є окремі види звільнення від кримінальної відповідальності.

Законодавча регламентація звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з ухваленням у 2001 р. КК України зазнала (порівняно з КК 1960 р.) суттєвих змін, наприклад:

1) звільнення від кримінальної відповідальності дістало остаточне законодавче оформлення як самостійний інститут (Розділ IX Загальної частини КК); 2) істотно збільшилася кількість норм як Загальної, так і Особливої частин КК, які передбачають конкретні випадки звільнення від кримінальної відповідальності; 3) змінено формулювання тих кримінально-правових норм, які описують традиційні (відомі попередньому КК) різновиди звільнення від кримінальної відповідальності (як одну з умов такого звільнення у багатьох випадках названо вчинення злочину вперше; звільнення від кримінальної відповідальності пов'язується із класифікацією злочинів тощо).

На підставі Закону від 15 квітня 2008 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального ко-

дексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності» сферу застосування ст. 45, ст. 46 і ст. 97 КК розширено за рахунок необережних злочинів середньої тяжкості.

Експерти відзначають, що на гуманізацію кримінального законодавства серйозно вплинув у 2013–2014 рр. новий КПК України. У зв'язку з його прийняттям, зокрема:

- кількість осіб, звільнених судом від кримінальної відповідальності, зростає майже на 20%, або на 1350 (з 6500 у I півріччі 2012 р. до 7850 у I півріччі 2013 р.). Отже, рівень репресивності кримінального правосуддя суттєво знижується, що має наслідком зменшення кількості «тюремного населення»;
- кількість угод про примирення становить 8% від загальної кількості проваджень, переданих до суду (1075 угод на місяць протягом 2013 р.). Передбачена законом можливість домовленості між підозрюваним (обвинуваченим) і потерпілими значною частиною населення сприйнята позитивно та стає поширеним альтернативним способом вирішення кримінально-правового конфлікту;
- чисельність засуджених зменшилася на 25%, або на 20 тис. (у I півріччі 2012 р. засуджено 76 тис. осіб, а за аналогічний період 2013 – 56 тис.) [5, с. 290–291].

Отже можна резюмувати, що наявність та постійне збільшення приватноправових засад у чинному кримінальному законодавстві України відповідає не лише цілям запобігання вчинення злочинів, а й є вагомою запорукою підвищення його ефективності в умовах глобалізаційних процесів сучасності та епоху постмодерну.

### **Л і т е р а т у р а :**

1. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 15 лютого 2008 року «Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів»: Указ Президента України № 311 від 8 квітня 2008 р. // Офіційний вісник Президента України. – 2008 р. – № 12. – Стор. 79.
2. Українське кримінальне право. Загальна частина: підручник / за ред. В. О. Навроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – 712 с.
3. Михайлов О. О. Юридична особа як суб'єкт злочину: іноземний досвід та перспективи його застосування в Україні: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Кримінальне право

- та кримінологія; кримінально-виконавче право» / О. О. Михайлов. – К, 2008. – 18 с.
4. Сотніченко В. С. Юридична особа, як суб'єкт кримінальної відповідальності: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / В.С. Сотніченко. – К, 2013. –18 с.
  5. Дудоров О. О., Хавронюк М. І. Кримінальне право: Навчальний посібник / За заг. ред. М.І. Хавронюка. – К.: Ваіте, 2014. – 944 с.

*ТКАЛЯ Олена*

## **ПРОБЛЕМИ ПОНЯТТЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ ЗАХОДІВ**

Протягом останніх десяти років у науковій та навчальній літературі вживаються такі категорії: «організаційно-правові засади», «адміністративно-правові основи», «адміністративно-правові заходи», «адміністративно-правове регулювання», «адміністративно-правовий примус». Але вказані категорії досить часто ототожнюють, не визначаючи зміст, або здебільшого використовують інтегративний підхід, об'єднуючи окремі складові кожної з них для забезпечення повноти вирішення конкретного наукового завдання. Це спричиняє або ж поверхове вивчення предмета дослідження, або ж навпаки – висвітлення питань, що знаходяться за його межами. А розвиток адміністративно-правової науки вимагає вироблення та уточнення змісту базових категорій, що характеризують сутність та особливості правових відносин, урегульованих нормами адміністративного права, в тому числі що стосуються заходів впливу.

Вибору теми дослідження сприяли думки та пропозиції, сформульовані в роботах таких відомих представників вітчизняної юридичної науки права, як В. Б. Авер'янов, О. Ф. Андрійко, О. М. Бандурка, Ю. П. Битяк, В. М. Гаращук, І. П. Голосніченко, С. Т. Гончарук, Є. В. Додін, Ю. М. Дьомін, Р. А. Калюжний, С. В. Ківалов, О. В. Козаченко, Т. О. Коломoeць, В. К. Колпаков,

В. Я. Настюк, В. Г. Перепелюк, О. П. Рябченко, А. О. Селіванов, Ю. М. Тодика, В. К. Шкарупа, М. Г. Шульга, О. М. Якуба та ін.

Щоб сформулювати поняття «адміністративно-правові заходи», доцільно розкрити зміст його ознак, в тому числі й шляхом порівняння з іншими категоріями. Слово «заходи» в академічному тлумачному словнику української мови розуміється як сукупність дій або засобів для досягнення, здійснення чого-небудь [1, с. 380]. Слово «засади», яким досить часто підмінюється термін «заходи», вживається в українській мові у таких значеннях: 1. Основа чогось; те головне, на чому ґрунтується, базується що-небудь; 2. Вихідне, головне положення, принцип; основа світогляду, правило поведінки; 3. Спосіб, метод здійснення чого-небудь. Адміністративно-правові заходи іноді замінюють терміном «засоби». Єдиного підходу до визначення понять «адміністративно-правові засоби» в літературі не існує. Згідно із словником [2, с. 326], засіб – це спеціальна дія, що дає можливість здійснити що-небудь, досягти чогось, що служить знаряддям у якій-небудь дії, справі. Як бачимо, в загальному вигляді під засобом можна розуміти те, що своїм застосуванням сприяє досягненню певної мети. Тому коли мова йде про систему приймів і способів здійснення адміністративно-правового впливу держави в сфері охорони важливих для суспільства відносин благ та інтересів, забезпечення правомірної поведінки, більш доречним буде використання поняття «адміністративно-правові заходи».

Адміністративно-правові заходи, будучи соціально-спрямованою діяльністю держави, її органів та їх посадових осіб, громадських організацій та органів місцевого самоврядування (їх посадових осіб), спрямовані, в першу чергу, на запобігання адміністративних правопорушень, виявлення причин та умов вчинення адміністративних проступків, ліквідацію факторів, які сприяли формуванню антигромадської установки особи, ліквідацію адміністративної деліктності як соціального явища, і забезпечення прав і свобод громадян.

Адміністративно-правові заходи є сукупністю владних, правообмежувальних за змістом психологічних або фізичних дій, які застосовують посадові особи державних органів на основі адміністративно-правових норм українського законодавства. Ці дії вчиняються незалежно від волі і бажання суб'єктів адміністративних правовідносин і передбачають спонукання відповідних осіб виконувати встановлені правила та адміністративні процедури. Саме тому адміністративно-правові заходи досить часто розглядаються науковцями, такими як Д. Бахрах, О. Бандурка, Ю. Битяк, В. Зуй, Л. Коваль, А. Комзюк тощо, у рамках дослідження адміністративного примусу. Говорячи про адміністративний примус, необхідно в першу чергу зупинитись на проблемі використання цього терміна. Справа в тому, що в законодавстві України не те що відсутнє визначення цього поняття, а й взагалі в нормативних актах термін «адміністративний примус» взагалі не зустрічається, мовби він як правове явище і не існує. Лише інколи вживається термін «адміністративний вплив», який, як уявляється, не можна цілком ототожнювати з примусом, адже про адміністративний вплив можна говорити також у випадках застосування ряду заходів переконання. Термін «адміністративний примус» не має, так би мовити, «офіційного статусу», його сформульовано лише на доктринальному рівні. А саме, адміністративний примус розглядається як владне, здійснюване в односторонньому порядку і в передбачених правовими нормами випадках застосування від імені держави до суб'єктів правопорушень, по-перше, заходів припинення правопорушенням, по-друге, запобіжних заходів щодо правопорушень, по-третє, заходів відповідальності за порушення нормативно-правових положень [3, с. 289].

Але адміністративно-правовий примус та адміністративно-правові заходи співвідносяться між собою як частина та ціле, оскільки адміністративно-правові заходи не тільки примусові заходи адміністративного впливу, а ще й містять ці-

лий комплекс заходів організаційно-правового характеру, які спрямовані на невизначене коло осіб, заходи з організації комплексної діяльності щодо виявлення правопорушень та усунення їх причин та умов, вироблення стратегічних, тактичних та методологічних завдань означеної діяльності та створення умов для правомірного функціонування державного апарату. Заходи адміністративно-правового примусу – це ефективний та розгалужений комплекс зовнішніх форм прояву адміністративно-примусової діяльності уповноважених органів для забезпечення правопорядку. Переважна більшість вчених (Д. Бахрах, О. Бандурка, Ю. Битяк, В. Зуй, С. Ківалов, Л. Коваль, А. Комзюк тощо) залежно від способу охорони правопорядку всі заходи адміністративно-правового примусу поділяють на адміністративні стягнення, заходи адміністративного припинення та заходи адміністративного запобігання [4, с. 40]. До організаційно-правових заходів віднесено: 1) організаційні заходи, спрямовані на виявлення причин та умов правопорушень; 2) організаційні заходи, спрямовані на усунення причин та умов правопорушень; 3) організаційні заходи щодо вироблення стратегічних, тактичних та методологічних завдань діяльності органів влади із протидії правопорушень; 4) організаційні заходи, спрямовані на створення умов для правомірного функціонування служб та підрозділів органів влади в межах та на підставі закону [5, с. 82].

Адміністративно-правовим заходам притаманні характерні ознаки, серед яких науковці виділяють:

- має особливе нормативно-правове регулювання, як окремих видів адміністративно-правових заходів, так і системи в цілому. Наприклад, Кодекс України про адміністративні правопорушення, Митний кодекс України, Закон України «Про міліцію», Закон України «Про правовий режим надзвичайного стану» тощо;
- має обов'язковий, владний характер, здійснюється в односторонньому порядку лише у передбачених правовими нормами випадках, і полягає у застосуванні від іменні

держави особливих способів впливу на свідомість та волю особи з метою попередження та припинення правопорушень;

- особливий суб'єктний склад. А саме, множинність органів та посадових осіб, яким надано право на їх застосування (в тому числі при застосуванні заходів адміністративного примусу) та широке коло осіб до яких можуть застосовуватися данні заходи (як фізичних так і юридичних осіб). Причому адміністративно правові заходи застосовуються не тільки до правопорушників чи осіб схильних до вчинення правопорушень, а також до законослухняних осіб.
- це система прийомів та способів здійснення адміністративно-правового впливу, що формуються на засадах необхідного збалансування закладеного в них примусового та заохочувального потенціалу;
- адміністративні заходи є універсальними способами запобіжного впливу, оскільки полягають у використанні двох взаємопов'язаних методів – переконання і примусу;
- характеризуються багатоцільовою спрямованістю заходів впливу: а) заходи забезпечення правомірної поведінки суб'єктів правовідносин; б) заходи попередження правопорушень; в) заходи припинення правопорушення; г) покарання за вчинене протиправне діяння. Причому кожному виду адміністративно-правових заходів притаманні спеціальні тактичні цілі їх застосування, в яких відображаються особливості впливу певного заходу, його призначення в процесі регулювання правовідносин;
- адміністративно-правові заходи є своєрідною профілактикою більш суспільно-небезпечної, злочинної поведінки.

Отже, адміністративно-правові заходи можна визначити як – систему державно-владних прийомів та способів здійснення адміністративно-правового впливу, що здійснюється в односторонньому порядку лише у передбачених правовими нормами випадках, спеціально уповноваженими на то суб'єктами, з метою запобігання, виявлення та припинення протиправної поведінки, відвернення можливих шкідливих наслідків, відновлення правового становища та в разі необхідності притягнення винних до відповідальності.

Враховуючи вище зазначене, слід відмітити, що системне уявлення про адміністративно-правові заходи допомагає

глибше зрозуміти їх правоохоронну сутність, потребує спеціальної систематизації та стабільного закріплення у законодавстві.

### **Література:**

1. Словник української мови: в 11 томах / АН УРСР. Інститут мовознавства; за ред. І. К. Білодіда. – Том 3. – К, 1972. – 380 с.
2. Сучасний тлумачний словник української мови / За заг. ред. д-ра філол. наук, проф. В. В. Дубічинського. – Х.: ШКОЛА, 2008. – 1008 с.
3. Іванцов В. О. Заходи адміністративного примусу в діяльності органів державної податкової служби / О. В. Джафарова, В. О. Іванцов // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. – 2007. – Вип. 36. – С. 288–297.
4. Бахрах Д. Н. Административная ответственность: учебное пособие / Д. Бахрах. – М., 1999. – 112 с.
5. Алфьоров С. М. Адміністративно-правова діяльність щодо протидії корупції в органах внутрішніх справ: монографія. / С. М. Алфьоров. – Х., 2011. – 372 с.

***ВЕЧЕРОВА Євгенія  
ТАМИЛКО Олександр***

## **ОКРЕМІ ЗАОХОЧУВАЛЬНІ НОРМИ У КК УКРАЇНИ ЩОДО НЕПОВНОЛІТНІХ: СУТНІСТЬ, ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ ВДОСКОНАЛЕННЯ**

Покарання – обов'язкова форма кримінально-правового впливу, без якої немає кримінального закону, кримінального права, неможливе попередження злочинності, але воно не панацея від усіх бід і переоцінювати його попереджувальний вплив не слід. І більше того, що воно може дати, вимагати від нього не можна. Прикладом тому є періодична постановка в літературі питань про «кризу покарання» [1, с. 155].

Вимогою часу стає вирішення кримінально-правових завдань з мінімальними втратами, а по можливості з користю для винного, його близьких і суспільства в цілому, що припускає надання широких можливостей для застосування на практиці «інших» колій кримінально-правового впливу, наприклад, заохочувальних (компенсаційних) заходів тощо.



Як зазначає О. В. Малько, чим досконаліше право, тим більш диференційовано воно регламентує конкретні питання суспільного життя [2, с. 65].

Тобто примус – лише один із способів реалізації кримінально-правового впливу, поряд із заохоченням. Примус (покарання) виражається в позбавленні людини певних благ (від майна до свободи) та застосовується до осіб, які переступили межу дозволеного. Заохочення (окремі види звільнення від кримінальної відповідальності та від покарання) – до осіб, які відчують каяття, прагнуть повернутися до чесного, законотворчого життя та здійснюють у цьому напрямку конкретні активні кроки, що знаходять схвалення з боку суспільства. Виражається воно у звільненні від обтяжень, які застосовуються (або можуть бути застосовані) до особи у зв'язку з вчиненим діянням [3, с. 147].

Без примусу кримінальне право перестає бути кримінальним при нинішньому рівні розвитку суспільної моралі і суспільних відносин. Без заохочення кримінальна юстиція втрачає сенс, оскільки будь-які активні зусилля людини залагодити свою провину перед суспільством не будуть отримувати підкріплення та, зрештою, почнуть поступово згасати, покарання буде носити виключно відплатний характер [4, с. 69–75].

Ми цілком поділяємо позицію щодо галузевої специфіки кримінально-правового заохочення, яка полягає у тому, що заходи кримінально-правового заохочення, як правило, не надають винагороди, а усувають обтяження у відповідь на активне та сумлінне виконання обов'язку (зокрема, зазначеного в законі) або певних дій, з якими законодавець пов'язує можливість встановлення позитивних ознак особистості [5, с. 15].

Внаслідок зазначеної особливості кримінально-правового заохочення можна вважати, що йому притаманна примусовість (в сенсі обов'язковості виконання зобов'язань з

боку правопорушника для того, щоб мати право розраховувати на заохочення), адже для реалізації заходів заохочення необхідно утримувати в певних межах інтереси осіб, які є небажаними для держави та суспільства.

Заохочувальними заходами кримінально-правового впливу є такі, що спонукають особу до поведінки, яка дозволяє вирішити кримінально-правовий конфлікт без державного примусу (покарання), «з найменшими втратами» для особи та інших суб'єктів відповідних правовідносин [6, с. 295].

Звільнення від кримінальної відповідальності є найбільш типовим проявом заохочення в кримінальному праві, адже в ситуації позитивної мотивації в якості спонукальної сили бажаної поведінки виступають не тільки зовнішні приписи, а й власний інтерес правопорушника, його зацікавленість [1, с. 224].

На пріоритетності її застосування по відношенню до неповнолітніх правопорушників наголошується в низці міжнародних нормативно-правових актів.

Як відомо, 15 квітня 2008 р. були внесені зміни до КК України, згідно з якими норми про звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям (ст. 45 КК України); примиренням з потерпілим (ст. 46 КК України) та із застосуванням примусових заходів виховного характеру (ч. 1 ст. 97 КК України) стали поширюватися не лише на злочини невеликої тяжкості, а й на необережні злочини середньої тяжкості, вчинені уперше [7].

Такі зміни майже не враховують структурні особливості злочинності неповнолітніх, що, по суті, робить їх малопродуктивними по відношенню до неповнолітніх (особливо до неповнолітніх правопорушників у віці від 14 до 15 років).

Злочини неповнолітніх мають переважно корисливу спрямованість: 80% – злочини проти власності, найпоширенішими з них є крадіжки (тобто має місце умисна форма вини). Крім того, останнім часом збільшується питома вага тя-

жких та особливо тяжких злочинів в середовищі неповнолітніх, злочинність неповнолітніх стає все більше «дитячою», в ній зростає доля злочинів, які вчиняються в групі та у стані сп'яніння [1, с. 100–101].

З положень ч. 2 ст. 22 КК України вбачається, що кримінальна відповідальність у віці від 14 до 15 років можлива тільки за умисні злочини, які практично не відносяться до категорії невеликої тяжкості.

Таким чином, неповнолітні у віці від 14 до 15 років (а це понад 24% від усіх неповнолітніх правопорушників у нашій державі) з формальних підстав фактично позбавлені права на застосування такої форми некарального кримінально-правового впливу, як звільнення від кримінальної відповідальності [1, с. 85].

В деяких пострадянських державах передбачено більше правових можливостей для звільнення неповнолітніх від кримінальної відповідальності, ніж в Україні.

Зокрема, КК РФ допускає звільнення неповнолітнього від кримінальної відповідальності в зв'язку з дійовим каяттям (ст. 75 КК РФ); примиренням з потерпілим (ст. 76 КК РФ) та застосуванням примусових заходів виховного впливу (ч. 1 ст. 90 КК РФ) в тому числі й у справах про злочини середньої тяжкості.

Відповідно до КК Республіки Молдова, звільнення неповнолітнього від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям (ст. 57 КК) та застосуванням примусових заходів виховного характеру (ст. 54 КК) є можливим також за злочини середньої тяжкості.

У ст. 90 КК Грузії передбачено, що неповнолітній, який вчинив менш тяжкий злочин (тобто злочин, за який кримінальне покарання не перевищує п'яти років позбавлення волі), може бути звільнений від кримінальної відповідальності, якщо для його виправлення доцільно застосування примусових заходів виховного впливу.

Таким чином, доцільно встановити для неповнолітніх правопорушників більш пільгові умови застосування звільнення від кримінальної відповідальності, які б поширювалися як на злочини невеликої тяжкості, так і на умисні злочини середньої тяжкості, вчинені даним контингентом уперше (мова йде про ст. ст. 45, 46, 97 КК).

Ця позиція ґрунтується на тому, що неповнолітні правопорушники – це, як правило, «випадкові» делінквенти без усталеної криміногенної спрямованості, для яких характерна підвищена віктимогенність, а їх соціально-психологічні ознаки характеризують їх як представників маргінальних верств, які потребують не стільки покарання, скільки реабілітації, таких заходів впливу, що нададуть їм можливість проявити активну позитивну посткримінальну поведінку, усвідомити почуття потерпілого від злочину. Адже реалізація завдань кримінального законодавства не завжди вимагає того, щоб винна особа зазнала покладені на неї заходи кримінальної відповідальності, тим більше, коли йдеться про неповнолітніх. Якщо правопорушник усвідомив шкоду, яку він заподіяв, розкаюється у вчиненому і готовий її відшкодувати, іншими словами, демонструє активну позитивну посткримінальну поведінку, то «драматизація» діянь, що не представляють підвищеної суспільної небезпеки, недоцільна.

Таким чином, можна підсумувати наступне.

1. Заохочення у кримінальному праві має свою специфіку і полягає у звільненні від обтяжень, які застосовуються (або можуть бути застосовані) до особи у зв'язку з вчиненим діянням у відповідь на активне та сумлінне виконання обов'язку (зокрема, зазначеного в законі) або певних дій, з якими законодавець пов'яже можливість встановлення позитивних ознак особистості
2. Чинна редакція ст. ст. 45, 46, 97 КК майже не враховує структурні особливості злочинності неповнолітніх, що, по суті, робить дані норми малопродуктивними по відношенню до неповнолітніх (особливо до неповнолітніх правопорушників у віці від 14 до 15 років).

3. Доцільно встановити більш пільгові умови застосування звільнення від кримінальної відповідальності неповнолітніх (мова йде про ст. ст. 45, 46, 97 КК), які б поширювалися як на злочини невеликої тяжкості, так і на умисні злочини середньої тяжкості, вчинені даним контингентом уперше.

### **Література:**

1. Вечерова Е. Н. Некарательное уголовно-правовое воздействие на несовершеннолетних: аналитический дискурс: монография. – Николаев: Илион, 2012. – 324 с.
2. Малько А. В. Льготная и поощрительная правовая политика / А. В. Малько. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. – 233 с.
3. Сабитов Р. А. Посткриминальное поведение (понятие, регулирование, последствия) / Р. А. Сабитов. – Томск: Изд-во Томск. ун-та, 1985. – 192 с.
4. Голик Ю. В. Метод уголовного права / Ю. В. Голик // Журнал российского права. – 2000. – № 1. – С. 69–75.
5. Хряпінський П. В. Заохочувальні норми у кримінальному законодавстві України: теоретичні, законотворчі та правозастосовні проблеми: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня докт. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / П. В. Хряпінський. – Х., 2010. – 39 с.
6. Дудоров О. О., Хавронюк М. І. Кримінальне право: Навчальний посібник / За заг. ред. М. І. Хавронюка. – К.: Ваіте, 2014. – 944 с.
7. Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо гуманізації кримінальної відповідальності: Закон України від 15 квітня 2008 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2008. – № 24. – Ст. 236.

*ОБРУЧКОВ Роман*

## **ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВІ ФОРМИ СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ: ЗАГАЛЬНІ ПИТАННЯ**

У галузі права соціального забезпечення в умовах сучасності існує багато невирішених та неврегульованих питань. Одним з таких питань є визначення організаційно-правової форми здійснення у державі соціального забезпечення. За загальним правилом під «формою» слід розуміти зовнішній вигляд існування чогось. Застосування разом з формою сло-

восполучення «організаційно-правова» дає нам змогу з'ясувати структуру зовнішнього вигляду існування якогось механізму або явища, що закріплені у нормах правах. Таким чином, шляхом встановлення та регламентації порядку виникнення, зміни, припинення та використання елементів правовідносин з приводу втілення у життя даного правового механізму або явища, держава закріплює специфічний спосіб існування та розвитку даного механізму (явища). Якщо ж конкретизувати сам механізм (явище), якому надається певна організаційно-правова форма, то ним є «соціальне забезпечення» або «соціальний захист» державою своїх громадян у найширшому його розумінні.

Узагальнюючи дослідження вітчизняних вчених щодо співвідношення понять соціального захисту та соціального забезпечення, можна стверджувати про розуміння цих двох понять як загального та окремого. Соціальний захист слід розуміти як специфічний різновид публічної діяльності держави, що уособлює в собі втілення соціальної функції держави, як одного з основних напрямків її діяльності, який направлений на надання фізичним особам захисту з метою всебічного та безпечного розвитку їх особистостей. Під соціальним забезпеченням, в свою чергу, розуміється більш вузьке вираження вищезгаданої функції, а саме – порядок акумуляції з метою розподілу та перерозподілу різного роду матеріальних благ (грошових коштів, предметів матеріального світу, послуг, пільг, субсидій тощо) задля зменшення негативних наслідків настання певного роду соціальних ризиків у фізичних осіб, через втрату основних засобів існування у зв'язку із непрацездатністю чи з інших причин, або у зв'язку із необхідністю здійснення додаткових витрат.

Таким чином, закріплення у нормах права порядку отримання такого соціального забезпечення шляхом визначення підстав, видів та розмірів забезпечення певного кола осіб через відповідні державні органи або інші організації є своє-

рідним практичним вираженням сутності організаційно-правової форми соціального забезпечення. Нажаль, у сучасній науці права соціального забезпечення відсутні єдині погляди щодо переліку видів організаційно-правових форм існування соціального забезпечення. За різними точками зору вітчизняних вчених дані форми можна розділити від трьох загально відомих світових форм [4, 41; 2, 101], до розподілу їх аж на сім видів [3, 22–23]. Однак, однаковими є погляди вчених на перелік суттєвих ознак, за якими одна організаційно-правова форма соціального забезпечення відрізняється від іншої. Такими ознаками виступають:

- спосіб акумуляції матеріальних благ, що використовуються на соціальне забезпечення у певній формі;
- перелік суб'єктів, які мають право на соціальне забезпечення у певній організаційно-правовій формі;
- перелік видів соціального забезпечення вказаного кола суб'єктів за рахунок наявних у даній формі матеріальних благ;
- система органів (державних або недержавних), у повноваження яких входить призначення та здійснення соціального забезпечення у даній організаційно-правовій формі.

Аналізуючи ці чотири ознаки можна виокремити конкретні види організаційно-правових форм соціального забезпечення, що використовуються у певних сферах суспільного життя.

Історично у світі склалися три основні організаційно-правові форми соціально-забезпечувальної діяльності в державі. Ними виступають: по-перше, соціальне страхування, по-друге, соціальне забезпечення за рахунок державних коштів та, по-третє, соціальна допомога. Кожна держава з огляду на свій соціальний, економічний, політичний, правовий та культурний розвиток здатна з метою удосконалення розширювати даний перелік на власний розсуд, що є однією з умов відсутності єдиного підходу до поділу організаційно-правових форм соціального забезпечення на види в Україні. Іншою умовою є відсутність чіткого закріплення такого переліку у

єдиному нормативно-правовому акті з соціального забезпечення (у зв'язку із його відсутністю). Можливо прийняття єдиного кодифікованого акту у галузі права соціального забезпечення України усунуло б існуючі протиріччя у наукових теоріях з даного питання.

Множинність видів організаційно-правових форм соціального забезпечення, на думку автора, може мати різні наслідки. Це може свідчити як про високий соціальний та правовий розвиток держави, а може і бути причиною різного роду соціальної нерівності серед фізичних осіб, що мешкають на території певної держави, через, наприклад, надмірну диференціацію умов, розмірів та порядку отримання різного соціального забезпечення особами, що може призвести до розділення суспільства на різні соціально нерівні прошарки. Однак, наслідки множинності організаційно-правових форм соціального забезпечення, на думку автора, мають стати предметом окремого науково-практичного дослідження, що виходить за межі даної публікації.

На підставі аналізу вище наведених ознак, за якими розмежовуються види форм соціального забезпечення автор пропонує розглянути можливу систему вітчизняних організаційно-правових форм соціального забезпечення в Україні. Так, на думку автора, за основу для поділу слід взяти характер джерел матеріальних благ, що використовуються для надання різного виду соціального забезпечення. У зв'язку з чим види організаційно-правових форм можна розділити за двома рівнями, а саме за державним та недержавним рівнями соціального забезпечення. На державному рівні соціальне забезпечення може здійснюватися у таких формах, як: загальний державний соціальний захист (через систему державного соціального страхування та систему соціального забезпечення за рахунок державного або місцевих бюджетів), спеціальний державний соціальний захист та додатковий державний соціальний захист. На недержавному рівні соціальне



забезпечення може здійснюватися у таких формах: недержавне соціальне страхування, забезпечення через благодійну діяльність та забезпечення через колективно-договірну роботу.

Таким чином, схематично систему організаційно-правових форм соціального забезпечення в Україні, на думку автора, можна представити наступним чином:

I. Державний рівень соціального забезпечення має такі форми:

- 1) загальний державний соціальний захист, що включає в себе:
  - державне соціальне страхування;
  - соціальне забезпечення за рахунок державного або місцевих бюджетів;
- 2) спеціальний державний соціальний захист;
- 3) додатковий державний соціальний захист

II. Недержавний рівень соціального забезпечення може мати наступні форми:

- а) недержавне соціальне страхування;
- б) забезпечення через благодійну діяльність;
- в) забезпечення через колективно-договірну роботу

Соціальне забезпечення у формі загального державного соціального захисту здійснюється насамперед через загальнообов'язкове державне соціальне страхування, яке в Україні існує у декількох різновидах залежно від переліку страхових ризиків. Так, на сьогоднішній час існують такі види державного соціального страхування: пенсійне, на випадок тимчасової втрати працездатності та витрат на поховання, від нещасних випадків та професійних захворювань, на випадок безробіття, медичне. Дана організаційно-правова форма соціального забезпечення є в Україні основною і її специфічною особливістю можна виділити участь самих фізичних осіб, які у майбутньому можуть претендувати на забезпечення у цій формі, у формуванні джерел фінансування витрат на соціальне забезпечення у даній формі. Така участь виражається у періодичній сплаті даними фізичними особами (а також

фізичними або юридичними особами, що використовують їх працю) грошових коштів, з яких формуються відповідні джерела на соціальне забезпечення. Основною метою даної форми можна визнати необхідність зменшення негативних наслідків для фізичних осіб (застрахованих) у зв'язку із настанням об'єктивних обставин, що перешкоджають даним особам самостійно забезпечувати себе засобами існування. Таким чином, соціальне страхування уявляється формою соціального захисту найбільш економічно активного населення від різноманітних ризиків, пов'язаних із втратою роботи, працездатності й доходів, що базується на колективній солідарності відшкодування шкідливих наслідків.

Така форма, як соціальне забезпечення за рахунок державного або місцевих бюджетів передбачається задля задоволення потреб у соціальному забезпеченні при настанні такого переліку об'єктивних соціальних обставин, які не передбачаються у соціальному страхуванні. Таким чином, підставою надання соціального забезпечення за цією формою є такий випадок, який за вірогідністю настання відноситься до менш поширених, аніж випадки від яких особа може бути застрахована. Крім того, дана форма становить систему заходів щодо надання за рахунок державного та комунального (місцевого) бюджетів та інших програм матеріальної допомоги, здійснення соціального обслуговування та утримання, встановлення пільг. Основною метою здійснення соціального забезпечення за рахунок бюджету визнається необхідність матеріальної підтримки осіб, в яких при настанні соціального ризику знижуються доходи, або підвищення доходів особам, в яких вони нижчі прожиткового мінімуму.

Спеціальний соціальний захист передбачає відмінні від загальних умови його здійснення щодо певного, визначеного законодавством кола осіб. Тобто, у даній формі забезпечення здійснюється у випадку настання практично таких самих підстав, що і у формі загального державного соціального за-

хисту, але за спеціальними правилами або у випадках, коли особи не підлягають обов'язковому соціальному страхуванню. Спеціальний соціальний захист стосується насамперед:

- кола осіб, які виконують певний вид державної діяльності, протягом виконання якої не підлягають обов'язковому державному соціальному страхуванню;
- кола осіб, які підлягають соціальному страхуванню, але держава бере на себе обов'язок щодо їх підвищеного соціального забезпечення або покладає такий обов'язок на конкретних суб'єктів. [1, 67]

Додатковий соціальний захист передбачено для таких категорій населення, як діти-сироти та діти, позбавлені батьківського піклування; ветерани війни; ветерани військової служби та ветерани органів внутрішніх справ; ветерани праці та особи похилого віку; інваліди та особи з обмеженими фізичними можливостями; особи, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи; особи, які стали жертвами політичних репресій; біженці та ін. Існування даної форми соціального забезпечення відбувається через систему надання додаткових заходів соціального захисту окремим категоріям осіб шляхом закріплення за ними пільг у сфері працевлаштування, застосування праці, медичного та соціального обслуговування, надання житлово-комунальних послуг тощо.

Недержавний рівень соціального забезпечення уявляється найменш дослідженим у науковій літературі з права соціального забезпечення. Він передбачає, на думку автора, існування щонайменше трьох видів організаційно-правових форм. Правовим підґрунтям даних форми можуть виступати:

- для недержавного соціального страхування – Закон України «Про недержавне пенсійне забезпечення» від 09 липня 2003 року № 1057-IV;
- для забезпечення через благодійну діяльність Закон України «Про благодійну діяльність та благодійні організації» від 05 липня 2012 року № 5073-VI;
- для забезпечення через колективно-договірну роботу – Закон України «Про колективні договори і угоди» від 01 липня 1993 року № 3356-XII.

Розкриття особливостей існування та порядку застосування форм недержавного рівня соціального забезпечення потребують окремого дослідження, яке автор даної публікації намагатиметься здійснити у майбутньому.

### **Література:**

1. Болотіна Н. Б. Право соціального захисту України: Навч. посіб. – 2-ге вид., перероб. і доп. – К.: Знання, 2008. – 663 с.;
2. Синчук С. М., Бурак В. Я. Право соціального забезпечення України: Навч. посіб. / За ред. С. М. Синчук. – 2-ге вид., перероб. і доп. – К.: Знання, 2006. – 318 с.;
3. Сирота І. М. Право соціального забезпечення в Україні: Учебник. – Изд. шестое. – Х.: Одиссей, 2006. – 432 с.;
4. Сташків Б. І. Теорія права соціального забезпечення: Навч. посіб. – К.: Знання, 2005. – 405 с.

*ЛАЗАРЄВА Наталя*

## **ОПОДАТКУВАННЯ ДОХОДІВ ФІЗИЧНИХ ОСІБ: НОВАЦІЇ 2015 РОКУ**

Відповідно до статті 92 Конституції України встановлення, зміна, відміна, скасування податків та зборів на території України регламентується законами прийняття яких належить до виключної компетенції Верховної Ради України.

З метою підвищення ефективності використання ресурсів економіки, вирішення нагальних потреб в державі та на виконання програми проведення податкової реформи Законами України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо податкової реформи» та «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо удосконалення податкового контролю за трансферним ціноутворенням» були внесені зміни до Податкового кодексу України.

Нормами цих законів, зокрема, скорочено кількість податків та зборів з 22 до 9, реформовано адміністрування податку на прибуток підприємств, запроваджено систему елек-

тронного адміністрування ПДВ, удосконалено податковий контроль за трансферним ціноутворенням, змінено адміністрування податку на доходи фізичних осіб, тощо.

Окремі зміни у правовому регулюванні оподаткування доходів фізичних осіб викликають особливий інтерес.

Зокрема, зазнали деяких змін розміри ставок оподаткування доходів фізичних осіб у формі заробітної плати, інших виплат, які нараховуються та виплачується на підставі трудового договору та цивільно-правовими угодами. Розмір основної ставки оподаткування зазначених доходів залишився без змін (15 відсотків) щодо суми, яка не перевищує десятикратного розміру мінімальної заробітної плати. У 2015 році ця сума дорівнює 12 180 гривень. Якщо сума, що підлягає оподаткуванню перевищує у календарному місяці перевищує десятикратний розмір мінімальної заробітної плати, до суми такого перевищення застосовується ставка 20 відсотків. До 1 січня 2015 року до суми такого перевищення застосовувалась ставка оподаткування 17 відсотків. Крім того, скасовано пільгову ставку у розмірі 10 відсотків для оподаткування заробітної плати шахтарів. За правилами встановленими в цьому році заробітна плата працівників, які видобувають вугілля, залізну руду, руди кольорових і рідкісних металів, які зайняті на підземних роботах оподатковується на загальних підставах, тобто застосовуються ставки у розмірах 17 та 20 відсотків в залежності від розміру бази оподаткування.

Відповідно до змін у пп. 164.219 п. 164.2 ст. 164 змінено систему оподаткування сум пенсій, в тому числі їх індексації або щомісячного довічного грошового утримання, отримуваних платником податку з Пенсійного фонду України чи бюджету. Так, якщо розмір зазначених виплат перевищує три розміри мінімальної заробітної плати (у розрахунку на місяць), встановленої на 1 січня звітного податкового року (у 2015 році ця сума дорівнює 3 654 гривні) – у частині такого перевищення вони підлягають оподаткуванню. До 1 січня

2015 року зазначені доходи оподатковувались у випадку, якщо їх сума перевищувала 10 000 гривень.

Зазнав змін порядок і порядок оподаткування суми боргу (кредиту) платника податку, прощеного (анульованого) кредитором за його самостійним рішенням, не пов'язаним із процедурою банкрутства.

Так, оподаткуванню підлягає лише основна сума боргу (кредиту) платника податку прощеного кредитором за його самостійним рішенням до закінчення строку позовної давності, у разі якщо його сума перевищує 50 відсотків однієї мінімальної заробітної плати у розрахунку на рік, встановленої на 1 січня звітного податкового року (у 2015 році ця сума дорівнює 609 гривень).

При цьому кредитор повинен повідомити платника податку-боржника шляхом направлення рекомендованого листа з повідомленням про вручення, або укладання відповідного договору або надання повідомлення боржнику під розпис особисто про прощення (анулювання) боргу та включення суми прощеного боргу до податкового розрахунку суми доходу за підсумками звітного періоду, у якому борг прощено (форма звіту № 1 ДФ).

У такому випадку боржник зобов'язаний самостійно сплатити податок та відобразити це у річній декларації.

За правилами Податкового кодексу України з урахуванням змін платник податку на доходи фізичних осіб зобов'язаний подати податкову декларацію про майновий стан і доходи, якщо ним протягом такого податкового періоду (року) отримувалися доходи у зв'язку з трудовими відносинами та за цивільно-правовими угодами одночасно від двох та більше податкових агентів і при цьому загальна річна сума таких оподатковуваних доходів перевищила 120 розмірів мінімальної заробітної плати, встановленої законом на 1 січня звітного податкового року (у 2015 році ця сума дорівнює 146 160 гривень). Якщо за підсумками перерахунку виникає від'ємне

значення податку, то різниця підлягає поверненню платнику податку з бюджету у порядку, встановленому Податковим кодексом України.

Згідно зі змінами внесеними до розділу XX Податкового кодексу України, дію п. 16-1 підрозділу 10 цього розділу, яким встановлено справляння військового збору, продовжено до набрання чинності рішення Верховної Ради України про завершення реформи Збройних Сил України.

Зазначені зміни дозволять фінансово укріпити місцеві бюджети та надати змогу вирішувати певні завдання органів місцевого самоврядування для задоволення інтересів територіальних громад.

#### **Література:**

1. Конституція України // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 30, ст. 141.
2. Податковий кодекс України // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2011, № 13-14, № 15-16, № 17, ст. 112.
3. Закон України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо податкової реформи» // Голос України від 31.01.14 р. № 254.
4. Закон України «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо удосконалення податкового контролю за трансферним ціноутворенням» // Голос України від 30.12.14 р. № 252.
5. Закон України «Про Державний бюджет України на 2015 рік» // Голос України від 31.01.14 р. № 254.

*ПУШКАР Ганна*

## **МЕТА ПРИМУСОВОГО ЛІКУВАННЯ ВІД НАРКОМАНІЇ ЯК ІНШОГО КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ЗАХОДУ**

Сучасний стан протидії злочинності у державі полягає не лише в системі покарань, але і в застосуванні певних дієвих заходів, які повинні бути спрямовані на попередження кримінальних правопорушень та на відновлення соціальної

справедливості, і не мати на меті кару, залякування та відплату за вчинене.

У сучасному кримінальному праві України існує низка заходів, які за своїм змістом та сутністю не є покаранням, а являють собою частину кримінально-правових заходів: примусові заходи виховного характеру, встановлення певних обмежень при призначенні покарання з випробуванням (стаття 76 ККУ), а також некаральні заходи з медичним змістом: примусові заходи медичного характеру та примусове лікування. Саме останні два інші кримінально – правові заходи знайшли своє відображення в одному із розділів Кримінального кодексу України, який отримав назву «Інші заходи кримінально-правового характеру» у зв'язку з прийняттям Закону України «Про внесення змін до кримінального та Кримінального процесуального кодексів України стосовно виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» від 18.04.13 р. [1].

Інститут інших заходів кримінально-правового характеру з'явився в кримінальному праві відносно недавно (кінець XIX – початок XX століття). Його становлення пов'язане з ідеями соціологічної школи кримінального права та виниклої на її основі школи нового соціального захисту. Представники даних шкіл виділяли особливу категорію осіб, які перебувають в «небезпечному стані», до яких відносили, наприклад, психічно нездорових осіб, рецидивістів, та осіб, які належать до маргінальних верств населення (бродяги, жебраки, алкоголіки та наркозалежні особи). Оскільки дані особи схильні до вчинення кримінальних правопорушень, вони є небезпечними для суспільства і, згідно з поглядами даної школи, їх необхідно було знешкоджувати ще до вчинення злочину шляхом застосування до них так званих «заходів безпеки», наприклад, примусового лікування, висилки і т.д.

Таке бачення в першій половині XX століття знайшло своє відображення в законодавстві Австрії, Німеччини, Іспа-



нії, Італії, Португалії, Швейцарії, Франції та її колоній, країн Латинської Америки. Однак, становлення міжнародного інституту прав людини призвело до повернення до ідей законності і неприпустимості застосування будь-яких заходів до осіб, які ще не вчинили кримінальне правопорушення. В даний час заходи безпеки застосовуються в рамках кримінально-процесуальних відносин, пов'язаних із вчиненням особою об'єктивно протиправного чи суспільно небезпечного діяння, виключення складають лише окремі країни (Гватемала, Іспанія, Італія, Куба, Нікарагуа, Сан-Маріно), в яких примусове лікування чи примусові заходи медичного характеру можуть застосовуватися як превентивний захід, до вчинення суспільно-небезпечного діяння [2, 267–271].

В українському кримінальному праві такі заходи розглядаються як дії обмежувального характеру, що застосовуються від імені держави за мотивованим рішенням суду до особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, передбачене кримінальним законом, і становить небезпеку для суспільства, спрямовані на попередження і припинення порушення права або на припинення дій, що порушують (або здатні порушити) інтереси інших осіб, суспільства, держави, усунення передумов криміногенної ситуації, попередження вчинення такою особою нових суспільно небезпечних діянь, а також на захист прав та інтересів суспільства і держави від суспільно небезпечних посягань з боку такої особи.

Слушно зауважує М. І. Хавронюк, досліджуючи питання інших кримінально-правових заходів виділяє їх суттєві ознаки [3, 279]: вони безпосередньо спрямований на усунення «небезпечного стану» особи, яка вчинила або може вчинити суспільно небезпечне діяння, мають на меті превентивну роль (спеціальна та загальна превенція), на відміну від покарання. На думку О. В. Козаченко спеціальна превенція як мета примусового лікування забезпечується нормативно визначеною можливістю звернутися за медичною допомогою

добровільно, що виключає застосування лікувальної терапії примусово. Загальна превенція реалізується шляхом створення бар'єрів для безперешкодного поширення небезпечних для суспільства захворювань, яке не тільки супроводжується виникненням неконтрольованих епідемій, але є чинником для вчинення суспільно небезпечних діянь, зокрема, пов'язаних з наркотизмом, зараженням венеричними захворюваннями тощо [4, 247].

Наркотизм як негативне соціальне явище, що охоплює не тільки злочини в сфері обігу наркотиків, але й вживання наркотичних засобів і психотропних речовин, на сучасному етапі складає проблеми не тільки України, а й всієї світової спільноти. Розповсюдження вживання наркотиків, збільшення попиту на наркотичні засоби, втягнення в його тенета молоді і неповнолітніх ставить перед суспільством нові завдання щодо заходів протидії. Суспільна небезпечність цього явища проявляється ще в тому, що більшість наркоманів стають злочинцями, а корегування їх особистості потребує не тільки кримінально-правових, кримінально-процесуальних та кримінально-виконавчих заходів, але й медичних. Наркоманії – це розвиток наркотичного голодування (абстинентного синдрому), при якому заради придбання наркотичного засобу особа здатна вчинити різноманітні кримінальні правопорушення (крадіжки, вимагання, розбої, шахрайства). У стані абстиненції часто вчиняються тяжкі і особливо тяжкі злочини.

За результатами різних досліджень, як статистичних, так і соціологічних, встановлено, що майже 60% масиву злочинів в сфері обігу наркотиків складають злочини, що полягають у незаконному виробництві, виготовленні, придбанні, зберіганні, перевезенні чи пересиланні наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів без мети збуту. Є підстави стверджувати, що більшість цих осіб, є наркозалежними [5].

Якщо враховувати «небезпечний стан» наркозалежної особи, яка вчиняє кримінальне правопорушення, то слід по-

годиться з необхідністю її примусового лікування, це буде орієнтація не тільки на покарання за вчинене кримінальне правопорушення, а й на недопущення повторення (рецидиву) аналогічних злочинів у майбутньому, розширення практики застосування інших кримінально-правових заходів альтернативних кримінальному покаранню

### **Література:**

1. Про внесення змін до кримінального та Кримінального процесуального кодексів України стосовно виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України від 18.04.13 р.: // [www.zakon.rada.gov.ua](http://www.zakon.rada.gov.ua)
2. Додонов В. Н. Сравнительное уголовное право. Общая часть / Под ред. С. П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2009. – 448 с.
3. Хавронюк М. І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: монографія. – К.: Юрисконсульт, 2006. – 1048 с
4. Козаченко О. В. Кримінально-правові заходи в Україні: культурно-антропологічна концепція: монографія / О. В. Козаченко. – Миколаїв: Гліон, 2011. – 504 с.
5. Наркозлочинність: кримінологічна характеристика та запобігання: Наук. практ. посіб./М-во освіти та науки України: За ред. А. П. Закалюка. – К.: Юрінком Інтер, 2008 – С. 296.

*КАЧУР Анна*

## **ЩОДО ПОХІДНИХ ПІДСТАВ ВИНИКНЕННЯ МАЙНОВИХ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ У СФЕРІ ГОСПОДАРЮВАННЯ**

Серед похідних підстав виникнення майнових прав інтелектуальної власності основна увага науковців зосереджена переважно на договорах. Разом з тим такими підставами можуть бути й інші юридичні факти. В літературі вони позначаються, наприклад, як «недоговірні способи розпорядження правами інтелектуальної власності», до яких відносять, передавання прав у порядку спадкування [1, с. 23]. З цього приводу слід зазначити, що у сфері здійснення господарської діяльно-

сті спадкування не є поширеною підставою виникнення майнових прав у суб'єктів господарювання. У досліджуваній сфері затребувані інші підстави, специфіка яких вимагає окремого наукового дослідження.

Однією з похідних підстав виникнення майнових прав інтелектуальної власності у господарських відносинах є реорганізація юридичної особи. Відповідно до ст. 104 Цивільного кодексу України (далі – ЦКУ), юридична особа припиняється в результаті реорганізації (злиття, приєднання, поділу, перетворення) або ліквідації. Реорганізація вважається формою припинення юридичної особи, яка на відміну від ліквідації, характеризується правонаступництвом, тобто переходом прав від одної особи до іншої в порядку похідного набуття прав, при якому правовідносини не припиняються, а продовжують існувати у зміненому вигляді з новим суб'єктом [2, с. 31]. У разі реорганізації юридичних осіб їхнє майно, права та обов'язки переходять до правонаступників. До складу цих прав можуть належати і майнові права інтелектуальної власності.

Чинне законодавство взагалі не регулює особливості переходу майнових прав інтелектуальної власності в процесі реорганізації. Утім специфіка тих чи інших об'єктів інтелектуальної власності зумовлює суттєві особливості переходу майнових прав в процесі різних форм реорганізації. Так, форма реорганізації впливає на визначення суб'єкта права на комерційне найменування. Зокрема, у разі перетворення до нового підприємства переходить у тому числі майнове право на комерційне найменування, у зв'язку з чим у структуру комерційного найменування мають бути внесені зміни стосовно організаційно-правової форми юридичної особи, а оригінальна назва може бути збережена. Наприклад, ООО «Світполюс» може перетворитися в АТ «Світполюс». Проте в такому разі слід враховувати, що у зміненому вигляді комерційне найменування може частково співпасти із вже існую-

чим на ринку комерційним найменуванням іншого підприємства, що, своєю чергою, може призвести до конфлікту інтересів і порушення прав. У процесі поділу підприємства обидва новостворені підприємства можуть претендувати на використання комерційного найменування, тому ці питання мають бути погоджені в процесі реорганізації, а у випадку спору – вирішені судом.

Слід також забезпечити дотримання в процесі реорганізації заборони щодо передачі права на торговельну марку, якщо це може стати причиною введення в оману споживача щодо товару і послуги або щодо особи, яка виготовляє товар чи надає послугу (ч. 7 ст. 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг»). Така загроза може мати місце, якщо в результаті реорганізації відбудеться зміна видів діяльності і продукції, що буде виготовляти новостворене підприємство під торговельною маркою, яка належала реорганізованому підприємству.

Доцільно також передбачити в законодавстві норму про те, що час, який реорганізоване підприємство не використовувало винахід, корисної моделі, промислового зразку, торговельної марки не зараховується до часу не використання цих об'єктів підприємством – правонаступником. Таке положення може мати важливе значення для новоствореного підприємства, оскільки в праві промислової власності існує правило, за яким якщо, наприклад, винахід не використовується або недостатньо використовується в Україні протягом трьох років починаючи від дати публікації відомостей про видачу патенту або від дати, коли використання винаходу було припинено, то будь-яка особа, яка має бажання і виявляє готовність використовувати винахід, у разі відмови власника прав від укладання ліцензійного договору може звернутися до суду із заявою про надання їй дозволу на використання винаходу (ч. 1 ст. 30 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі»). Стосовно торговельної марки, факт її

невикористання протягом трьох років без поважних причин тягне припинення прав.

Щодо моменту виникнення майнових прав інтелектуальної власності у правонаступника в результаті реорганізації слід зазначити, що реорганізаційні правовідносини виникають на підставі фактичного складу [3, с. 7], а моментом припинення таких правовідносин є, зокрема, для злиття – факт державної реєстрації створеного товариства та припинення юридичних осіб, що злилися; у разі приєднання – факт державної реєстрації змін установчих документів того товариства, до якого відбулося приєднання, та державної реєстрації припинення приєднаних юридичних осіб і т.д. Вказані юридичні факти мають розглядатися як підстави для державної реєстрації передання майнових прав промислової власності Державною службою інтелектуальної власності (стосовно прав, які є чинними після їх державної реєстрації). Саме з моментом державної реєстрації передання прав доцільно пов'язувати виникнення цих майнових прав у правонаступників.

До похідних підстав виникнення майнових прав інтелектуальної власності слід віднести також звернення стягнення на майно за зобов'язаннями власника. У законодавстві доцільно передбачити, що кредитор правовласника у разі недостатності у нього іншого майна, на яке може бути звернене стягнення, може вимагати звернення стягнення на майнові права інтелектуальної власності. Зазначена вимога має задовольнятися з урахуванням вимог законодавства у сфері інтелектуальної власності щодо оборотоздатності прав на ті чи інші об'єкти інтелектуальної власності, заборони щодо передачі прав на торговельну марку, строку дії права, наявності спільних прав декількох осіб (наприклад, співвласники патенту) і т.д.

Внесення до національного законодавства зазначених змін щодо конкретизації особливостей передання майнових прав інтелектуальної власності в процесі реорганізації юри-

дичної особи, звернення стягнення на ці права за зобов'язаннями правовласника, забезпечить чіткість правових приписів і визначеність поведінки правонаступників у сфері набуття, реалізації і захисту даних прав.

### **Література:**

1. Дмитришин В. С. Розпорядження майновими правами інтелектуальної власності в Україні. Конспект лекцій для студентів спеціальності «Інтелектуальна власність» / В. С. Дмитришин. – К.: Інст. інтел. власн. і права, 2005. – 208 с.
2. Юркевич Ю. М. Припинення юридичних осіб з правонаступництвом: монографія / Ю. М. Юркевич. – Хмельницький. – 224 с.
3. Щербакова Н. В. Правове регулювання злиття та приєднання господарських товариств: автореф. дис. ... канд. юрид. наук за спец.: 12.00.04 – господарське право; господарсько-процесуальне право / Н.В. Щербакова. – ІЕПД НАН України. – Донецьк, 2006. – 23 с.

*ФАСІЙ Богдан*

## **СУБСИДАРНЕ ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ДО ПОДАТКОВИХ ВІДНОСИН**

Проблема субсидіарного застосування норм законодавства не отримала широкого наукового та практичного висвітлення, хоча сама ідея зародилася вже давно. В найзагальнішому вигляді субсидіарне застосування норм законодавства до цивільних та суміжних з ним відносин потрібно розуміти як спосіб законодавчої техніки, який дозволяє розвантажувати законодавство від нераціонального дублювання тотожних та аналогічних норм і понять у суміжних галузях права.

Навколо даного питання на сьогодні триває жвава дискусія серед наукової та суддівської спільноти, оскільки субсидіарне застосування норм законодавства є важливим інструментом для подолання прогалин в цивільних та суміжних з ним відносинах. Дослідженню як теоретичних, так і практичних аспектів проблеми субсидіарного застосування норм законо-

давства присвячено чимало публікацій вітчизняних і російських правознавців, зокрема: С. С. Алексєєв, М. І. Бару, В. І. Борисова, І. В. Жилінкова, Ю. Х. Калмиков, С. І. Клім, В. І. Леушин, Р. А. Майданик, О. В. Некрасова, С. В. Поленіна, Н. С. Саніахметова, О. Ф. Скакун, Я. Ф. Фархтдінов, Є. О. Харитонов.

Ч. 2 ст. 1 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) встановлює, що до майнових відносин, заснованих на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони іншій стороні, а також до податкових, бюджетних відносин цивільне законодавство не застосовується, якщо інше не встановлено законом. Дане обмеження субсидіарного застосування норм цивільного законодавства, поширюється практично на всі фінансові, в тому числі податкові, відносини. Але ч. 2 ст. 1 ЦК України формулює правило, «...якщо інше не встановлено законом». «Інше» може бути встановлено законом не тільки у випадках прямого посилення на цивільне законодавство, але і у випадках, коли законодавець у податкових відносинах прямо використовує категорії і конструкції цивільного законодавства без їх окремого врегулювання актами податкового законодавства. Прикладом може слугувати режим оподаткування конкретного суб'єкта завжди залежить від його цивільно-правового статусу та операцій він здійснює у своїй діяльності. З іншого боку, нераціонально дублювати тотожні та аналогічні цивільно-правові норм і поняття в тексті Податкового кодексу України (далі – ПК України).

Субсидіарне застосування до податкових солідарних зобов'язань (податкової солідарної відповідальності) норм цивільного законодавства надає можливість для висновків: 1) норми цивільного законодавства застосовуються до податкових відносин у частині, що не врегульовані нормами податкового законодавства; 2) норми цивільного законодавства, які субсидіарно застосовуються до податкових правовідносин, тільки за своїм інформаційним змістом залишаються



цивільними; 3) субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до податкових відносин ні в якій мірі не змінює галузеву приналежність податкових правовідносин (вони завжди залишаються податковими та публічними). За своєю правовою формою вони залишаються податковими та публічними навіть коли законодавець використовує термін «солідарна майнова відповідальність» (п. 99.2 ст. 99 ПК України). Законодавець уникнув при формулюванні норм ПК України застосування терміну «майно» та похідні від нього слова. Хоча, термін «майно» та похідні від нього слова для законодавця є звичайними, коли він формулює норми цивільного права.

Відповідно до п. 22.1 ст. 22 ПК України об'єктом оподаткування можуть бути майно, товари, дохід (прибуток) або його частина, обороти з реалізації товарів (робіт, послуг), операції з постачання товарів (робіт, послуг) та інші об'єкти, визначені податковим законодавством, з наявністю яких податкове законодавство пов'язує виникнення у платника податкового зобов'язання. Товар як об'єкт оподаткування передбачає специфічну підставу щодо виникнення податкового зобов'язання. Йдеться про те, що з метою оподаткування, перш за все, важливо визначити саме вартість товару, або оборот від реалізації товарів. Саме з цих позицій Податковий кодекс підходить до закріплення цього різновиду об'єкту. Взагалі визначення товару має міжгалузеве значення, яке потребує галузевого режиму регулювання залежно від особливостей правового впливу. Згідно зі ст. 14 ПК України товарами визнаються матеріальні та нематеріальні активи, у тому числі земельні ділянки, земельні частки (паї), а також цінні папери та деривативи, що використовуються у будь-яких операціях, крім операцій з їх випуску (емісії) та погашення. Фактично, йдеться про запозичення цивільно-правової конструкції регулювання цього явища. При характеристиках реалізації товарів, робіт, послуг як різновидів

об'єкта оподаткування необхідно враховувати обставине, що об'єктом оподаткування може бути вартість тільки тих товарів, робіт, послуг, які вже реалізовані, виконані або зроблені. Вартість же нереалізованих товарів може виступати об'єктом оподаткування тільки як майно платника податків. При цьому законодавець не вказує, яка реалізація вважається фактичною, використовуючи переважно відсильні норми до цивільного законодавства [1, с. 143].

ПК України використовується термін «Солідарна відповідальність» (п. 98.3 ст. 98; абз. 2 п. 99.2 ст. 99). Тлумачення п. 99.2 ст. 99 не створює труднощів, оскільки йдеться про особу, зобов'язану також виконувати «грошові зобов'язання», а тлумачення п. 98.3 ст. 98 ПК України виникає завдання довести, що термін «солідарна відповідальність» охоплює собою і відповідне зобов'язання, яке, також повинне бути солідарним. Більш вдалим видається використання терміну «солідарне зобов'язання по сплаті податків та зборів». З такого формулювання випливає, що відповідальність за порушення солідарного обов'язку має бути солідарною. Тому, в п. 98.3 ст. 98 ПК України потрібно внести зміни, вказавши про солідарне зобов'язання по сплаті податків та зборів [2, с. 84–85].

Абз. «а» п. 14.1.81 ст. 14 ПК України дає визначення поняттю «капітальні інвестиції», де зазначено, що це господарські операції, що передбачають придбання будинків, споруд, інших об'єктів нерухомої власності, інших основних засобів і нематеріальних активів, що підлягають амортизації відповідно до норм ПК України. Для того, щоб дізнатися, що розуміється під положенням «...інших об'єктів нерухомої власності...» нам доцільно звернутися до ст. 181 ЦК України, де зазначено, що до інших об'єктів нерухомої власності віднесено наступні речі (нерухоме майно, нерухомість) – земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці, розміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення.

Під час проведення аукціону (тендера) звичайною вважається ціна, яка склалася за результатами такого аукціону (тендера) (п. 39.17 ст. 39 ПК України). Особливості укладення договорів на біржах, аукціонах, конкурсах тощо встановлюються відповідними актами цивільного законодавства (ст. 650 ЦК України).

Субсидіарне застосування положень цивільного законодавства до податкових відносинам може мати місце і в силу прямої вказівки в нормативно-правовому акті. Так, відповідно до абз. 1 п. 99.1 ст. 99 ПК України виконання грошових зобов'язань та/або погашення податкового боргу фізичної особи (у тому числі фізичної особи – підприємця, фізичної особи, яка провадить незалежну професійну діяльність) у разі її смерті або оголошення судом померлою здійснюється її спадкоємцями, які прийняли спадщину (крім держави), в межах вартості майна, що успадковується, та пропорційно частці у спадщині на дату її відкриття. Абз. 2 п. 99.1 ст. 99 ПК України передбачає, що претензії спадкоємцям пред'являються контролюючими органами в порядку, встановленому цивільним законодавством України для пред'явлення претензій кредиторами спадкодавця. На підставі цієї норми до податкових правовідносин субсидіарно застосовується норми цивільного законодавства (ст. 1281 ЦК України).

Якщо порівняти ПК України та ПК РФ, то можна зрозуміти, що категорія «публічність» у відносинах із забезпечення виконання обов'язку зі сплати податків і зборів в законодавстві України виражений більш яскраво. Так, ПК України на відміну від ПК РФ не передбачає укладення договору податкової застави, а підставою його виникнення встановлює юридичні факти податково-правового характеру. Але яскраво виражені публічно-правові елементи в положеннях ПК України щодо застави не робить податкову заставу фінансово-правовим явищем. За своєю природою воно залишається цивільно-правовим явищем. Дана природа проявляється в

ст. 572 ЦК України, де визначено, що в силу застави кредитор (заставодержатель) має право у разі невиконання боржником (заставодавцем) зобов'язання, забезпеченого заставою, одержати задоволення за рахунок заставленого майна переважно перед іншими кредиторами цього боржника, якщо інше не встановлено законом (право застави). Право на річ – переважне право заставодержателя перед іншими особами, яке не може бути іншим, ніж цивільним правом. Але до речового права права заставодержателя, в тому числі, і при податковій заставі, не можуть бути зведені. А. Р. Чанишева довела, що застава як спосіб забезпечення та виконання цивільних зобов'язань включає в себе речову і зобов'язальну складову [3, с. 42–56]. Цивільна складова при податковій заставі не має місця. Відповідно до ст. 124 ПК України порушення порядку відчуження платником податків майна, яке перебуває у податковій заставі, без попередньої згоди контролюючого органу, якщо отримання такої згоди є обов'язковим згідно з ПК України також тягне накладення штрафних санкцій. Але не виключається субсидіарне застосування норм, встановлених актами цивільного законодавства, до відносин правовідносин за податковою заставою. Умовою такого правозастосування може бути неврегульованість цих відносин Податковим кодексом, іншими нормативно-правовими актами.

Позиція М. В. Карасьової, згідно з якою податкова застава, як і податкова порука, використовуються у сфері оподаткування в чистому цивільно-правовому вигляді [4, с. 21–22] є правильною лише відносно речове-правової складової правовідносин за податковою заставою.

Якщо ж заставодавцем є третя особа, яка відповідно до ч. 1 ст. 538 ЦК України визначається як майновий поручитель, то речове-правова складова податкової застави зберігає свою цивільно-правову природу. В Україні застосування майнової поруки як засобу забезпечення податкових зобов'язань не передбачається. Що стосується перспектив вдоскона-

лення податкового законодавства, то вони можуть укладатися у встановленні імперативної вимоги про включення в договір податкової застави обов'язкової умови про відповідальність заставодавця – майнового поручителя за порушення зобов'язання податкової застави в тому ж розмірі, в якому відповідає заставодавець – платник податку.

Заставодавець в податкове законодавстві передбачив укладення суто публічних договорів. Податковими є договори про розстрочку і відстрочку виконання грошових зобов'язань платників податків (ст. 100 ПК України). Такі договори не впливають на податковий характер правовідносин, виконання зобов'язання в яких виробляється з відстроченням або розстроченням. Тому, слід погодитися із судженням Д. А. Гетьманцева про те, що на цей вид договорів не поширюються загальні положення про зобов'язання та про дійсності угод [5, с. 14]. Однак, до виникаючих відносин можливо субсидіарне застосування відповідних положень ЦК або ГК України.

Отже, можна прийти до висновку, що норми цивільного права можуть субсидіарно застосовуватися до податкових відносин. Але при цьому умовою правильного субсидіарного правозастосування є чітке розмежування фінансових і цивільних правовідносин.

### **Література:**

1. Науково-практичний коментар до Податкового кодексу України: в 3 т. – Т. 1: / кол. авторів [заг. редакція М. Я. Азарова]. – 2-ге вид., доп. та перероб. – К.: Міністерство фінансів України, Національний університет ДПС України, 2011. – С. 590.
2. Очкуренко С. В. Субсидіарное применения положений гражданского законодательства к финансовым отношений / С. В. Очкуренко // Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. Серия: Юридические науки. – 2014. – Т. 27 (66). № 2. – С. 80–90.
3. Чанишева А. Р. Іпотечні цивільні правовідносини: [монографія] / А. Р. Чанишева // – Одеса: Фенікс, 2009. – С. 148.
4. Карасева (Сенцова) М. В. Гражданско-правовая детерминация налогового правотворчества и правоприменения / М. В. Карасева (Сенцова) // Финансовое право. – 2012. – № 4. – С. 21–26.
5. Гетьманцев Д. О. До питання про предмет і метод фінансового права / Д. О. Гетьманцев // Фінансове право. – 2008. – № 2. – С. 13–16.

*РОСИНЕЦЬ Влада  
КАПЛІЙ Олена*

**ЗАГАЛЬНІ ЗБОРИ ГРОМАДЯН,  
МІСЦЕВІ ІНІЦІАТИВИ, ГРОМАДСЬКІ СЛУХАННЯ:  
ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ НА ПРИКЛАДІ  
м. МИКОЛАЄВА**

Розбудова в Україні громадянського суспільства робить актуальним необхідність дослідження проблем реалізації прав і свобод людини та правового регулювання повноважень органів публічної влади щодо їх забезпечення. Відповідно до ст. 21 Загальної декларації прав людини кожна людина має право брати участь в управлінні своєю країною безпосередньо або через вільно обраних представників. Це право закріплено у ст.ст. 5, 38, 39, 40, 69 Конституції України, а також деталізовано на законодавчому та підзаконному рівнях.

Безпосередня участь громадян у місцевому самоврядуванні може здійснюватися колективно (разом з іншими громадянами): а) на місцевому референдумі; б) місцевих виборах; в) зборах; г) громадських слуханнях; д) шляхом внесення місцевих ініціатив; е) колективних звернень та індивідуально – шляхом реалізації права на доступ до служби в органах місцевого самоврядування й індивідуальні звернення [8, с. 124–125].

З вищезазначених місцевих форм безпосереднього народовладдя, викликають цікавість саме такі форми як загальні збори, місцеві ініціативи та громадські слухання, та особливої їхньої реалізації територіальною громадою м. Миколаєва.

Щодо загальних зборів громадян за місцем проживання, то вони є формою безпосередньої участі громадян у вирішенні питань місцевого значення. Рішення загальних зборів громадян враховуються органами місцевого самоврядування в їх діяльності. Порядок проведення загальних зборів громадян на території м. Миколаєва визначається Законом Украї-

ни «Про місцеве самоврядування в Україні» та Статутом територіальної громади міста Миколаєва (далі – Статут). Відповідно до ст. 1 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» поняття «загальні збори» розуміється як зібрання всіх чи частини жителів села (сіл), селища, міста для вирішення питань місцевого значення [3]. Порядок реалізації визначається саме Статутом. Статут не містить значних обмежень щодо суб'єктів скликання зборів громадян, які можуть скликатися міським головою, міською радою, органами самоорганізації населення [4].

Але, на жаль, як зазначає М. Лациба, існують деякі проблеми щодо реалізації даної форми народовладдя. По-перше, ускладнює процедуру скликання зборів з ініціативи членів територіальної громади вимога подання пропозиції від щонайменше 1/3 від загальної кількості громадян, які проживають у певному територіальному утворенні (мікрорайоні, житловому комплексі, вулиці, кварталі, будинку або іншого територіального утворення). По-друге, у Статуті передбачено, що рішення зборів, прийняті з питань, що мають важливе значення для територіальної громади, але віднесених до компетенції органів державної влади або органів місцевого самоврядування, мають рекомендаційний характер. Зазначена норма Статуту не відповідає ч. 2 ст. 8 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні», згідно з якою рішення загальних зборів громадян враховуються органами місцевого самоврядування в їх діяльності. Крім цього, Статут не визначає порядку внесення відповідної пропозиції та термінів розгляду, не визначає порядку розгляду рішень загальних зборів Миколаївською міською радою та не передбачає участі ініціаторів проведення зборів під час такого розгляду. Також відсутні норми щодо оприлюднення рішень міської ради про врахування чи неврахування рішень зборів [7, с. 125].

Як показує практика участі громадян протягом 2011–2012 років у м. Миколаєві було проведено 143 загальних збо-

рів громадян за місцем проживання та 119 конференцій представників громадян. Збори проводилися щодо питань ініціювання створення та обрання комітетів самоорганізації населення, питання делегування комітету самоорганізації населення повноважень, створення об'єднання співвласників багатоквартирного будинку, а також обговорення проектів рішень виконкому міської ради. За результатами проведення загальних зборів було враховано 141 рішення [6, с. 122–123].

Щодо наступної форми народовладдя яка реалізується на місцевому рівні, то згідно із Законом «Про місцеве самоврядування в Україні», члени територіальної громади в порядку місцевої ініціативи можуть ініціювати розгляд будь-якого питання, віднесеного до відання місцевого самоврядування [3]. У Статуті місцева ініціатива визначається як викладена в письмовій формі пропозиція про необхідність розгляду питання й ухвалення рішення або винесення на розгляд міської ради проекту нормативно-правового акта з відповідного питання, що віднесене до компетенції місцевого самоврядування [4].

Предметом місцевої ініціативи можуть бути питання пов'язані з управлінням майном, що перебуває у комунальній власності, затвердження програм соціально-економічного розвитку та культурного розвитку; затвердження бюджетів відповідних адміністративно-територіальних одиниць; встановлення місцевих податків та зборів та інші питання, які передбачені Конституцією України та законах України. Порядок внесення місцевих ініціатив на розгляд ради в м. Миколаєві регулюється Статутом і Регламентом Миколаївської міської ради (далі – Регламент) затверджений рішенням Миколаївської міської ради 12 вересня 2010 року [5]. Статут містить загальні норми щодо питання місцевих ініціатив, а саме: суб'єктів внесення місцевої ініціативи – члени громади, об'єднання громадян, юридичні особи та міські осередки політичних партій та форму внесення місцевої ініціа-



тиви – проект рішення міської ради або пропозиції про необхідність розгляду питань.

На теперішній час існує чимало недоліків щодо внесення місцевих ініціатив. По-перше, не визначено процедуру ініціювання, внесення та розгляду місцевих ініціатив на засіданні ради. По-друге, існують суперечності в нормах Регламенту та Статуту. Статутом визначаються суб'єкти ініціювання місцевої ініціативи – члени територіальної громади, об'єднання громадян, міські осередки політичних партій. Відповідно до Регламенту, ініціювати розгляд питань в порядку місцевої ініціативи можуть члени територіальної громади, підприємства, установи, організації [6, с. 10]. Регламентом передбачено оформлення місцевої ініціативи відповідно до вимог Закону України «Про звернення громадян». Після внесення ініціативи, за дорученням міського голови готуються пропозиції про доцільність винесення питань на розгляд міської ради. Таким чином, подані у встановленому порядку місцеві ініціативи можуть залишитися без розгляду, що суперечить Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні», відповідно до якого місцева ініціатива, внесена на розгляд ради у встановленому порядку, підлягає обов'язковому розгляду на відкритому засіданні ради. Щодо практики участі громадян, то протягом 2011–2012 років в м. Миколаєві місцеві ініціативи не вносилися [7, с. 123].

Ще однією місцевою формою народовладдя є громадські слухання. Згідно з ст. 13 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» територіальна громада має право проводити громадські слухання, зустрічатися з депутатами відповідної ради та посадовими особами місцевого самоврядування, під час яких члени територіальної громади можуть заслуховувати їх, порушувати питання та вносити пропозиції щодо питань місцевого значення, які належать до відання місцевого самоврядування [3].

Порядок реалізації громадських слухань у м. Миколаєві регулюються ст. 9.5 Статуту та рішенням міської ради «Про затвердження Положення про громадські слухання у місті Миколаєві» від 12 грудня 2003 р. Серед позитивних положень правового регулювання можна відзначити наступні: визначено широкий та відкритий перелік питань, щодо яких можуть проводитися громадські слухання; положення визначає порядок проведення громадських слухань, зокрема, передбачено обрання головуючого, секретаря та членів лічильної комісії учасниками слухань; встановлено чіткі строки призначення міською радою слухань та детально визначено процес підготовки громадських слухань. Однак Статут і Положення встановлюють обмеження щодо часу проведення слухань: «громадські слухання не можуть провадитися менш як за три місяці до проведення виборів депутатів міської ради та міського голови», що безпідставно паралізує застосування інструменту у виборчий період, і «на громадські слухання можуть виноситися питання до їх затвердження міською радою», що унеможлиблює внесення змін до прийнятих рішень, громадських контроль за діяльністю. Дивною і незрозумілою є вимога, що громадські слухання проводяться у формі конференцій, тоді як Закон України «Про місцеве самоврядування» говорить про зустрічі членів територіальної громади з депутатами і посадовими особами, що дозволяє обговорювати питання і подавати пропозиції. Положення також містить нечіткі формулювання і багато прогалин, наприклад, не визначено в якому порядку приймаються рішення на громадських слуханнях, не визначено строку розгляду органами місцевого самоврядування рішень громадських слухань та надання відповіді, спосіб оприлюднення рішення органами місцевого самоврядування тощо. Крім того, передбачена вимога про 500 підписів для підтримки ініціативи територіальної громади щодо проведення громадських слухань [6, с. 15].

Слід зазначити, що з метою удосконалення даної форми народовладдя та за ініціативою членів Експертно-громадської ради при виконкомі Миколаївської міської ради, Громадської ради з екологічної безпеки та благоустрою при Миколаївському міському голові було розроблено новий проект «Положення про громадські слухання в місті Миколаєві», в якому визначається порядок ініціювання, підготовки та проведення громадських слухань, а також порядок врахування їх результатів органами місцевого самоврядування міста Миколаєва, їх посадовими особами. Але, на жаль, на черговій сесії Миколаївської міської ради, яка відбулась 23 січня 2015 р. депутатам не вистачило голосів для того щоб прийняти це Положення [2].

Щодо практики участі громадян м. Миколаєва, то протягом 2011–2012 років були проведені громадські слухання, ініціатором яких була Громадська рада з питань екологічної безпеки та благоустрою при Миколаївському міському голові. Громадські слухання проводилися щодо питання благоустрою міста Миколаєва, насамперед озеленення та збереження існуючих зелених насаджень. Пропозиції, висунуті за результатами громадських слухань і подані відповідним установам, ще перебувають на стадії розгляду [6, с. 123].

Отже, узагальнивши вищенаведене можемо зробити висновок, що в м. Миколаєві існують такі механізми участі членів громади у вирішенні питань місцевого значення як громадські слухання, загальні збори громадян, місцеві ініціативи та інші. Вони є одними з найдоступніших форм вирішення мешканцями колективних проблем життєзабезпечення на певній території та одними з найбільш ефективних способів їх самоорганізації. Проте правове регулювання названих механізмів громадської участі має багато прогалин, а саме: не визначає чітких способів їх реалізації та врахування пропозицій громади міської радою, не встановлює термінів розгляду і оприлюднення ухвалення рішень тощо, деякі положення

багато в чому є застарілими і вимагають свого узгодження з чинним виборчим законодавством та законодавством про місцеве самоврядування тощо. Тож необхідно удосконалювати діюче законодавство, створювати роз'яснювальні та інформаційні кампанії для того, щоб громадяни могли брати активну участь у місцевому самоврядуванні.

### **Література:**

1. Конституція України: затверджена Законом України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР (із змін., внесеними згідно із Законами України від: 8 грудня 2004 р. № 2222-IV; 1 лютого 2011 р. № 2952-VI; 19 вересня 2013 р. № 586-VII; 21 лютого 2014 р. № 742-VII // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141; 2005. – № 2. – Ст. 44; 2011. – № 10. – Ст. 68; 2014. – № 11. – Ст. 142; 2014. – № 11. – Ст. 143.
2. Проект Положення «Про громадські слухання в місті Миколаєві» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.gorsovnet.mk.ua/news/anno20140909public\\_meetings.doc](http://www.gorsovnet.mk.ua/news/anno20140909public_meetings.doc).
3. Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21 травня 1997 р. № 280/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 24. – Ст. 170.
4. Про затвердження Статуту територіальної громади міста Миколаєва: Рішення Миколаївської міської ради від 18 червня 2009 р. № 35/4 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ngik.gorsovnet.mk.ua/gu/showdoc/?doc=13059>.
5. Про затвердження Регламенту Миколаївської міської ради VI скликання: Рішення Миколаївської міської ради від 12 вересня 2010 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ngik.gorsovnet.mk.ua/gu/showdoc/?doc=16200>.
6. Лациба М. В. Місцева демократія в Україні: нові стандарти / М. В. Лациба, І. М. Лукеря, О. Л. Вашук-Огданська. – К.: Агентство «Україна», 2013. – 232 с.
7. Лациба М. Аналіз правового регулювання механізмів місцевої демократії в Україні / М. Лациба, І. Лукеря. – К.: ГО «Наше право», 2013. – 30 с.
8. Любченко П. Проблеми реалізації права громадян на участь у місцевому самоврядуванні / П. Любченко // Вісник Наукове життя. – 2007. – № 1. – С. 124–132.

---

— РОЗДІЛ IV —

**КОМПАРАТИВНІ АСПЕКТИ  
ПРИВАТНОПРАВОВИХ  
ДОСЛІДЖЕНЬ**

---

*ЧАНИШЕВА Галина*

**СТАНДАРТИ ЄС У СФЕРІ ОХОРОНИ МАТЕРИНСТВА  
ТА ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ**

Стандарти ЄС у сфері охорони материнства встановлені Директивою 92/85/ЄЕС про заходи з підвищення безпеки праці та охорони здоров'я вагітних жінок, жінок, які нещодавно народили, і жінок, які годують дітей від 19 грудня 1992 року (десята спеціальна директива, у тому значенні, як це зазначено у ст. 16 Директиви 89/391/ЄЕС). Директива 92/85/ЄЕС стосується охорони здоров'я жінок: вагітних, жінок, які нещодавно народили, та жінок, які годують дітей, яких визнано такими за їх заявою відповідно до національного законодавства.

Директива встановлює захисні норми щодо вагітних жінок і жінок, які годують дітей, у зв'язку із застосуванням їх праці на шкідливих роботах, а також у нічний час. Передбачені також відпустка із вагітності та пологів, оплачуваний час для проведення передпологового медичного огляду.

Основні права цих категорій жінок концентруються навколо охорони здоров'я і життя від небезпек виробничого

середовища. При цьому Директива не забороняє прямо і безумовно працю жінок на шкідливих роботах, а передбачає досить складну і вельми гнучку регламентацію даного питання. Директива встановлює безумовну та індивідуалізовану (визначену обставинами даного конкретного випадку) відповідальність роботодавця за здоров'я і життя жінки та її дитини. Індивідуалізація відповідальності виражається, наприклад, у наданні роботодавцю деякої свободи у підборі заходів щодо усунення небезпек. Залежно від їх виду роботодавець зобов'язаний перевести жінку на безпечну роботу або надати їй відпустку (у разі небезпеки, що створюється фізичними, біологічними і хімічними факторами, які перераховані у Додатку № 2 до Директиви). У разі виникнення видів небезпеки, перерахованих у Додатку № 1 до Директиви 92/85, роботодавець у першу чергу має можливість пристосувати робоче місце таким чином, щоб усунути небезпеку (наприклад, шляхом скорочення робочого часу). І тільки якщо таке пристосування буде неможливим або занадто коштовним, роботодавець зобов'язаний перевести жінку на іншу роботу або надати їй відпустку.

Роботодавці можуть перевести вагітну жінку (жінку, яка годує дитину) у денну зміну або повністю звільнити від роботи, якщо таке переведення неможливе або недоцільне.

Директива 92/85 забороняє допуск вагітних і жінок, які недавно народили, протягом визначеного (національними законодавствами) часу після пологів до роботи у нічний час. Жінці потрібно надавати відпустку із вагітності і пологам тривалістю як мінімум 14 безперервних тижнів, поділених на передпологовий і післяпологовий періоди відповідно до національного законодавства із збереженням попередньої заробітної плати або відповідної допомоги. Вагітній жінці також надається право на звільнення від роботи (із збереженням заробітку) для проведення медичних оглядів, якщо їх проведення неможливо у неробочий час. Національне зако-

нодавство визначає періодичність і тривалість оплачуваних звільнень від роботи для зазначених цілей.

До охорони праці жінки у зв'язку з материнством також належить стабільність її трудових відносин у період вагітності та після пологів. Жінка повинна мати можливість повернутися на попередню роботу, а якщо це не можливо – на роботу з умовами не гірше, ніж на попередній.

Державам-членам ЄС запропоновано заборонити звільнення вагітних жінок і жінок, які перебувають у відпустці із материнства, за винятком звільнень з причин, не пов'язаних із вагітністю і материнством. При цьому роботодавець повинен письмово обґрунтувати звільнення і отримати санкцію компетентного державного органу.

Чинне трудове законодавство України не відповідає положенням Директиви 92/85/ЄЕС в частині регламентації роботи жінок у нічний час, роботи із шкідливими або небезпечними умовами праці. Директивою 92/85/ЄЕС забороняється допуск вагітних і жінок, які нещодавно народили, протягом визначеного національним законодавством часу після пологів до роботи у нічний час. В інших випадках жінкам слід дозволити працювати у нічний час (Решение по делу Stoeckel, C-345/89, Сборник решений Суда ЕС 1991 I 04040). Однак частиною першою ст. 175 КЗпП забороняється залучення всіх жінок до робіт у нічний час (за винятком тих галузей народного господарства, де це викликається особливою необхідністю і дозволяється як тимчасовий захід). Відповідно до частини другої ст. 175 КЗпП перелік цих галузей і видів робіт із зазначенням максимальних термінів застосування праці жінок у нічний час затверджується Кабінетом Міністрів України. Проте до теперішнього часу такий перелік Урядом не затверджений. Отже, частини першу і другу ст. 175 КЗпП слід визнати такими, що не відповідають Директиві 92/85/ЄЕС. Норма ст. 176 КЗпП про заборону залучення вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років, до нічних робіт є

такою, що відповідає стандартам ЄС у сфері охорони материнства.

Директивою 92/85/ЄЕС передбачена регламентація (а не пряма заборона) праці вагітних жінок і жінок, які годують дітей, на роботах із шкідливими умовами праці. Такою, що суперечить стандартам ЄС, слід визнати норму, встановлену частиною першою ст. 174 КЗпП, про заборону застосування праці жінок на важких роботах і на роботах із шкідливими або небезпечними умовами праці. Що стосується вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років, то чинним КЗпП не передбачається можливість використання їхньої праці на роботах із шкідливими умовами праці. Згідно з частиною першою ст. 178 КЗпП вагітним жінкам відповідно до медичного висновку знижуються норми виробітку, норми обслуговування або вони переводяться на іншу роботу, яка є легшою і виключає вплив несприятливих виробничих факторів. Тобто національним законодавством на відміну від норм Директиви 92/85/ЄЕС не передбачена гнучка регламентація застосування праці вагітних жінок і жінок, які годують дітей, на роботах із шкідливими умовами праці.

*ДОСТАДАР Руслана*

## **ІСТОРИЧНІ ПЕРЕДУМОВИ ОПІКИ ТА ПІКЛУВАННЯ В СУЧАСНОМУ ПРАВІ**

Проблеми механізму реалізації та захисту суб'єктивних прав і свобод в приватноправових відносинах в Україні, в правовому регулюванні діяльності органів опіки та піклування, необхідність та доцільність реформування державної системи опіки та піклування на сьогодні визначають актуальність дослідження історії становлення та розвитку правового інституту опіки та піклування та аналізу чинників, що впливали на розвиток вітчизняного цивільного та сімейного законодавства.



Огляд літератури за темою показав, що цій проблемі присвятили свої роботи А. В. Гавловська, В. С. Гопанчук, В. І. Борисова, І. В. Жилінкова, Ю. О. Заїка, В. Євко, В. З. Ромовська, Д. Прутян, Є. О. Харитонов та інші.

В праві країн романо-германської сім'ї приватного права, до яких відносимо й Україну, інститут опіки та піклування є традиційним інститутом, який в свій час було рецепційовано з римського чи через Візантію – греко-римського – права. Звісно, зміст цього інституту дещо відрізняється в окремих країнах, однак, скрізь він сприймається як ефективний засіб заповнення недостатньої або повністю відсутньої дієздатності фізичної особи й (або) засобом охорони майна, яке тимчасово залишилося без хазяїна.

Опіка є одним з досить ефективних засобів забезпечення суб'єктивних прав та інтересів учасників цивільних відносин. Тому він традиційно розглядається як один з важливих інститутів цивільного законодавства, що знайшло відображення у Цивільному кодексі України (далі – ЦК України), де вміщено спеціальну главу «Опіка та піклування». Разом із тим опіка розглядається також як інститут сімейного законодавства, наслідком чого виявилася наявність у Сімейному кодексі України (далі – СК України) глави дев'ятнадцятої «Опіка та піклування над дітьми». Такий підхід законодавця, зазначає Д. Прутян, свідчить про значення, що надається цьому інституту [2, с.145].

Слід зазначити, що понятійний та категоріальний апарат, термінологія сучасного інституту опіки та піклування ґрунтується на ідеях, засадах та визначеннях, розроблених ще римською класичною юриспруденцією. Опіку й піклування римські юристи розуміли як інститут (юридичний прийом, засіб), за допомогою якого здійснювалося «заповнення» дієздатності особи, що не були під чияюсь владою. З часом, сутність опіки та піклування не змінилася.

Д. Прутян слушно зазначає, що загалом огляд положень законодавства України стосовно опіки та піклування дозволяє зробити висновок про помітний вплив на структуру та зміст цього інституту вітчизняного права положень стосовно опіки, які були розроблені у римському приватному праві. Таким чином, тут може йтися про рецепцію римського приватного права у формі використання принципів та окремих правових рішень, розроблених свого часу правознавцями Стародавнього Риму і перевірених часом і тривалою практикою застосування [2, с.145].

У Римському приватному праві цілком очевидно простежувалася тенденція розвитку даного інституту від способу обмеження прав опікуваного до всебічного захисту його інтересів, із чим пов'язані й зміни у визначенні кола потенційних опікунів і порядку їхнього призначення. Дійсно, у найдавніші часи опіка встановлювалася не в інтересах опікуваного, а для захисту його майна в інтересах спадкоємців. Однак поступово стали усе більше враховуватися й інтереси самого опікуваного. Так, якщо раніше опікун міг розпоряджатися майном опікуваного вільно й міг бути притягнутий до відповідальності тільки у випадку несумлінності або розтрата довіреного йому майна, то згодом преторська практика розробила спеціальні позови, спрямовані на відшкодування збитку, заподіяного опікуваному неналежним виконанням опікунських функцій.

Отже, опіка та піклування як прийоми, засоби, за допомогою яких здійснювалося «заповнення» дієздатності особи, запроваджені ще римськими юристами, не втратили своєї актуальності після падіння Риму і збереглися в країнах – нащадках римсько-правових традицій. Зараз ми можемо сказати, що доцільність звернення до римського права (рецепція відкрита чи латентна) пояснюється його перевагою в ті часи, а саме, його універсальністю і абстрактністю, що втілювало в собі, свого роду, ідеальну модель права взагалі.

У стародавні часи на теренах сучасної України недієздатні були, як правило, прерогативою сім'ї або церкви. У дохристиянський період опіка та піклування регулювалися лише правовими звичаями. Першу письмову згадку про призначення опіки знаходимо у «Повісті минулих літ»: «Помер Рюрик і передав княжінне своє Олегові, що належав до племені варязького, доручивши йому сина свого Ігоря, був бо той ще малою дитиною» [3, с. 169].

Дослідник опіки та піклування в українському феодальному суспільстві – Н. Я. Рудий – зазначав, що держава, надаючи звичаям юридичної сили, безпосередньо втручалася і змінювала їх лише у процесі спадкування майна опікуваними, розрізняючи привілейовані суспільні верстви (бояри, дружина) та суспільні низи (холопи, смерди). Звичайно, що як і будь-яке джерело феодального права «Руська Правда» закріплювала і охороняла домінування прав феодалів. Але якщо звертатися до загальних норм, які регулювали інститут опіки, то відзначаємо їх тогочасну прогресивність в питаннях охорони прав та інтересів опікуваних [4].

А. В. Гавловська – дослідник джерел правової культури українського народу епохи Київської Русі та Великого князівства Литовського, в своїй праці зазначає, що українські землі, які були невід'ємною частиною Великого князівства Литовського, без сумніву зазнали загальноєвропейського впливу, хоча, визначальною тут завжди була східна традиція, яку репрезентувала багата правова спадщина Київської Русі [6, с. 265].

На межі Середньовіччя та Нового часу, за словами О. О. Малишева, держава починає втручатися в цю сферу: спочатку через впровадження юридичних механізмів засвідчення психічних розладів, встановлення опіки над особами чи майном, а потім вже через розбудову мережі світських закладів утримання душевнохворих людей [7, с. 59].

До середини XIX ст. інститут опіки набув певної довершеності (завдяки Статутам Великого князівства Литовського,

славетній збірці малоросійського права «Права, за якими судиться малоросійський народ», Указу Петра I «Про освідчення дурнів у Сенаті», Зводу законів та іншим), і його розвиток стабілізувався [7].

З часом, сутність опіки та піклування не змінилася. На сьогодні, згідно ст. 55 ЦК України основними завданнями опіки і піклування є забезпечення особистих немайнових і майнових прав та інтересів малолітніх, неповнолітніх осіб, а також повнолітніх осіб, які за станом здоров'я не можуть самостійно здійснювати свої права і виконувати обов'язки. Однак, незважаючи на це, деякі питання, пов'язані із встановленням, здійсненням та припиненням опіки, залишаються невирішеними або вирішені недостатньо чітко, що породжує труднощі при застосуванні опіки на практиці. Виникають також певні колізії при застосуванні норм цивільного та сімейного законодавства, що регулюють подібні відносини.

Д. Прутян вказує, що незважаючи на інтерес, який виявляли дослідники до цього інституту (маються на увазі дослідження Д. І. Азаревича, Н. А. Аблятипова та інших), вважати його дослідженням достатньо повною мірою не можна. У переважній більшості випадків опіка та піклування розглядалися разом, що не дозволяло повною мірою виявити специфіку кожного з цих явищ. Також, практично не розглядався вплив римського права у цій галузі на сучасне цивільне, а тим більше на сучасне сімейне законодавство. Нарешті, й тому, що внаслідок дії зазначених вище чинників тенденції та напрямки розвитку опіки протягом тривалого часу взагалі залишалися поза увагою вітчизняних і зарубіжних дослідників [2, с. 145–146].

Таким чином, дане дослідження допомагає в порівняльному аналізі розвитку інституту опіки та піклування в цивільно-правовій системі окремого історичного регіону, який сьогодні займає Україна. Зрозуміло, що розвиток та становлення вітчизняного цивільного та сімейного законодавства

тісно пов'язаний з конкретними історичними подіями і має розглядатися в закономірному русі, в тісному зв'язку з умовами його існування. У наш час, коли точиться гостра дискусія на суспільному і державному рівнях про визначення напрямків розвитку України, важливе значення має звернення до власних історично-правових джерел, це стосується й інституту опіки та піклування у вітчизняному праві.

### **Література:**

1. Достдар Р. М. Опіка та піклування в Україні та країнах континентального права // Приватне право в умовах глобалізації: виклики постмодерну: збірник наукових праць / за ред. П. М. Шапірка, І. Г. Оборотова. – Миколаїв: Іліон, 2013. – С. 340–344.
2. Прутян Д. Інститут опіки за римським правом та його рецепція в сучасному законодавстві України // Юридический вестник. – 2006. – № 4. – С. 145–151.
3. Тисяча років української суспільно-політичної думки: у 9-ти т. / передм. О. Сліпушко, В. Яременко; упор. прим. О. Сліпушко. – К.: Дніпро, 2001. – Т. 1. X–XV ст. – 632 с.
4. Рудий Н. Я. Інститут опіки та піклування в Українському ранньофеодальному суспільстві. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://radnuk.info/statti/250-istoriuaprava/14990-2011-01-21-03-56-45.html>
5. Достдар Р. М. Опіка та піклування: наслідки рецепції в сучасному законодавстві України та європейських країн // Часопис цивілістики: науково-практичний журнал. – 2012. – Вип. 12.
6. Гавловська А. В. Інститут опіки і піклування в Українському праві за Статутами Великого князівства Литовського: історико-правові аспекти // Актуальні проблеми держави та права: збірник наукових праць. – Одеса: Юридична література, 2005. – Вип. 24. – С. 264–268.
7. Малишев О. О. Правове регулювання опіки над душевнохворими за доби Російської імперії // Часопис Київського університету права. – 2011. – № 2. – С. 59–62.

## **МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВАЯ ОХРАНА ОБЪЕКТОВ АВТОРСКИХ И СМЕЖНЫХ ПРАВ В СЕТИ ИНТЕРНЕТ В УСЛОВИЯХ ИНФОРМАЦИОННОГО ОБЩЕСТВА**

В условиях современного информационного общества результаты интеллектуальной деятельности все чаще находят применение в цифровой форме, что приводит к необходимости четкой регламентации правил их охраны, в частности объектов авторских и смежных прав, используемых в цифровой среде. Сеть ввиду свободного доступа к ее информационной среде и необходимости сочетания отдельных международных и национальных правил регламентации отношений по охране объектов интеллектуальной собственности с учетом специфики формы выражения последних приобретает характер всемирной площадки для обнародования, использования и распространения объектов авторских и смежных прав.

Сеть Интернет в силу своих технических характеристик и соответствующих возможностей обмена информацией и объектами авторских и смежных прав позволяет сделать процесс использования объектов интеллектуальной собственности дистанционным. Разнообразие круга лиц, участвующих в создании и использовании объектов интеллектуальной собственности в сети Интернет, с учетом его трансграничного характера актуализирует задачу правовой охраны таких объектов. В первую очередь это касается аудиовизуальных, музыкальных, литературных произведений, фотографий как объектов авторских прав, а также вопросов охраны смежных прав, которые ввиду своей связи с объектами авторских прав и самостоятельного характера международно-правовой охраны также зачастую становятся незащищенными в Интернете, поскольку неясной остается правовая

природа действий по использованию в сети объектов интеллектуальной собственности.

Можно констатировать, что существующее на сегодня разнообразие подходов, связанных с решением правовых проблем использования в Интернете произведений, охраняемых авторским правом, сводится к трем основным, согласно которым охрана авторских и смежных прав в Интернете: 1) нецелесообразна вообще; 2) традиционными правовыми способами невозможна, т.е. необходимо создать принципиально новый правовой аппарат для решения проблемы; 3) традиционными способами необходима и возможна путем внесения соответствующих изменений в действующее национальное законодательство.

В этой связи необходимо отметить, что международное сообщество в целом пошло по третьему пути. В то же время сегодня также активно обсуждаются вопросы отдельной самостоятельной международно-правовой регламентации охраны авторских и смежных прав в сети Интернет, а некоторые международные договоры позиционируются как Интернет-договоры, несмотря на то, что они не используют терминологию Интернета. Действительно, основополагающие международные договоры, призванные регулировать охрану авторских и смежных прав, распространяют свое действие и на отношения авторов охраняемых произведений в Интернет-среде ввиду общего характера закрепленных в них положений.

Основы охраны авторских прав на произведения литературы и художественные произведения устанавливает прежде всего Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений 1886 г., которая стала первой многосторонней Конвенцией, регулирующей отношения по охране авторских прав. Она закрепляет общие принципы и основы охраны авторских прав. В ней говорится о международном режиме охраны для стран-участниц, содержатся правила и минимальные стандарты охраны. Кроме того, в ней

установлен принцип национального режима, который сводится к обязанности государства-члена предоставлять иностранному автору тот же объем прав, который предоставляется национальному автору.

Однако, прямых норм, регулирующих отношения по охране авторских прав в сети Интернет, Бернская конвенция не содержит. Также она не устанавливает отдельных прав в Интернете. В то же время охрана авторских прав, возможные случаи свободного использования произведений, их опубликование возникают при наличии отношений по охране и использованию объектов интеллектуальной собственности в Интернете и реализуются в современном обществе чаще в цифровом пространстве, что не противоречит положениям и принципам названной Конвенции. Положение ст. 11-ter Конвенции прямо говорит об исключительном праве автора литературного произведения на сообщение для всеобщего сведения любыми средствами (не только проводными, о чем идет речь в ст. 14 в контексте сообщения для всеобщего сведения кинематографических произведений), чтения своих произведений, что может быть выражено благодаря чтению через Интернет (размещение в Сети аудио- или видеофайла с чтением литературного произведения).

Подходы к охране авторских прав изменились в связи со вступлением в силу Всемирной конвенции об авторском праве 1952 г. Принятие этой многосторонней международной Конвенции, охраняющей авторские права, было обусловлено в первую очередь невозможностью для многих стран обеспечить высокий уровень охраны, предоставляемой Бернской конвенцией. Казалось бы, принятие Всемирной конвенции должно было ослабить позиции Бернской. Однако некоторые ее нормы направлены именно на укрепление положений Бернской конвенции». Всемирная конвенция также непосредственно не регламентирует охрану авторских прав в Интернете ввиду отсутствия соответствующих отношений на



момент ее принятия. Однако во Всемирной конвенции содержатся нормы общего действия, применение которых возможно и в отношении охраны авторских прав в Интернете. Так, в ст. IV-bis говорится о том, что основные права, обеспечивающие имущественные интересы автора, включая исключительное право разрешать воспроизведение любыми способами, публичное исполнение и радиопередачи, распространяются на произведения, охраняемые Всемирной конвенцией, как в их первоначальной форме, так и в любой другой форме, которая общепризнанно исходит из оригинала произведения. Цифровая форма любого произведения, которая закрепляет его в сети, общепризнанно исходит из оригинала произведения в случаях, когда не оспариваются оригинальность и целостность размещенного в Интернете объекта авторских прав.

В 1996 г. в Женеве под эгидой ВОИС были разработаны и заключены два международных договора по авторскому праву и по исполнениям и фонограммам. Они направлены на регулирование вопросов авторского права и смежных прав в цифровой среде и зачастую именуется Интернет-договорами. Основные понятия в них были заимствованы из Бернской конвенции. Особое значение имеют Согласованные заявления в отношении Договора ВОИС по авторскому праву. Статья 1 Согласованных заявлений говорит, что «право на воспроизведение, как оно определено в статье 9 Бернской конвенции, и допускаемые этой статьей исключения полностью применяются в цифровой среде и, в частности, в отношении использования произведений в цифровой форме». Хранение охраняемого произведения в цифровой форме в электронном средстве является воспроизведением в смысле ст. 9 Бернской конвенции: «...если такие действия осуществляются без разрешения автора, то это является нарушением его авторских прав. Таким образом, правила, применяемые для нецифровой среды, переносятся на среду цифровую».

В соответствии со ст. 11 «Обязательства в отношении технических мер» Договора ВОИС по авторскому праву признается целесообразность использования технических средств защиты авторских прав, а также обязанность стран-участниц обеспечивать им правовую охрану. Договор ВОИС по исполнению и фонограммам по тексту аналогичен Договору ВОИС по авторскому праву. В первом акте также обращается внимание на то, что право на воспроизведение полностью применимо к обмену информацией в цифровом виде; подчеркивается необходимость разработки технических мер, направленных на охрану произведений от незаконного использования в цифровой среде.

Кроме того, по рассматриваемым вопросам существует практика наднационального (регионального) регулирования. Так, 22 мая 2001 г. была принята Директива 2001/29/ЕС Европейского Союза «О гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе». Она разрабатывалась в целях приведения законодательства ЕС в соответствие с названными договорами. В ней уточняются некоторые положения договоров ВОИС в отношении технических средств; государствам предписывается разработать адекватную правовую охрану. Следует отметить ст. 3 Директивы, где предусмотрено, что ни при каких условиях сообщение произведений или объектов смежных прав для всеобщего сведения не должно рассматриваться как основание для дальнейшего их использования в гражданском обороте без согласия правообладателя. Таким образом, можно сделать вывод, что отношения в Интернет-среде в принципе подчиняются такому же правовому регулированию, что и другие общественные отношения.

Существует мнение, что отношения в Интернете (не только между конкретными пользователями, но и как общественные отношения в целом) могут успешно регулироваться посредством внутрисетевых правил. Однако практика по-

казывает, что различные «правила пользования ресурсом», «правила поведения на форумах», «пользовательские соглашения» хотя и необходимы, но, увы, недостаточны для создания правового поля Интернет-среды.

По общему правилу международные договоры оставляют за каждым из государств-участников определение методов и средств по разработке и исполнению международных обязательств в сфере охраны прав на объекты интеллектуальной собственности. В контексте развития международной торговли в рамках ВТО особый интерес представляет Соглашение о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности (ТРИПС), которое не является исключением в векторном способе формулирования положений охраны прав на объекты интеллектуальной собственности, распространяющихся в том числе на отношения по охране авторских и смежных прав в сети Интернет.

В то же время Соглашение ТРИПС устанавливает довольно высокий уровень требований по охране интеллектуальной собственности и обязывает государства-члены ВТО обеспечивать «эффективные меры против любых действий, нарушающих права интеллектуальной собственности». В Соглашении ТРИПС также указываются три основные области, в которых эта цель должна быть достигнута: гражданские, административные и уголовно-правовые отношения.

В Соглашении ТРИПС содержатся специальные положения относительно предварительных мер и мер, принимаемых на границе. В то же время Соглашение ТРИПС не предусматривает полной унификации национальных механизмов охраны интеллектуальной собственности и принудительных мер, а закрепляет минимальные нормы, которые обязаны соблюдать государства-члены ВТО, сохраняя за собой право принятия более строгих мер. В соответствии с распределением компетенции между ЕС и государствами-членами последние обычно обязываются подчиняться положениям по вы-

полнению ТРИПС. Что касается перемещения конкретных экземпляров объектов авторских и смежных прав через таможенные границы государств, то конкретные меры разрабатывались на общеевропейском уровне в целях запрещения импорта и экспорта контрафактных и пиратских товаров. При этом интерес представляют совместные усилия отдельных, прежде всего европейских, государств по борьбе с контрафактной продукцией в развитие и дополнение положений ТРИПС, что привело к разработке АСТА, целью которого было регулирование отношений по охране интеллектуальной собственности в целях недопущения распространения контрафактной продукции.

Таким образом, все больше промышленно развитых стран придают значение правам интеллектуальной собственности в своей торговой политике – как многосторонней, так и двусторонней и национальной. Как развитые, так и развивающиеся страны отныне не сомневаются в преимуществах, которые дает им надлежащая и эффективная защита прав интеллектуальной собственности, являющаяся не только средством предупреждения нарушений и столкновений, но и инструментом инвестирования, передачи технологий, развития творчества, культуры и конкурентоспособности.

С принятием АСТА в Европе планировалось функционирование многоуровневой системы контроля за оборотом контрафактной продукции, для чего задумывалось создание специального наднационального комитета, что, безусловно, означало бы усиление мер по борьбе с нелегальным распространением объектов авторских прав. Исторически АСТА разрабатывалось с 2008 г. Оно является прямым дополнением к ранее принятому Соглашению ТРИПС. Спецификой АСТА в этом тандеме двух очень похожих документов является тщательная проработка противодействия именно цифровому пиратству и защите прав интеллектуальной собственности в контексте возможных нарушений в сети Интер-

нет. Разработанный проект АСТА предусматривал усиление контроля со стороны провайдеров, обязательное ведение лог-файлов, содержащих всю хронологию действий посетителя сайта, и создание технической системы для безусловной идентификация любого пользователя-абонента, что фактически позволяет полностью преодолеть анонимность пользователей. В частности, особое внимание уделялось пользователям децентрализованных сетей, таких как BitTorrent, для обязательной идентификации которых «должны быть приняты все надлежащие меры». Также АСТА предусматривало право выборочно досматривать содержимое электронных носителей любых граждан при пересечении национальных границ с любой страной-участницей АСТА, что вызывало серьезную критику ввиду видимого противоречия как европейским, так и мировым общепринятым нормам о неприкосновенности частной жизни.

Согласно данным Electronic Frontier Foundation, в АСТА также планировалось включение ранее сформулированного «правила трех поимок», согласно которому, если каким-либо гражданином более трех раз были нарушены авторские права, то по аналогии с возможным лишением водительских прав суд вправе лишить его права использования услуг Интернет-провайдеров (у всех Интернет-операторов стран-участниц АСТА). Однако, не смотря на активность государств, проявляющееся в детализации механизмов охраны объектов авторских прав против контрафакта, необходимо отметить, что Европейский Парламент большинством голосов отклонил АСТА по причинам излишней жесткости положений и бурной реакции общественности на положения документа, пересекающиеся с неприкосновенностью частной жизни.

## **СПОЖИВАЧ ЯК КАТЕГОРІЯ ПРАВА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ**

У 1968 р. дефініція поняття «споживач» була закріплена у Брюссельській конвенції з питань юрисдикції і примусового виконання судових рішень щодо цивільних і комерційних спорів. Стаття 13 Конвенції присвячена «договорам, укладеним особою з метою, не пов'язаною з торгівлею і її професією, нижче названою «споживач». Згодом дане визначення повторили в ст. 5 Римської конвенції про право, що застосовується до договірних зобов'язань, 1980 р. Ще пізніше визначення терміну «споживач» у праві ЄС було дано в Проекті Директиви про захист споживачів, які здійснюють покупки поза комерційними приміщеннями, 1977 р., запропонованому Європейською комісією. Споживач, згідно з пропозицією Європейської комісії, це «фізична особа, яка під час здійснення угод, виступає в якості, що не має відношення до її підприємницької чи професійної діяльності».

У багатьох законодавчих актах, прийнятих у сфері захисту прав споживачів у наступні роки, в нормах-дефініціях термін «споживач» має аналогічне визначення. Розглянемо для прикладу найважливіші правові акти ЄС у сфері захисту прав споживачів, а саме:

- Директива 2000/31/ЄС про деякі правові аспекти інформаційних послуг на внутрішньому ринку, зокрема, про електронну комерцію: «споживач» – будь-яка фізична особа, яка діє в цілях, що лежать поза її торговою, діловою чи професійною діяльністю;
- Директива 2005/29/ЄС про недобросовісну комерційну практику стосовно споживачів на внутрішньому ринку: «споживач» – будь-яка фізична особа, яка, вступаючи в комерційні відносини, що регулюються цією Директивою, переслідує свої особисті, а не торгові чи професійні інтереси;
- Директива 2008/48/ЄС про договори споживчого кредитування і скасування Директиви Ради ЄС 87/102/ЄЕС:

«споживач» – будь-яка фізична особа, яка в договорах, на які поширюється ця Директива, діє в цілях, що лежать за рамками її торгової, підприємницької чи професійної діяльності;

- Директива 2011/83/ЄС Європейського Парламенту і Ради від 25 жовтня 2011 р. про права споживачів: «споживач» – будь-яка фізична особа, яка діє в рамках договорів, що охоплюються цією Директивою, в цілях, відмінних від її торгової, комерційної, ремісницької чи професійної діяльності.

Всі ці визначення однотипні, що ставить під сумнів доцільність введення в кожному законодавчому акті окремого терміну, що за змістом повторює попередній. Проте, беручи до уваги рівнозначність актів щодо один одного, таке повторення може бути викликано відсутністю кодифікованого акту, який закріплював би загальне (родове) визначення поняття «споживач», що могло б застосовуватись при регулюванні суміжних суспільних відносин.

Деякі правові акти ЄС, розкриваючи поняття «споживач», вказують, що споживачем може бути не лише фізична особа, що виявила волю укласти договір, а й особа, яка є бенефіціаром при укладенні договору з фізичною особою, від імені якої виступає контрагент у споживчому договорі. Наприклад, Директива 90/314/ЄЕС про комплексний туризм, комплексний відпочинок і комплексні тури дає таке визначення: «споживач» – особа, яка набуває або погоджується придбати комплекс («основний контрагент»), або будь-яка особа, від імені якої основний контрагент погоджується купити комплекс («інші бенефіціари»), або будь-яка особа, якій основний контрагент чи будь-який інший бенефіціар уступає комплекс («цесіонарій»). Це визначення видається точнішим, воно охоплює не лише взаємовідносини «продавець – покупець», а й взаємовідносини «продавець – цесіонарій» в контексті дотримання інтересів дійсного (кінцевого) споживача товарів і послуг. Такий підхід дає можливість кінцевому споживачеві захищати свої права і відстоювати свої законні

інтереси навіть у тому випадку, якщо він не виявив волі при укладенні договору, або не брав участі у відносинах з продавцем до укладення договору, а виступає стороною договору вже після його укладення.

Крім терміну «споживач» у праві ЄС існує ряд аналогічних термінів, які застосовуються до певних сфер економічних відносин. До таких термінів належить споживач послуг – «клієнт», споживач транспортних послуг – «пасажир», споживач медичних послуг – «пацієнт».

Наприклад, Директива 2011/24/ЄС про права пацієнтів у трансграничному медичному обслуговуванні визначає поняття «пацієнт» як будь-яку фізичну особу, що бажає отримати або отримує медичне обслуговування на території держави-члена ЄС. Директива 2009/45/ЄС про правила і стандарти безпеки на пасажирських кораблях визначає термін «пасажир» як будь-яку особу, яка не підпадає під наступні критерії: володілець і члени команди або інші особи, прийняті на роботу або залучені в будь-яку дію на борту корабля, що має відношення до корабля, а також діти, що не досягли віку одного року. Регламент (ЄС) № 261/2004 про гарантії прав авіапасажирів використовує термін «пасажир» без будь-якого визначення цього терміну.

З урахуванням викладеного, можна виділити такі ознаки споживача як категорії права і законодавства ЄС:

1. Споживачем у праві ЄС завжди визнається лише фізична особа. Ця ознака відповідає загальносвітовій практиці визначення споживача і споживчих угод. Водночас необхідно відзначити, що в деяких національних правових системах, в тому числі і в ряді держав-членів ЄС, до споживачів можуть належати не лише фізичні особи. Наприклад, у законодавствах Великої Британії і Мальти, а також інших державах-членах ЄС основоположною ознакою споживача є відсутність професійного або бізнес орієнтованого інтересу в предметі угоди. Так, в англійському праві використовується більш ши-



роке формулювання – «діючий як споживач» (англ. «dealing as a consumer»). Таке формулювання дає можливість кваліфікувати в якості споживача не лише фізичних осіб, а й організації в тому випадку, якщо предмет угоди зазвичай використовується для приватного споживання. Прикладом тут може служити купівля канцелярських товарів організацією у випадку, якщо вони купуються не з метою перепродажу, а з метою використання співробітниками.

Французький правознавець Т. Боргоніє, який очолював у 1980 р. Дослідницьку роботу Європейської комісії з реформи законодавства у сфері захисту споживачів, запропонував розширити поняття «споживач» і включити в нього також похідних суб'єктів права, якими виступають фізичні особи: «Юридична особа не є споживачем, якщо тільки вона не заявить, що не має професійної заінтересованості в отриманні або використанні товарів і послуг». З точки зору справедливості і необхідності враховувати всі можливі варіанти взаємовідносин таке розширення суб'єктного складу має право на існування і використовується в ряді країн. Проте тут постає питання про визначеність і необхідність додаткових критеріїв, які дозволяли б судам чіткіше кваліфікувати споживчі угоди між двома юридичними особами. В праві ЄС договори з участю споживачів мають назву «consumer contract». Відсутність таких критеріїв може призвести до недобросовісності і виникнення квазі-споживчих контрактів на ринку. Напевно, наявність таких небезпечних моментів і є підставою для відмови у застосуванні такого підходу в ЄС. Ніде в чинному законодавстві ЄС не зустрічається положень, які дозволяли б віднести юридичних осіб і індивідуальних підприємців до споживачів.

2. Відсутність професійної і підприємницької заінтересованості в угоді. При застосуванні цієї кваліфікуючої ознаки необхідно враховувати, що важливішою є саме відсутність професійної заінтересованості, а не наявність побутової, осо-

бистої заінтересованості споживача в предметі угоди. Це означає, що навіть такі ознаки, як можливість отримання прибутку, не можуть стати підставою для виключення споживацького елемента з угоди. Споживач керується своїми інтересами за межами своєї професійної або підприємницької діяльності – цей висновок і є основою діяльності ЄС у сфері захисту прав споживачів, адже держава (в даному випадку наднаціональні інститути ЄС) бере на себе ініціативу по захисту інтересів споживачів саме з причини їх непрофесіоналізму і високої вірогідності відсутності обізнаності в тій сфері, в якій вони вчиняють угоду з продавцем чи особою, що надає послуги. Цей акцент на відсутність будь-яких знань про продукт обумовлює необхідність приділяти так багато уваги інформації про продукт, що надається споживачеві, а також наявності періоду, в який споживач може повернути товар продавцеві навіть за відсутності недоліків у товарі, отримавши назад його повну вартість (від англ. «cooling-off period»), а також наділенню споживача правом на відмову від виконання договору при укладенні дистанційних споживчих договорів (від англ. «right of withdrawal»). Суд ЄС приділяє значну увагу цим аспектам захисту прав споживачів і виносить свої рішення, ґрунтуючись саме на необхідності для продавців і надавачів послуг строго дотримуватись норм відповідних директив при укладенні договорів купівлі-продажу і надання послуг, покупцем і замовником за якими є споживачі.

3. Угода, вчинена між двома споживачами, не входить до предмета правового регулювання законодавства про захист прав споживачів. При тлумаченні визначення споживача Суд ЄС вказав, що сторонами в споживчій угоді можуть бути лише споживач і професійний продавець / надавач послуг. Інші суб'єктні склади не можуть розглядатись на рівні ЄС як сторони в угоді з участю споживача. Отже, при продажу нерухомості від однієї фізичної особи до іншої не виникає відносин споживач-продавець і підстав використовувати норми про

захист споживачів. Проте якщо на стороні продавця буде виступати не сам фактичний власник ділянки, а агент з нерухомості, уповноважений вчиняти всі дії, спрямовані на продаж нерухомості, така угода буде кваліфікуватись як споживча, якщо покупець на момент вчинення угоди не знав і/або не міг знати, що принципалом виступає особа, яка діє не в своїх професійних інтересах.

На цій же підставі з-під дії законодавства про захист споживачів виведені угоди по перепродажу майна (секонд-хенд).

*СТАХАНОВА Анна*

## **СПРОБИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ УНІФІКУВАТИ ПРИВАТНЕ ПРАВО**

Згідно з Указом Президента, Україна все більше стає на шлях до наближення та гармонізації законодавства до норм та стандартів Європейського Союзу [1]. У свою чергу, Європейський Союз робить спроби до уніфікації законодавства усіх країн-членів у приватній сфері.

Основна правова база для регулювання приватного права, по суті, зводиться до компетенції ЄС з гармонізації національних правил, що створюють перешкоди для функціонування внутрішнього ринку (ст. 114 Договору з функціонування Європейського Союзу) [2]. Спеціальна правова основа передбачена законодавством ЄС у галузі інтелектуальної власності (ст. 118 Договору з функціонування Європейського Союзу) [2]. ЄС також має змогу регулювати різні аспекти цивільного процесу та міжнародного приватного права, щоб розвивати судову співпрацю в цивільних справах з транскордонними наслідками, засновану на принципі взаємного визнання судових рішень та рішень у позасудовому порядку (ст. 81 Договору з функціонування Європейського Союзу) [2].

Якщо не має місця жодна з цих правових основ, може бути використаний «пункт про гнучкість» (ст. 352 Договору з функціонування Європейського Союзу) [2].

Законодавство ЄС у галузі приватного права починає з'являтися у 1980-ті роки, особливо в області споживчого договірному права. Тим не менш, через внутрішньо-ринковий характер компетенцій ЄС у цій галузі, законодавство досі вирішує лише окремі питання, такі як несправедливі умови, укладення договорів поза офіційними офісними приміщеннями або прострочені платежі. Вплив цих секторальних заходів на узгодженість національних систем приватного права призвів до занепокоєння. Деякі експерти запропонували прийняти горизонтальну систему («Європейський цивільний кодекс»), щоб відновити узгодженість приватного права, але вже на всеохоплюючому рівні ЄС. Тим не менш, ця ідея була піддана різкій критиці з боку інших дослідників [3; 132].

Законодавчий орган ЄС був не єдиною зацікавленою стороною, що бере участь у «європеїзації» приватного права. Помітну роль зіграв Суд ЄС, який іноді навіть називають «двигуном» приватного права ЄС. Нарешті, особливістю цієї галузі права є активне залучення вчених, які підготували численні витяги з Європейського приватного права [4].

Незважаючи на те, що директиви, регламенти та прецедентне право Суду ЄС створили «острівці» уніфікованого приватного права ЄС у «морі» національних приватних законодавств, вчені з 1980-х років виступали за горизонтальний підхід шляхом прийняття «Європейського цивільного кодексу». Європейський парламент (ЄП) виступив з конкретним проханням про розробку і прийняття такого кодексу у двох резолюціях (1989 і 1994) [5], [6]. Тим не менш, в той час як ідея такого кодексу була передбачена у Комунікації з європейського договірному права (2001) [7], запуск процесу широких громадських консультацій з проблем, що впливають з відмінностей між контрактним законодавством країн-

членів, та з потенційних дій у цій сфері був відкладений, про що свідчить подальша Комунікація з Європейського договір-ного права та перегляду правових норм (2004) [8]. Незважаючи на це, Комісія прийняла ідею розробки загальних рамкових стандартів, задуманих як «інструментарій» для законодавства ЄС у галузі приватного права, а також прийняла «факультативний інструмент» в області приватного права. Європейський парламент дав згоду на підтримку ідеї факультативного кодексу у резолюції, прийнятій у 2011 році [9].

Питання, чи потрібен ЄС Цивільний кодекс для регулювання уніфікації приватного права між усіма країнами-членами було предметом численних дискусій. Прихильники ідеї стверджують, що це призведе до збільшення ефективності ринку шляхом усунення юридичних бар'єрів для бізнесу, споживачів і правників.

Опоненти вказують, що уніфікований текст буде об'єктом різних правових інтерпретацій національними судами, в результаті чого єдність приватного права в Європі стане лише ілюзією. Вони також стверджують, що приватне право, пов'язане з національними правовими традиціями і культурами, повинне дотримуватися в ЄС, а не замінюватись єдиним законодавством. Тим не менш, цей підхід піддається критиці за приховування основних економічних, політичних та соціальних проблем, які часто більш значимі (наприклад, німецький споживач потребує захисту як споживач, а не як німець). Інші додають, що у Європі немає спільної мови через те, що не існує Верховного суду приватного права, який міг би забезпечити однакове застосування норм, і що європейська правова наука не є ще достатньо розвиненою.

#### *Проектні редакційні групи*

Завдання з розробки Європейського Цивільного кодексу з 1980 р. взяла на себе Комісією з європейського договір-ного права на чолі з Оле Ландо (Данія). Хоча Комісія частково і фінансувалася ЄС, це була незалежна група дослідників, до

якої увійшли правники з усіх країн-членів. Результати роботи Комісії були опубліковані у якості Принципів європейського договірного права у кількох частинах, в період між 1998 і 2002 рр. Публікації містять правила щодо договірного права, а також загальні правила зобов'язань [10].

Принципи, у свою чергу, стали відправною точкою для Дослідницької групи з європейського цивільного кодексу на чолі з Крістіаном фон Бар (Німеччина). Дослідницька група публікує результати своєї роботи у вигляді «Принципів європейського права» [11]. Крім загального договірного права, вона також розробила Статті з позадоговірної відповідальності (цивільні правопорушення, безпідставне збагачення, управління чужими справами), конкретні види договорів, а також деякі аспекти права власності.

Починаючи з 2001 року, академічна Комісія з питань європейського сімейного права на чолі з Катаріною Бьоле-Уьолкі (Університет Утрехта, Нідерланди) розробляє проект закону про Принципи європейського сімейного права. Розробки, що були опубліковані на сьогоднішній день, сконцентрувались на питаннях розлучення та поділу власності, батьківської відповідальності та майнових відносин між подружжям [12].

Робота редакційних груп була доповнена Європейською дослідницькою групою з існуючого приватного права ЄС (група зі Зведення правил), що була заснована у 2002 році і координується Хансом Шульте-Ньолке (Університет Оснабрюка, Німеччина). Її метою стала систематизація чинного законодавства ЄС в галузі приватного права, що ляже в основу принципів («Зведення принципів»).

Нарешті, загальні принципи договірного права (*Principes contractuels communs*) були розроблені спільно з Асоціацією Анрі Капітана і французьким товариством порівняльного законодавства під керівництвом Бенедикта Фоварк-Коссон і Деніс Мазо (обидва з Університету Пантеон-Асса, Франція) [13].

### *Інші дослідницькі групи*

Крім розробки принципів Європейського приватного права, вчені також працюють над розробкою «єдиного комплексу» приватних правових систем у Європі. Група правників-компаративістів під керівництвом Уго Маттеї (Університет Турина, Італія) і Мауро Буссані (Університет Трієста, Італія), працюють з 1995 року над проектом розробки Єдиного комплексу європейського приватного права [14]. Результат їхніх досліджень був опублікований у вигляді томів, присвячених конкретним правовим питанням, порівнянню всіх європейських систем приватного права, що вказують на «єдиний комплекс» цих систем.

### *Проект спільних підходів*

Завдяки гранту Європейської Комісії, дослідницька група з європейського цивільного кодексу та зведення правил підготувала проект спільних підходів (Draft common frame of reference) [15], опублікований в остаточному варіанті у 2009 р. Проект спільних підходів складається з десяти книг, що охоплюють як зобов'язальне право (у тому числі конкретні контракти і позадоговірну відповідальність), а також деякі аспекти права власності, такі як передача права власності на товари, забезпечувальне право на рухоме майно і трести.

### *Обґрунтування дослідження*

#### *і Спільне європейське торгове законодавство*

У 2010 році Європейська Комісія заснувала групу експертів з розробки спільного підходу до договірного права, і призначила 18 членів групи, в основному видатних вчених. У 2011 група експертів розробила Обґрунтування дослідження [16], що містить проект документа з торговельного права, в основі якого також лежить проект спільних підходів. На підставі Обґрунтування дослідження, у жовтні 2011 р. Комісія підготувала пропозицію по створенню спільного європейського права з продажу [17].

На нашу думку, задля ефективної модернізації та гармонізації українського законодавства до європейських норм, обов'язково необхідно враховувати та досконало вивчати досвід та розробки Європейського Союзу, а також компаративні дослідження у галузі приватного права.

### **Література:**

1. Указ Президента України № 127/2013 «Про невідкладні заходи щодо європейської інтеграції України» від 12 березня 2013 р. – Режим доступу: <http://www.president.gov.ua/documents/15520.html>
2. Договір про функціонування Європейського Союзу. – Маастріхт. – 7 лютого 1992 р. – Режим доступу: [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994\\_029](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_029)
3. The way forward in European consumer contract law: optional instrument instead of further deconstruction of national private laws / Hans Schulte-Nölke, in: The Cambridge Companion to European Union Private Law, CUP, 2010, p. 131–146, at p. 131–132.
4. Суд Європейського Союзу. Основні документи та прийняті рішення. – Режим доступу: [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/)
5. Official Journal of the European Communities. – С 158. – Volume 32. – 26 June 1989. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:51989IP0157>
6. Official Journal of the European Communities. – С 205. – Volume 37. – 25 July 1994. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:C:1994:205:TOC>
7. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European contract law /COM/2001/0398 final/. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52001DC0398>
8. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward /COM/2004/0651 final/. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52004DC0651>
9. European Parliament resolution of 8 June 2011 on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses (2011/2013(INI)). – Режим доступу: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2011-0262+0+DOC+PDF+V0//EN>
10. The Principles Of European Contract Law 2002 (Parts I, II, and III). – Режим доступу: <http://www.transnational.deusto.es/emttl/documentos/Principles%20of%20European%20Contract%20Law.pdf>
11. Draft articles on European Private Law Principles. – Режим доступу: [http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft\\_articles.htm](http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft_articles.htm)
12. Principles of the European Family Law. – Режим доступу: <http://ceflonline.net/>
13. Principes contractuels communs. – Режим доступу: <http://www.legiscompare.fr/site-web/?Principes-contractuels-communs&lang=fr>



14. The common core of the European Private Law. – Редим доступу: <http://www.common-core.org/>
15. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR). – Режим доступу: [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf)
16. A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback. – Режим доступу: [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility\\_study\\_final.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf)
17. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52011PC0635>

***БРИЖАК Тетяни***

## **ПРАВОВИЙ СТАТУС ЖІНКИ У РЕЛІГІЙНИХ ПРАВОВИХ СИСТЕМАХ: КОМПАРАТИВНИЙ АНАЛІЗ**

На сьогоднішній день у релігійних правових системах розгортаються теоретичні суперечки щодо правового статусу жінок у суспільстві, що дають можливість вважати її такою ж повноцінною людиною, як і чоловік. На юридичному рівні сьогодні більшість жінок мають однакові права з чоловіками, але фактично в багатьох країнах світу жінки стоять не в однакових умовах з ними щодо реалізації себе як особистості. Жінка не має права вирішувати певні питання, не бере участі в політичному, економічному, культурному житті країни на рівні з чоловіками. Усе це вказує на те, що проблема правового статусу жінок і у сучасному світі є досить актуальною. Дослідженням правового статусу жінки в релігійних спільнотах займалися такі науковці, як Н. І. Недзельська, О. Р. Дашковська, Л. О. Петренко, І. В. Могдалева, В. Мухтерем, Т. Н. Шамсутдинова-Лебедюк, Н. В. Бесєдіна та інші.

За словами Н.І. Недзельської жінка й релігія – одне з найсуперечливіших явищ в історії розвитку людства. У духовних аспектах усіх релігій жіноче начало відіграє важливу, а в

деяких випадках визначальну роль, адже саме поєднання чоловічого і жіночого начала породжує в суспільстві все суще, проте майже усі світові релігії ігнорують жінку, як істоту другорядну, інколи навіть диявольську, унеможливають роль жінки як служителя культу, проте їй відводиться певне місце в храмі, де вона виконує визначені для неї функції [7].

У своїй праці О. Р. Дашковська зазначає, що Аристотель визнавав участь жінок у громадських справах винятково в аспекті домашнього господарства, патріархальної родини і фактично підсилював авторитет чоловічої влади в родині й державі. На думку філософа, чоловік і жінка мають різні моральні якості, які через різну природу по-різному проявляються для них, наприклад, для жінки мовчання є чеснотою, а для чоловіка – ні. Настільки ж різними є функції чоловіка і жінки в родині: кожен повинен виконувати свої обов'язки, не втручаючись у справи іншого [4].

Жіноче тіло інтерпретується у більшості релігійних вчень як «посудина гріха», на противагу чоловічій «святості та непорочності», що потенційно виправдовує негласно існуючу в суспільстві політику жіночої «віктимізації», яку Мері Далі, класик американського фемінізму, назвала «садомазохістським ритуалом» [5].

Якщо говорити про ісламське суспільство то воно визначає основну роль жінки – материнство. Існує велика кількість заборон, особливо для заміжніх жінок: жінки зобов'язані на вулиці ховати від чоловіка привабливість свого тіла за допомогою хіджабу; у колі родини вона може вдягатися вільно і прикрашати себе золотом, щоб таким чином вона була привабливою для свого чоловіка, оскільки її краса призначена лише для нього. Натомість, чоловіки зобов'язані забезпечувати свою родину усім необхідним: житлом, їжею, одягом. Думається, що рівноправність між чоловіком і жінкою у ісламській уммі полягає у дотриманні релігійних настанов: дотриманні молитви, посту, однак, і тут є обмеження, адже-

без дозволу чоловіка жінка не може увійти до мечеті та бути паломницею у Мекку.

Мусульманка має право голосу у політичному житті своєї країни – вона сміливо може висловити свою думку з будь-якого суспільного питання, проте в ісламському співтоваристві переважає думка про те, що роль жінки полягає не в її праві голосувати, а в тому, щоб підтримувати моральні основи своєї сім'ї: бути вірною своєму чоловікові, займатися вихованням дітей, дотримувати чистоту, комфорт та ін. Тому слід погодитися з думкою Л. С. Бекирової та І. О. Ільченко які зазначають, що від жінки мусульманська мораль вимагає жити, насамперед, приватним життям, а не життям своєї спільноти [2].

Особливості положення іудейської жінки І. В. Могдалев та К. В. Безугла розкривають через шлюбно-сімейні відносини. Шлюб в іудаїзмі визначається як ідеальний стан людського буття: чоловік без дружини або жінка без чоловіка розглядаються єврейським суспільством як неповноцінні особистості. Права і обов'язки іудеїв, які перебувають у шлюбі, докладно описані в Галасі. Серед прав чоловіка по відношенню до дружини виділяють: використання праці дружини; право на її випадкові заробітки або знайдені нею матеріальні цінності; право користування її майном і доходами від нього; право успадковувати її стан [8].

Галаха забороняє жінкам вивчати сакральні іудейські тексти, знання яких є вимогою для отримання сміхи. Жінки та чоловіки повинні дотримуватися заповідей, чітко розподілені у гендерному плані: обов'язкові для чоловіків та обов'язкові для жінок. Поділ заповідей указує на поділ сфер впливу та існування. Відтак, жінку обмежено в участі у публічному житті єврейської громади, але їй надається право регуляції приватної сфери – родини та домогосподарства [1].

Жінки у Індії належать до вразливих груп населення, навіть незважаючи на те, що Конституція країни проголосила

рівність перед законом всіх людей, заборонила дискримінацію з мотивів релігійної, расової, кастової належності, статі та місця народження, кастова система й сьогодні залишається найбільш міцною основою соціальної організації суспільства.

Останнім часом в Індії набула поширення така варварська традиція, як вбивство на захист честі й приданого. «Вбивство честі» – це санкціоноване звичаєм вбивство дівчини або жінки, вчинене її найближчими родичами за її «безчесний» вчинок або за неналежну поведінку. Як «безчестя» зазвичай сприймаються заборонені у місцевій культурі дії сексуального характеру: подружня невірність, дошлюбні статеві стосунки, спроба отримати розлучення. Тому Н. В. Бесєдіна називає вбивства заради честі сім'ї як частину більш широкої проблеми насилля над жінками.

В той же час, авторитет жінки в індуській родині був суворо залежним від її здатності народжувати синів. Через полігамність чоловіків-індусів, статус матері багато в чому залежав від статі дитини: народження дочки асоціювалося з безумовним нещастям для сім'ї, поява сина – радісна подія. Якщо ж дружина взагалі не народить спадкоємця, вона може бути піддана серйозному засудження і свекруха має право привести синові іншу дружину.

В індійському суспільстві все рішучіше звучить вимога встановлення справжньої рівності для всіх громадян – чоловіків і жінок у сфері сімейно-шлюбних відносин, особливо у практичній реалізації рівного права успадкування для обох статей. Розширення зайнятості жінок та самостійний заробіток сприяли б їх більшій незалежності, вирішенню проблеми демографічної асиметрії, ослабленню впливу традицій [3].

Великий вплив на статус жінки не лише античності, але й наступних століть Середньовіччя мала поширена на той час думка про нижчість жіночої природи та обмеженість її розумових здібностей. Ці два аргументи були причиною відлу-

чення жінки від громадської діяльності. Вона була замкнена у приватному просторі.

З поширенням християнства поступово змінюється становище та самосвідомість жінки. Нова релігія надихала жінок та зміцнювала Її дух. Жінки ставали палкими прихильницями християнства, оскільки саме християнство проголошує рівність і рівноцінність обох статей перед Богом. Жінки зайняли активну позицію щодо поширення християнства. Це був великий подвиг та неабиякий вияв свободи для жінки, адже в перші століття прихильників та послідовників християнства жорстоко переслідували; зібрання перших християнських общин відбувались таємно та були небезпечними для учасників. Жінки зазнавали за віру не лише фізичних тортур, але й моральних, які вони часто переживали серед язичницького суспільства та своєї сім'ї. В громадах жінки-християнки займалися справами милосердя – допомагали хворим та бідним [6]. Можна сказати, що християнство надало жінці новий статус в общині, возвеличило жінку як матір через культ Богородиці, долучило до активної суспільної діяльності..

Враховуючи вищесказане, можемо зробити висновок, що права жінок у релігійних правових системах суттєво дискримінуються. Хоча формально чоловік і жінка визнаються рівноправними, фактично так не було, оскільки у суспільстві з такою правовою системою на перше місце ставляться традиції та звичаї, а не закон. Я вважаю, що у даному випадку роль жінки дещо спотворена. Жінку розглядають як особу нижчого рівня, без права голосу та без права самореалізації. Її головна роль зводилася до народження дітей та домогосподарства. Історія людства вказує, що чоловік був головним тільки через те, що його мета – забезпечення сім'ї усім необхідним, але враховуючи сучасний стан речей можна спокійно спростувати дане твердження, і поставити жінку на один рівень разом із чоловіком.

## **Література:**

1. Басаурі Зюзіна А. Жінки в рабинаті: Американський досвід / А. Басаурі Зюзіна // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: file:///C:/Users/Администратор/Downloads/25754-45792-1-PB.pdf
2. Бекирова Л. С., Ильченко И. А. Женщина в Исламе: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: История и современность / Л.С Бекирова // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://sn-philcultpolsoc.crimea.edu/arhiv/2013/uch-26-4/uch-26-4-filosof.pdf#page=97>
3. Бесєдіна Н. В. Вплив індуїстських традицій на становище сучасної індійської жінки / Н. В. Бесєдіна // : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.rusnauka.com/34\\_VPEK\\_2012/Istoria/2\\_121226.doc.htm](http://www.rusnauka.com/34_VPEK_2012/Istoria/2_121226.doc.htm)
4. Дашковська О. Р. Дисертація на тему: Правове становище жінки в аспекті гендерної рівності: загальнотеоретичний аналіз.
5. Петренко Л. О. Соціальні статуси учасників гендерних відносин у релігіях як фактори виникнення адиктивної поведінки та насилля / Л. О. Петренко // Соціальні технології: актуальні проблеми теорії та практики. – 2013. – Вип. 57. – С. 159-164.
6. Соболев О. Суспільно-політичне становище жінки в епоху європейського середньовіччя / О. Соболев // Вісник Львівського університету. Серія філософської науки. – 2012. Вип. 15. – С. 112-118.
7. Нездєльська Н. І. Проблема жінки в релігіях авраамістичної традиції / Інститут філософії ім. Г. С. Сковороди НАН України. – К., 2004.
8. Модалєва І. В., Безуглая Е. В. Положение женщины в иудаизме / И. В. Модалєва, Е. В. Безуглая // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ea.donntu.edu.ua:8080/jspui/bitstream/123456789/5780/3/безуглая.pdf>

***МУЗИКА Ольга***

## **КОНЦЕПЦІЯ ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ В КАНОНІЧНОМУ ПРАВІ**

Проблематика прав і свобод людини і громадянина є одною з найдосліджуваних та найсуперечливіших у юриспруденції. У її науковому осягненні щоразу відкриваються усе нові грані буття людини, що підтримує невщухаючий інтерес до праволюднинної тематики. Останнім часом, почастишали звернення до проблеми прав і свобод людини у контексті канонічного права. Це зумовлюється низкою факторів, найважливішими з яких, як видається, є гостра потреба гума-

нізації суспільних відносин у сучасному секулярному світі, а також соціальна впливовість і авторитетність, якими користується церква, яка не може стояти осторонь соціальних питань: вона має обов'язок проголошувати завжди і всюди моральні принципи, зокрема ті, що стосуються соціального порядку, і висловлюватись щодо будь-яких людських справ, наскільки цього вимагають основні права людини чи спасіння душі.

Розглядувані у соціальній доктрині церкви аспекти суспільного життя визначаються, насамперед, пріоритетами церковної політики, яка в індустріальну та постіндустріальну доби має два провідних спрямування: по-перше, протидія секулярним ідеологіям; і, по-друге, пристосування до секуляризованої соціальної реальності. Тому, починаючи з 60-х рр., однією із центральних категорій соціальної доктрини церкви стали саме права людини.

Зокрема професор Л. А. Виговський зазначає: «Сьогодні християнські Церкви вважають своїм обов'язком виступати на захист демократичних прав і свобод громадян у випадках, коли владні структури своїми діями зумовлюють погіршення соціально-економічного положення віруючих та інших громадян, або вдавалися до обмеження задекларованих конституційних прав та свобод особистості. Той факт, що "місія Церкви є духовного порядку, насправді не протиставляє її світові. Надія на вічне спасіння та змагання (діяльне прагнення) до підтримки людей – це різні речі, і варто це пам'ятати, однак вони не роздільні, адже саме на землі, в історії, в конкретних умовах життя кожна людина готує, вирішує і наперед переживає свою вічну долю. Несправедливість, визиск, нецтво, які в межах суспільства нерідко консолідується у справжні "структури гріха", є великими ворогами людини, бо вони впливають на моральну поведінку людини, позбавляють її гідності особи, перешкоджають їй здійснити своє поклонання"» [3, с. 20].

Варто зазначити, що теологічні коріння ідеології прав людини були описані безліч разів. Проте, довгий час, як писав французький теолог і філософ Жак Маритен, «ідеологія прав людини, що має християнські корені, сприймалася з християнської точки зору як революційна» [2, с. 21].

Видається доцільним, перш за все, проаналізувати права і свободи людини, які закладені в Біблії, оскільки вона є першоджерелом всіх християнських соціальних доктрин. Саме в ній можна знайти опис фізичних (право на життя, право на особисту недоторканість), особистих (право на честь і гідність) і соціально-економічних (право на працю, право на відпочинок, право на справедливу винагороду) прав.

Слід відзначити, насамперед, твердження Біблії, що людина – найцінніша з-поміж усього, що створено Богом. Цінність і особливе становище людини показано й у такому вірші: «Я поставлю людину вище чистого золота, і сина землі – металу офірського» (Ісаї 7:29).

Біблія зафіксувала найбільш суттєве право людини, без якого всі інші права втрачають сенс, – *право на життя*. Наприклад, в одній з найважливіших Божих заповідей проголошує: «*Не убивай*» (Вихід 20:13).

Велика увага приділяється у Біблії матеріальним умовам життя людини, зокрема закріпленню фундаментального права на власність та її охорону. У Мойсеєвих заповідях говориться: «*Не кради*», «Не пожадай нічого того, що є власністю твого ближнього». У цих заповідях мова йде про забезпечення права власності. Серед загальнолюдських прав Біблія визнає право на щотижневий відпочинок, допомогу сиротам, вдовам, хворим.

Біблія робить великий внесок у нормальне регулювання людських відносин. Зокрема, вона чітко акцентує увагу на тому, що, користуючись певними правами, людина не повинна завдавати шкоди іншим людям. У Святому Письмі читаємо: «*Не робіть іншим того, чого собі не бажаєте*» [2, с. 285].



Української православної церкви Київського Патріархату не стоїть осторонь праволюднинної тематики. І хоча своє ставлення до прав людини вона поки що не виголошувала у спеціальному документі. Проте окремі положення щодо цього питання можна спостерігати, наприклад, в ухваленій її Помісним Собором у січні 2001 р. Декларації «Церква і світ на початку третього тисячоліття», Декларації Помісного Собору «Про духовне відродження українського суспільства в умовах глобалізації світу» від 15 липня 2004 року.

На рубежі XXI століття Архієрейський собор Руської Православної Церкви прийняв ряд документів, в яких міститься тлумачення проблематики прав людини. До таких документів належать насамперед: Основи соціальної концепції Руської Православної Церкви від 16 серпня 2000 року та Основи вчення Руської Православної Церкви про гідність, свободу і права людини від 27 червня 2008 року.

В усіх названих документах Руської Православної Церкви основну увагу приділено саме праволюднинній тематиці. П. М. Рабінович звертає увагу, що у цих документах використані й суто юридичні термінопоняття, а саме: «юридична система», «законодавчі норми», «законодавча ініціатива», «правові акти», «законність» «судові рішення», «правовий нігілізм» та ін. Принципово важливою є й та обставина, що у цих джерелах відображено позиції сучасного православ'я (передовсім в особі РПЦ) стосовно взаємовпливів основоположних («природних») прав і позитивного, державно-юридичного права, з одного боку, та православ'я, з іншого. Тому такі документи не можуть лишатись поза увагою загальнотеоретичного праводержавознавства [7, с.113].

Стосовно висвітлення в документах Руської Православної Церкви проблематики прав людини досить влучно, на мій погляд, відзначає вчений В. А. Бачинін: «Уже той факт, що Руська Православна Церква в особі одного з її вищих ієрархів взяла на себе обов'язок висловитися з цієї проблеми, став

подією абсолютно небувалою. За всю історію це був перший випадок публічного декларування церковної позиції стосовно проблеми, яка ніколи не входила до кола теоретичних інтересів руських православних богословів і тим більше церковних ієрархів» [1, с. 89].

Проаналізувавши нормативні документи Руської Православної Церкви, прослідковуємо «дуалізм» розуміння прав і свобод людини. На основі цього можна виділити два підходи, а саме:

- теологічний, відповідно до якого ідея прав людини виникла під впливом біблійського вчення про людину як унікальну і створену за образом Божим істоту.
- цивілізаційний, основна ідея якого полягає в тому, що інститут прав людини сам по собі може сприяти розвитку людської особистості і організації суспільства і являється найбільшим досягненням людства [8, с. 287].

Зокрема в Основах соціальної концепції Руської Православної Церкви (далі – ОСК) використовується перший підхід, а саме теологічний, де зазначається, що ідея невід’ємних прав людини «заснована на біблійному вченні про людину» (ОСК, пункт IV.6). В цьому документі наводиться оригінальний поділ прав людини на права внутрішні та зовнішні. «Права на віру, на життя, на сім’ю є захистом заповітних основ людської свободи від свавілля сторонніх сил. Ці внутрішні права доповнюються і гарантуються іншими, зовнішніми – наприклад, правами на свободу пересування, отримання інформації, створення майна, володіння ним та його передачу».

Цивілізаційний підхід стосовно розуміння прав людини закріплений в Основах вчення Руської Православної Церкви про гідність, свободу і права людини. Думається, важливим у цьому документі є те, що тут чітко наголошується на тому, що гідність людини, її права органічно поєднуються з її відповідальністю, із виконанням нею обов’язків перед іншими. А також виголошений в Основах вчення намір РПЦ «...ревно – не тільки на словах, а й на ділі – піклуватися про збереження

прав і гідності людини», тим більше, що «у сучасному світі права людини нерідко порушуються, а її гідність нехтується не тільки державною владою, а й транснаціональними структурами, суб'єктами економіки, псевдорелігійними групами, терористичними та іншими злочинними угрупованнями» (пункт V.2) [4, с. 121].

Позитивним вбачається факт прийняття Церквою ряду документів, в яких тлумачаться права і свободи людини, оскільки саме в цих актах права висвітлюються з духовної та моральної точки зору. І хоча їх текст орієнтований на церковних людей, вони до них звертаються, в першу чергу, як до членів суспільства та громадян.

Принципова риса концепції прав людини у канонічному праві полягає в тому, що вона шукає витoki права в природі людей і вважає суб'єктивні природні права людини першоджерелом закону. Тобто держава закріплює основні права людини в нормативних документах, а Церква вже тлумачить їх з християнської точки зору. Як зазначає І. Г. Оборотов: «Процес визнання за особистістю її основних природних прав – права на життя, здоров'я, честь і гідність – розтягнувся на багато століть і завершився їх правомірним закріпленням. Таке відношення до особистості і її природжених прав цілком відповідає християнській ідеології, однак особисті права повинні поєднуватися зі служінням ближньому, про яке сучасне право забуває» [6, с. 23].

Для повноти розуміння праволюднинної проблематики у релігійно-правовому контексті, зазначимо, що на відміну від канонічного права, ісламська концепція прав людини полягає в тому, що джерелом прав і свобод людини визнається «божественний закон». Вона вбачає основний смисл закріплення прав людини в їх захисті від посягань з боку держави, релігійні системи розглядають владу як інститут, зв'язаний божественним законом і такий, що відіграє головну роль у втіленні його приписів, у тому числі й щодо прав і свобод людини.

Права людини в ісламському праві обумовлені передусім обов'язками по відношенню до самого себе, до общини (умми), суспільства, держави і Аллаха. Хоча це не дає підстав заперечувати власне існування прав та можливостей в ісламі [5, с. 14].

Отже ісламська концепція права розглядає права людини не як права індивідуума, а як права суспільства одновірців у цілому.

З цього можна зробити висновок, що не існує якоїсь однієї універсальної концепції прав людини. Для кожної релігійної системи притаманна своя. В канонічному праві концепція прав людини має секулярний характер, тобто права людини, перш за все, розглядаються як здобуток цивілізації.

### **Література:**

1. Бачинин В. А. Христианство – демократия – контрдемократия (российская модель взаимоотношений) / В. А. Бачинин // Личность. Культура. Общество. – 2008. – Вып. 3–4. – С. 95.
2. Бенуа А. Проти лібералізму до четвертої політичної теорії [Текст] / А. Бенуа // Амфора. – 2009. – С. 480.
3. Виговський В. А. Релігійний інститут та організації як фактор становлення та утвердження демократичних засад в Україні [Текст] / В. А. Виговський // Актуальні проблеми юридичної науки. – 2010. – №9. – С. 19–23.
4. Костюк К. Н. Возникновение социальной доктрины Русской православной церкви. [Текст] / Костюк К. Н // Общественные науки и современность, 2001. – №6.
5. Львова О. Л. Правові документи про права людини в ісламі: характерні риси [Текст] / О. Л. Львова // Часопис Київського університету права. – 2008. – №4. – С. 12–15.
6. Оборотов И. Г. Современное украинское право и система христианских ценностей: антропологическое измерение / И. Г. Оборотов // Приватне право в умовах глобалізації: традиційні цінності та європейські перспективи: збірник наукових праць / за ред. П. М. Шапірка, І. Г. Оборотова. – Миколаїв : Іліон, 2014. – С. 21–26.
7. Рабінович П. М. Основоположні права людини: сучасні позиції православних церков Росії та України [Текст] / П. М. Рабінович // Вісник Національної академії правових наук України : Збірник наукових праць. – 2010. – №3. – С. 3–11.
8. Цебенко С. Проблематика прав человека в современной доктрине Русской Православной Церкви (общая характеристика). / С. Цебенко // Закон и жизнь, 2013. – №8/3. [Електронний ресурс] – Режим доступа: <http://www.legeasiviata.in.ua/archive/2013/8-3/71>

## **КОМПАРАТИВІСТИЧНИЙ АНАЛІЗ ІНСТИТУТУ ШЛЮБУ У КАНОНІЧНОМУ ТА ІСЛАМСЬКОМУ ПРАВІ**

Інститут шлюбу та сім'ї у всі часи посідав одне з визначальних місць у житті суспільства. Поруч із цим, правове регулювання визначених інститутів має досить складний характер, оскільки встановлює норми, які регулюють відносини, що мають глибокоінтимну, особистісну природу, та засновані на почуттях кохання, вірності, довіри одне одному. Саме тому тривалий час питання пов'язані із процедурою укладення шлюбу, перешкодами до цього, розірвання шлюбу регулювалися не нормами права, а нормами моралі, етики, релігії. Цікавим для дослідження є порівняльний аналіз інститутів шлюбу у релігійних правових системах, зокрема у християнському та ісламському праві

У ісламському праві в первісному визначенні слово «шлюб» означало фізичне сексуальне поєднання. У правовому значенні дане поняття розглядалося як приватний договір, що узаконював дітородіння [7, с. 269]. В ісламській традиції шлюб можна визначити також як процедуру укладення договору, за яким жінка перестає бути стороною, «забороненою» для чоловіка, з яким вона вступила у шлюбний союз [2]. Виділяють три види шлюбу: 1) постійний шлюб (ніках даїм); 2) шлюб з невільницями (ніках кенізон); 3) тимчасовий шлюб (ніках мут'а), який визнається лише у шиїтів [9, с.47].

Для того, щоб шлюб вважався укладеним, необхідним є прочитання спеціальної формули, яку проголошує спочатку наречена, потім – наречений. Замість молодят формулу можуть проголошувати також їх довірені особи у вказаному порядку. При прочитанні такої формули необхідно дотримуватися наступних умов: 1) читання формули на правильній

арабській мові (у виняткових випадках, коли наречені не знають мови, допускається прочитання формули на іншій мові); 2) особа, яка читає формули повинна бути повнолітньою та повністю дієздатною; 3) якщо формулу читають довірені особи, необхідно вказувати ім'я того з подружжя, кого представляє особа; 4) наречені мають вільно погодитись на шлюб, а не бути примушені до нього [1, с. 106-107].

З позиції канонічного права, на відміну від ісламу, шлюб розглядається як вічне поєднання подружжя одне з одним у Христі, як священне таїнство любові, а не лише як юридичний договір та засіб до продовження роду. У Біблії не міститься чіткого визначення поняття «шлюбу», однак в книзі Буття простежується вказівка на божественне походження шлюбу: «І сказав Господь Бог: «Не добре, щоб бути чоловіку самотнім. Створю йому поміч, подібну до нього». І створив Господь Бог із ребра, взятого у чоловіка, жінку, і привів її до чоловіка. І сказав чоловік: «Це кість від костей моїх і плоть від плоті моєї; вона буде називатися жінкою, бо взята від чоловіка». Покине тому чоловік свого батька і матір свою, тай пристане до жінки своєї, – і стануть вони одним тілом» (Буття 2:18-24). Поруч із цим у правовій традиції християн можна виділити три основні точки зору на сутність шлюбу. Перша точка зору яскраво простежується у працях Іоанна Златоуста і визначає шлюб як Божий дар, метою якого є народження дітей, створення великої родини, що є священним обов'язком подружжя. Згідно з другим підходом, шлюб – це «необхідне зло», яке слід використовувати, щоб врятувати себе від любовних пристрастей. Третя точка зору зволиться до того, що необхідно повністю відмовитися від шлюбу на користь цнотливості та незайманості [3, с. 35-36].

Шлюбу у християнстві, аналогічно з нормами шариату, має передувати взаємна згода на нього. Форма згоди могла бути різноманітною – усною, письмовою (шляхом укладання договору), вираженою дією – перехід нареченої у дім нарече-

ного. Передували шлюбу заручини, в ході яких батьки або опікуни молодят домовлялись про матеріальне забезпечення родини, визначали розмір приданого (матеріальні цінності та кошти які отримувала наречена від своєї родини та приносила в будинок чоловіка). Заручена дівчина в деяких відносинах прирівнювалась за статусом до дружини. Обов'язковою умовою вступу в шлюб та визнання його дійсним було повідомлення церковній громаді про намір укласти шлюб. Після повідомлення церкви та заручин проходила спільна Євхаристія (спільне причастя молодят) і тоді шлюб вважався укладеним [8, с. 259-260]. Згодом спільна Євхаристія отримала форму вінчання – таїнства церковного освячення шлюбу. Під час здійснення обряду зачитуються псалми, що прославляють Господа, ім'ям яких здійснюється шлюб. Процедура вінчання дещо відрізняється у православній та католицькій традиціях. При здійсненні православного вінчання найактивнішу роль виконує священик, який читає молитви, вінчає та одягає обручки. Головними діючими особами під час здійснення шлюбу в католицизмі є самі молодята. У православ'ї здійсненим вважається шлюб після закінчення обряду вінчання, у католицизмі – після того як «подружжя стало однією плоттю» [5].

Виходячи із зазначеного, суттєві відмінності можна виділити у самому підході до сутності шлюбу, але, поряд із цим, процедура його укладення має чимало спільних положень: наявність згоди молодих, присутність свідків та представників нареченого і нареченої, читання спеціальної формули, що виражає згоду на шлюб і обітницю перед Аллахом для ісламу та читання псалмів у християнстві як ознака Божого благословення та прийняття обітниці нареченими один перед одним та перед лицем Господа.

Як норми шаріату, так і норми канонічного права визначають широкий перелік умов, яких необхідно дотримуватися при укладенні шлюбу.

В ісламській традиції першочерговою умовою є, як зазначалося вище, згода наречених, а також згода батьків або опікунів. При цьому, наречена, погоджуючись на шлюб, повинна або дати мовчазну згоду, або посміхнутися у відповідь. Однак шаріат містить також і норми, що вказують на можливість укладення шлюбного договору і без згоди молодят (таку згоду зазвичай отримують після укладення шлюбу): про шлюб домовляються батьки наречених, потім вмовляють дітей погодитись на нього. У тому разі, коли один з наречених не погодився на укладення шлюбу і його до цього примусили, то обов'язковою вимогою стає повторне проголошення шлюбної формули молодятами, як підтвердження добровільності. Повнолітня незаймана дівчина, щоб уберегтись від можливих помилок при укладенні шлюбу, має отримати згоду на одруження батька або діда по батьку, згода матері та братів не є обов'язковою. Батько та дід мають право також одружити свої неповнолітніх або божевільних дітей та онуків. Коли вони досягнуть повноліття або одужають, то мають право на розлучення, якщо виявлять злі помисли або махінацію [1, с. 107–108].

У мусульманській правовій традиції необхідним є дотримання також таких умов: 1) Для жінки, яка укладає шлюб вперше – моральна чистота (керамет-л-асл) та дівоча цнотливість (бікр); 2) жінка, яка вступає у шлюб, не може бути заручена з іншим чоловіком; 3) виконання обрядів ісламу для жінки, яка вступає у шлюб; 4) визначення розміру шлюбної плати – махру, який виплачується нареченим; 5) рівність станів батьків наречених [9, с. 48].

Згода наречених на шлюб та свобода вибору є, аналогічно ісламській правовій традиції, першочерговою умовою істинності християнського шлюбу. Підтвердженням цього виступають наступні канони: шлюб, що укладений проти волі жінки вважається недійсним, а чоловік, що винен у цьому, підлягає відлученню від церкви так само відлучають від церкви і жінку, яка поступилася вимогам чоловіка і уклала шлюб про-



ти своєї волі [4, с. 19]. Необхідною є і згода батьків наречених. Підтвердженням цього є 38-ме правило святителя Василя Великого: «Отроковицы, без соизволения отца посягшия, блудодействуют. Но примирением с родителями дело сие мнится имети врачевание. Впрочем оне не тотчас допускаются к приобщению, но запрещаются на три лета» [8, с. 267].

Шлюбний вік в шариаті для чоловіків становить 15 років, а для жінок – 9 [9, с. 48]. В канонічному праві не визначено єдиного вікового порогу. У «Екклосі» імператорів Лева Ісавряна та Костянтина Копроніма шлюбний вік для чоловіків становив 15 років, для жінок – 13, а у «Прохіроні» Василя Македонянина – відповідно 12 і 14 років. Недосягнення шлюбного віку є абсолютною перешкодою для укладення шлюбу [8, с. 266].

Мусульманський шлюб побудовано на принципі полігамії. Чоловіку дозволяється одночасно укласти шлюб не більш, ніж з чотирма дружинами, а жінці дозволено мати лише одного чоловіка. При цьому широко захищаються права жінки, визначаючи певні обов'язки, яких має дотримуватися чоловік по відношенню до дружини: «Якщо ви боїтеся, що не будете справедливі до сиріт, то одружуйтеся на інших жінках, які подобаються вам: на двох, трьох, чотирьох. Якщо ж ви боїтеся, що не будете однаково справедливими до них, то задовольняйтеся однією або невірлицями, якими оволоділи ваші десниці. Це ближче до того, аби уникнути несправедливості (або бідності)» [2]. Окрім цього шариат визначає рівність кожної із дружин: «Дружина, взята раніше і дружина, взята пізніше, рівні між собою у розподіленні між ними шлюбного співіснування, тому, що кісм (припис закону) є шлюбним правом кожної жінки» [9, ст. 49]. На відміну від ісламу, у християнській традиції діє принцип моногамії – одношлюбності. Даний принцип оснований на вічному коханні чоловіка і дружини, як певний ідеальному образі. При цьому кохання сприймається як «дар Божий», а перелюбство (подружня зрада) одного з подружжя є підставою для розлучення без

можливості повторного укладення шлюбу для винуватої сторони [4, с. 5–6].

Аналізуючи перешкоди до укладення шлюбу, можна помітити, що їх підґрунтям і в ісламі, і в християнстві є як кровні родинні зв'язки, так і зв'язки свояцтва між нареченими. В ісламі заборонено укласти шлюб із годувальницею як зі своєю так і з годувальницею когось із родини, що можна пояснити через виникнення особливого, в деякій мірі, духовного зв'язку між такими людьми, оскільки годувальниця стає другою матір'ю для дитини (молочною матір'ю). В християнстві заборонений шлюб при наявності духовного рідства, що виникає при таїнстві хрещення. Таким чином, можна провести паралель між цими двома нормами. Ще однією спільною рисою є заборона на укладення шлюбу із тричі розлученими жінками. Через цю норму можна зробити висновок про негативне ставлення до розірвань шлюбу як в ісламі, так і в християнстві.

Розлучення (талак) або розірвання шлюбу є формами припинення шлюбу в ісламському праві. Підставами для розірвання шлюбу є фізичні та психічні недоліки, що виокремлюються окремо для жінок та чоловіків. Пороки та недоліки, які може мати жінка наступні: божевілья; сліпота; проказа; безсилля; розслабленість; афза (суміщення анального або сечового каналів з менструальним); така будова статевих органів жінки, яка робить неможливими статеві відносини.

Причинами з яких жінка може заявити про розлучення якщо їй стане відомо про те, що її чоловік божевільний, страждає чоловічим безсиллям, якщо він кастрований, якщо чоловік має хворобу, що робить неможливою статеву близькість [1, ст. 108].

Розлучення в ісламському праві має декілька видів і може здійснюватися усно чи письмово. Так видами розлучень є:

1. Талак-сірах – проголошення однозначного і точного висловлювання чоловіка про розірвання шлюбу, наприклад, «Ти розлучена». Наслідком цього є тимчасове розлу-

чення (талак-раджа), тобто чоловік має законне право повернути собі дружину до закінчення терміну її іддату.

2. Талак-кінаят – не проголошує чіткої формули розлучення, а згадує що-небудь під чим розуміється розлучення: «Ти відлучена!», «З'єднайся зі своїм родом!», «Ти вільна!» «Будь чиста!» і т.д. наслідки цього аналогічні до наслідків талак-сірах.  
Обов'язковою умовою у зазначених випадках є дотримання іддату – термін протягом якого жінка після розлучення чи смерті чоловіка не може повторно вийти заміж. Цей термін різний і коливається від 3 місяців до 4 місяців і 10 днів.
3. Талак-зіхар – при такому розлученні чоловік вказує жінці на те, що вона стала для нього як мати, сестра, тобто чоловік порівнює дружину із родичкою, яка знаходиться у недоступному для шлюбу зв'язку. Встановлюється після проголошення формули «Ти для мене, як спина моєї матері!». Після цього жінка стає забороненою для чоловіка в статевих стосунках та інших подружніх діях.
4. Талак-леан – у такому випадку чоловік звинувачує дружину у невірності, але не може цього довести, а дружина звинувачує чоловіка у наклепі та обмані. Таке розлучення називають розлученням взаємних проклять.
5. Талак-хул'а – розлучення, що відбувається за ініціативою жінки. При цьому дружина має виплатити чоловікові компенсацію – івад, а також повернути виплачений махр.
6. Різновидом хул'а є мубарат – розлучення за яким чоловік звільняє дружину від грошових зобов'язань.
7. Талак-йла – чоловік виголошує клятву, що він не матиме статевих стосунків із дружиною або не матиме цих стосунків протягом 4 місяців. Вважається остаточним розлучення після спливу 4 місяців за умови дотримання клятви. Ліквідується йла усною заявою або статевими стосунками.
8. Талак-фасх – розлучення, що ініціюється дружиною, коли чоловік не виконує будь-яких умов шлюбу [9, с. 52–54].

Ставлення до розлучень у християнстві безперечно є досить негативним. Виходячи з того, що укладення шлюбу є священним таїнством, божою благодаттю, то його розірвання розглядається церквою як гріховне дійство, порушення Божої волі. Попри це, можна зазначити три основні підстави

для припинення шлюбу: смерть одного із подружжя, скасування недійсного шлюбу та розлучення, що було можливим лише у випадку подружньої зради.

Католицька церква дотримується позиції, що укладений шлюб не може розірвати жодна людська влада. Католицький церковний суд може здійснити лише відміну шлюбу, однак відміна є не розлученням, а посвідченням того, що шлюб ніколи і не було. Що ж стосується цивільного розлучення, то воно «не руйнує священних уз» [5]. Дещо іншої позиції дотримується православна Церква. Безперечно розлучення засуджується як гріх, однак за об'єктивних причин, є допустимим, а іноді навіть необхідним.

Як зазначалося вище, підставою для розірвання шлюбу є прелюбодіяння, тобто зрада одного із подружжя, а також діяння, що прирівнюються до прелюбодіяння або смерті (наприклад, до смерті прирівнювались випадки безвісної відсутності одного з подружжя 5 років (для військових – 10), а до зради – ті випадки, коли дружина «ночувала на стороні (не в домі своїх батьків)». Підстави для розлучення були узаконені у 117-й новелі Юстиніана, норми якої були покладені в основу «Номоканону».

Підстави для розлучення поділяються на дві групи:

1. Ті, що пов'язані із заборонаю на укладення повторного шлюбу для винуватої сторони (розлучення *cum damno*). До таких підстав відносять: 1) замах на царя, злий умисел проти нього, неповідомлення про такий; 2) замах на одного з подружжя на життя іншого, не попередження про злий умисел проти нього; 3) прелюбодіяння; 4) знищення утробного плоду; 5) не хрещення дитини.
2. Ті, що не пов'язані з виною подружжя (розлучення *sine damno*), до яких належать: 1) нездатність до подружнього співжиття, що була набута до укладення шлюбу (розлучитися за цією підставою дружина могла через 2 роки після укладення шлюбу. Безпліддя дружини не підпадало під дану норму і не визнавалося підставою для розірвання шлюбу); 2) безвісна відсутність одного з подружжя; 3) постриження у монахи одного з подружжя за згоди іншого; 4) обрання чоловіка єпископом [8, с. 278–280].

Як бачимо, і в шаріаті, і в канонічному праві, умовами для розірвання шлюбу є фізичні та психічні вади подружжя, які, в першу чергу, пов'язуються із здатністю до продовження роду. Поряд із цим в нормах ісламського права, на відміну від канонічного, не визначено чіткий перелік підстав для розлучення. Про такі підстави можна зробити висновок аналізуючи форму розлучення: перелюбство дружини, «взаємні прокльони», відсутність почуттів. Також очевидним є те, що чоловік за нормами шаріату має набагато більше способів, щоб розірвати шлюб.

Інститут шлюбу в шаріаті та в канонічному праві має чимало спільних рис: спеціальна процедура укладення, використання інституту свідків та представників молодят, визначення підстав, що перешкоджають вступу в шлюб, де основний акцент зроблено на наявність сімейних зв'язків, встановлення шлюбного віку, і хоча віковий поріг є різним, сама його наявність засвідчує піклування про цілісний розвиток дитини. Чимала увага у досліджуваних правових системах приділена підставам розірвання шлюбу. Їх аналіз дозволяє зробити висновки про те, що суттю та призначенням шлюбу і сім'ї є продовження роду та виховання дітей.

Однак можна виділити і ті положення, що суттєво різняться норми якими врегульований інститут шлюбу в досліджуваних системах. По-перше, шлюб в ісламі сприймається як договір задля продовження роду, а в християнстві – як таїнство, священне поєднання двох людей. Ще однією суттєвою відмінністю є дотримання принципу моногамії в християнстві, на відміну від полігамії в ісламі. Дещо різниться також підхід до природи розлучення і надання чоловікам в шаріаті більшої кількості можливостей для розірвання шлюбу.

### **Література:**

1. Керимов Г. М. Шариат: Закон жизни мусульман. Ответы Шариата на проблемы современности. — спб.: «Издательство «ДИЛЯ», 2009. — 512 с.

2. Комленко О. В. Сімейні відносини та проблема моралі в соціально-правовій доктрині ісламу [Електронний ресурс]. – Гілея: науковий вісник. – 2013. – №. 76. – Режим доступу: File:///D:/downloads/gileya\_2013\_76\_64.pdf
3. Королёв М. Г. Брак и семья в свете христианского учения [Електронний ресурс]. – Научно-методический и теоретический журнал. – 2010. – Режим доступу: file:///D:/downloads/sociosphera\_2010\_n3\_Korolev.pdf
4. Мейендорф И. Брак в православии [Електронний ресурс]. – М.: «Путь». – 2001. – Режим доступу: Http://sobor.sumy.ua/assets/files/mejendorf-ioann-protopresviter.-brak-v-pravoslavii.pdf
5. Недзельська Ю. К. Таїнства в православ'ї та католицизмі: спільні та відмінні риси [Електронний ресурс]. – 2011. – Режим доступу: Http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/45673/2011\_59\_15.pdf?Sequence=1
6. Розя Ю. Ю. Релігія як чинник демографічної поведінки в різних етно-соціальних середовищах [Електронний ресурс]. – Соціальні технології: актуальні проблеми теорії та практики. – 2013. – № 57. – Режим доступу: file:///D:/downloads/stapttp\_2013\_57\_20.pdf
7. Синеокий О. Нормативізація статевих стосунків за ісламським доктринальним тлумаченням [Електронний ресурс]. – Антропология права: філософський та юридичний виміри. – Львів «Край». – 2009 р. – Режим доступу: Http://nbuviar.gov.ua/images/justice/Ap/04.pdf#page=135
8. Цыпин В. А. Церковное право [Электронный ресурс]. – Режим доступу: [http://fbrpi.itkm.ru/books/Kanon\\_pravo/%D6%FB%EF%E8%ED.%20%D6%E5%F0%EA%E2%ED%E2%EE%E5%20%EF%F0%E0%E2%EE.pdf](http://fbrpi.itkm.ru/books/Kanon_pravo/%D6%FB%EF%E8%ED.%20%D6%E5%F0%EA%E2%ED%E2%EE%E5%20%EF%F0%E0%E2%EE.pdf)
9. Шамсутдинова-Лебедюк Т. Н. Соціально-правова та етична природа мусульманської сім'ї [Електронний ресурс]. – Режим доступу: Dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/39231/2005\_33\_6.pdf?Sequence=1

*ТАРГОНЯ Ірина*

## **ЮРИДИЧНИЙ ПРЕЦЕДЕНТ У РОМАНО-ГЕРМАНСЬКОМУ ТА АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКОМУ ПРАВІ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ**

Вивчення юридичного прецеденту у вітчизняній та зарубіжній юридичній науці здійснюється доволі тривалий час, і йому приділяється велика увага правознавцями, але й сьогодні між ними виникають суперечки стосовно правової природи та місця прецеденту в системі джерел права. Зокрема,

дослідженнями судового прецеденту займалися такі вчені як Н. Гураленко, Р. Давид, Р. Кросс, Л. Луць, М. Марченко, О. Петришин, І. Погрібний та інші.

У двох сучасних правових сім'ях, англо-американській та романо-германській, судовий прецедент розглядається, відповідно, як основне та факультативне джерело права. Підґрунтям різної сутності прецеденту є історичні процеси формування самих правових сімей та їх національні особливості.

В сім'ї загального права судовий прецедент займає центральне місце серед джерел права, навіть не буде перебільшенням твердження, що тут уся правова система заснована на прецеденті. В Англії, таке відношення до прецеденту склалося в результаті наявності специфічної системи судів та їх повноважень. Адже дві основні підсистеми права Англії були сформовані через діяльність судів: загальне право було сформоване Вестмінстерськими судами, які з метою укріплення королівської влади та ефективного врегулювання суспільних відносин займалися правотворчістю, а право справедливості – судом Лорда-канцлера, який своєю діяльністю заповнював прогалини загального права. Становлення сучасного прецедентного права пов'язується з двома подіями у англійському правовому житті: 1) утворення у 1865 р. спеціальної Ради і Правового товариства, до обов'язків яких входила публікація рішень вищих судових інстанцій за умови обов'язкового професійного контролю кожного випуску; 2) створення на підставі законів про судоустрій 1873–1875 рр. єдиної централізованої системи судів, яка сприяла функціонуванню системи прецедентного права [6, с. 151].

Особливістю судового прецеденту у сім'ї загального права є те, що він ґрунтується на принципі *stare decisis* – «стояти на вирішеному», а також правилами його застосування. Суддя, вирішуючи справу, повинен обов'язково керуватися рішенням суду, яке було прийняте раніше у схожій справі. Таке правило що є зразком (становить собою прецедент), якого

повинен дотримуватись суддя, сформоване лише у частині рішення, яка називається *ratio decidendi*. Друга ж частина рішення – *obiter dictum* – лише зауваження, які не стосуються предмету справи і не є обов'язковими для дотримання суддею. Точніше, як стверджує Р. Кросс, тій частині рішення, яка є *dictum*, теж завжди слідує і дотримуються її, але вона має силу прецеденту лише переконливої дії, і не може бути й мови про те, щоб суддя був зобов'язаний слідувати їй. Однак коли *ratio decidendi* раніше прийнятого рішення є хоча б просто переконуючим прецедентом, суддя повинен приймати його до уваги в справі, яка вирішується пізніше, якщо тільки не відшукає цілком переконливих підстав, щоб не робити цього [3, с. 57].

Також обов'язковість застосування судового прецеденту в англо-американській правовій сім'ї залежить від ієрархії судової системи. Так, в Англії, як зазначав Р. Давид, правило прецеденту розкривається доктриною наступними трьома досить простими положеннями: 1) прецедентні рішення, винесені Палатою лордів, є обов'язковими для всіх судів; 2) рішення, винесені Апеляційним судом – обов'язкові для всіх судів нижчих ланок і для самого цього суду; 3) рішення, винесені Високим судом – обов'язкові для судів нижчих ланок і, не будучи строго обов'язковими, мають досить велике значення і переважно використовуються як керівні різними відділеннями Високого суду і Суду Корони [2, с. 257].

Щодо романо-германської правової сім'ї, то історично склалося так що воно було сформоване на основі звичаїв та традицій західноєвропейських країн, а також завдяки діяльності університетів, які досліджували і сприяли його формалізації та підвищенню абстрактності, що ніколи не було притаманним сім'ї загального права. У подальшому це дало змогу здійснити кодифікацію накопиченого законодавства та перетворити закон на основне джерело права. Суди ж континентальної правової сім'ї, на відміну від судів сім'ї загально-



го права, не займалися правотворчістю, а керувалися установленим законом при вирішенні справ, тобто не були наділені правотворчою функцією. Тому, в силу історичних аспектів, судовий прецедент в цій правовій сім'ї розглядається як вторинне джерело права та, як зазначає М. Марченко, говорячи про особливості судових прецедентів як вторинних джерел права, необхідно погодитися з думкою, що вони «можуть мати певну юридичну вагу лише тоді, коли первинні джерела повністю відсутні або ж коли вони не повні або не ясні» [5, с. 151]. Отже, для прийняття судових рішень, наявності лише прецедентних джерел замало, та й використання їх при цьому зовсім не є необхідним або обов'язковим.

У романо-германській правовій сім'ї юридична значущість прецедентної норми встановлюється низкою окремих однакових рішень при розгляді схожих за своїм предметом питань, на відміну від сім'ї загального права, в якій достатньо лише одного рішення для встановлення прецеденту. І навіть якщо існує прецедент, стосовно вирішення певної справи, суддя не зобов'язаний його дотримуватися, він керується виключно законом і своїми внутрішніми переконаннями, які побудовані на об'єктивному дослідженні індивідуальних обставин справи.

Проте не варто недооцінювати роль судового прецеденту в системі джерел континентального права. Оскільки суспільство постійно розвивається, з'являються все нові і нові відносини, внаслідок чого може виникати неповнота законодавства чи прогалини, а прецедент дає можливість виправити це, дозволяє забезпечити принцип справедливості та рівності всіх перед законом та судом, оперативного та ефективно вирішувати справи, що підвищує довіру до правосуддя.

Специфічною рисою судового прецеденту континентальної сім'ї є те, що на юридичному рівні його статус та роль серед джерел права не закріплено. М. Марченко називає це подвійним характером, а точніше – його подвійне становище

серед джерел права, що полягає, з одного боку, в його офіційному, формально-юридичному невизнанні як джерела права, а з іншого – в його фактичному використанні як такого і отже – визнання його реального існування [5, с. 151].

Україна належить до континентальної правової сім'ї, отже джерелом права визнаються закони та підзаконні нормативно-правові акти. Судовий прецедент традиційно мав лише рекомендаційний характер, але останніми роками ситуація докорінно змінилася: по-перше, прецедентні властивості мають окремі рішення Верховного Суду України щодо забезпечення однакового застосування законодавства судами; по-друге, ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини» від 23 лютого 2006 року, зазначає, що суди України застосовують при розгляді справ Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод, ратифіковану Україною, та практику Європейського Суду з прав людини як джерело права [1].

Слід погодитися з Л. Луць, яка стверджує, що аналізуючи рішення судів, які мають чи можуть мати прецедентний характер, необхідно зазначити, що в Україні існує потреба у судових прецедентах як джерелах права [4, с. 13]. Неякісна система нормативно-правових актів (з прогалинами, дублюваннями, колізіями тощо) та необхідність збереження сутності судової гілки влади, яка покликана не тільки забезпечити розгляд справ по справедливості, захист інтересів особи, а й створити цілісну, ефективну судову систему та відповідний механізм захисту спричиняють потребу і у створенні судових прецедентів та визнанні правотворчих функцій Верховного Суду України.

### **Література:**

1. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини Закон України від 23.02.2006 № 3477- IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3477-15>

2. Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози ; пер. с фр. В. А. Туманова. – М. : Междунар. отношения, 1998. – 400 с.
3. Кросс Р. Прецедент в английском праве / Р. Кросс; под общ. ред. д.ю.н., проф. Ф.М. Решетникова. – М. : Юрид. лит., 1985. – 239 с.
4. Луць Л. А. Перспективи становлення судового прецеденту як джерела права України / Л.А. Луць // Вісник Центру суддівських студій. – 2006. – №6 – С. 9–15
5. Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судебское право / М. Н. Марченко. – М.: Проспект, 2011. – 512 с.
6. Петришин О. В. Порівняльне правознавство : підручник / С. П. Погребняк, Д. В. Лук'янов, І. О. Биля-Сабадаш та ін.; за заг. ред. О. В. Петришина. – Х.: Право, 2012. – 272 с.

---

## НАШІ АВТОРИ

**Антонюк Олена Ігорівна** – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права і процесу Донецького національного університету.

**Багрицевич Євгенія Анатоліївна** – аспірантка II-го року навчання юридичного факультету Донецького національного університету.

*Науковий керівник:* **Коваль Ірина Федорівна** – доктор юридичних наук, доцент, в. о. завідувача кафедри цивільного права і процесу Донецького національного університету.

**Бедрій Мар'ян Миронович** – кандидат юридичних наук, асистент кафедри основ права України Львівського національного університету імені Івана Франка.

**Брижак Тетяна Вікторівна** – студентка 4-го курсу спеціалізації «Прокуратура та слідство» Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія».

*Науковий керівник:* **Оборотов Ігор Гариславович** – кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія».

**Вечерова Євгенія Миколаївна** – кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія».

**Данильченко Олена Валентинівна** – старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія».

**Достдар Руслана Миколаївна** – кандидат юридичних наук, доцент, директор Миколаївського юридичного коледжу Національного університету «Одеська юридична академія», доцент кафедри цивільно-правових Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія».

**Зеркаль Микола Миколайович** – доктор історичних наук, професор кафедри історіографії, джерелознавства та спеціальних історичних дисциплін Навчально-наукового інституту історії політології та права Миколаївського національного університету імені В. О. Сухомлинського.

---

**Каплій Олена Володимирівна** – кандидат юридичних наук, старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія», Голова Координаційної ради молодих юристів при Головному територіальному управлінні юстиції у Миколаївській області.

**Качур Анна Володимирівна** – здобувач Донецького національного університету, приватний нотаріус

*Науковий керівник: Коваль Ірина Федорівна* – доктор юридичних наук, доцент, в. о. завідувача кафедри цивільного права і процесу Донецького національного університету.

**Каширська Дар'я Ігорівна** – студентка 4-го курсу спеціалізації «Прокуратура та слідство» Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія»

*Науковий керівник: Оборотов Ігор Гариславович* – кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія».

**Кириченко Александр Анатольевич** – доктор юридических наук, професор, професор кафедри правоведения Института истории, политологии и права Николаевского национального университета имени В. А. Сухомлинского.

**Кметик Христина Володимирівна** – кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права і процесу Юридичного інституту Національного авіаційного університету.

**Коваль Ірина Федорівна** – доктор юридичних наук, доцент, в. о. завідувача кафедри цивільного права і процесу Донецького національного університету.

**Козаченко Олександр Васильович** – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри кримінально-правових дисциплін Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія».

**Кузьменко Любов Григорівна** – кандидат економічних наук, доцент, заслужений економіст України, старший науковий співробітник Центру комплексних досліджень з питань антимонопольної політики Антимонопольного комітету України.

**Лагутіна Ірина Вікторівна** – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри трудового права та права соціального забезпечення Національного університету «Одеська юридична академія».

---

**Лазарева Наталя Михайлівна** – викладач кафедри цивільно-правових дисциплін Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія».

**Лазько Олексій Миколайович** – кандидат юридичних наук, доцент кафедри правових відносин Університету новітніх технологій.

**Лебединская Валерия Петровна** – доктор юридических наук, професор, декан факультета «Економики, менеджмента и права» НОУ ВПО «Ессентукский институт управления, бизнеса и права», г. Ессентуки, Россия.

**Медвідь Анна Олександрівна** – аспірант кафедри трудового права та права соціального забезпечення Національного університету «Одеська юридична академія»

*Науковий керівник:* **Чанишева Галина Іванівна** – доктор юридичних наук, професор, декан соціально-правового факультету, завідувач кафедри трудового права та права соціального забезпечення Національного університету «Одеська юридична академія», член-кореспондент Академії правових наук України.

**Мельниченко Богдана Богданівна** – кандидат юридичних наук, доцент, професор кафедри права Львівський інститут Міжрегіональної Академії управління персоналом.

**Минькович-Слободяник Олена Василівна** – кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільно-правових дисциплін Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія».

**Музика Ольга Богданівна** – студентка 4-го курсу спеціалізації «Прокуратура та слідство» Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія»

*Науковий керівник:* **Оборотов Ігор Гариславович** – кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія».

**Нахова Елена Александровна** – кандидат юридических наук, доцент кафедри підприємницького права Северо-Западного (г. Санкт-Петербург) филиала ФГБОУ ВПО «Российская правовая академия Министерства юстиции Российской Федерации».

**Оборотов Ігор Гариславович** – кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія».

---

**Обручков Роман Іванович** – старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія».

**Остапенко Тимур Олександрович** – кандидат юридичних наук, доцент кафедри історії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія».

**П'яненко Яніна** – студентка 4-го курсу спеціалізації «Цивільна та господарська юстиція» Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія»

*Науковий керівник: Дотдар Руслана Миколаївна* – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільно-правових Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія».

**Палюк Василь Павлович** – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільно-правових дисциплін Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія», заслужений юрист України, суддя апеляційного суду у відставці.

**Прижбило Олександр Віталійович** – студент 5-го курсу 1-го потоку 4-ї групи Інституту прокуратури та слідства Національного університету «Одеська юридична академія»

*Науковий керівник: Вечерова Євгенія Миколаївна* – кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія».

**Пушкар Ганна Михайлівна** – викладач кафедри кримінально-правових дисциплін Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія».

**Росинець Влада** – студентка 2-го курсу спеціалізації «Цивільна та господарська юстиція» Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія»

*Науковий керівник: Каплій Олена Володимирівна* – кандидат юридичних наук, старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія».

**Салій Ірина Вікторівна** – студентка 4-го курсу спеціалізації «Прокуратура та слідство» Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія»

*Науковий керівник: Оборотов Ігор Гариславович* – кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія».

---

**Сімова Ірина Олексіївна** – студентка 4-го курсу спеціалізації «Прокуратура та слідство» Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія»

*Науковий керівник: **Оборотов Ігор Гариславович*** – кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія».

**Стаханова Анна Андріївна** – адміністративний помічник/перекладач Голови Місії Європейського Союзу з прикордонної допомоги Молдові та Україні (Місія EUBAM)

*Науковий керівник: **Мануїлова Катерина Вікторівна*** – кандидат юридичних наук, старший викладач кафедри міжнародного права та міжнародних відносин Національного університету «Одеська юридична академія».

**Тамилко Олександр Анатолійович** – студент 5-го курсу 2-го потоку 2-ї групи Інституту прокуратури та слідства Національного університету «Одеська юридична академія»

*Науковий керівник: **Вечерова Євгенія Миколаївна*** – кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія».

**Таргоня Ірина Михайлівна** – студентка 4-го курсу спеціалізації «Прокуратура та слідство» Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія»

*Науковий керівник: **Оборотов Ігор Гариславович*** – кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія».

**Ткаля Олена Вікторівна** – кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінально-правових дисциплін Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія».

**Фасій Богдан Володимирович** – аспірант кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія».

**Хряпінський Петро Васильович** – доктор юридичних наук, професор, професор кафедри кримінального права та кримінології Юридичного факультету Державного вищого навчального закладу «Національний гірничий університет».

**Чанишева Аліна Рашидівна** – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія».



---

**Чанишева Галина Іванівна** – доктор юридичних наук, професор, декан соціально-правового факультету, завідувач кафедри трудового права та права соціального забезпечення Національного університету «Одеська юридична академія», член-кореспондент Академії правових наук України.

**Шапірко Петро Михайлович** – директор Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінально-правових дисциплін, заслужений юрист України.

**Шевченко Катерина** – студентка 2-го курсу спеціалізації «Цивільна та господарська юстиція» Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія»

*Науковий керівник:* **Каплій Олена Володимирівна** – кандидат юридичних наук, старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія».

**Шишка Роман Богданович** – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри господарського права і процесу Національного авіаційного університету, академік Академії наук вищої школи України.

**Эннан Руслан Евгеньевич** – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедри права інтелектуальної собственности и корпоративного права Национального университета «Одесская юридическая академия».

---

# ЗМІСТ

**ПЕРЕДНЄ СЛОВО ..... 3**

## РОЗДІЛ І

### **Теоретико-методологічні орієнтири приватноправових досліджень в епоху постмодерну**

***Зеркаль Микола***

Люстраційне законодавство: порівняльний аналіз зарубіжного досвіду для України ..... 5

***Кириченко Александр***

Истинная природа де-факто имущественно-договорной (гражданской) отрасли права и судопроизводства по новой доктрине классификации юридических наук..... 11

***Козаченко Александр***

Культуро-антропологічна концепція визначення мети здійснення кримінально-правового впливу..... 17

***Лебединская Валерия***

О некоторых проблемах демографии в России и путях их решения ..... 24

***Бедрій Мар'ян***

Приватно-правові звичаї Стародавнього Єгипту..... 29

***Ємельянова Людмила***

Порука у римському зобов'язальному праві – угода боржника з третьою особою ..... 34

***Кузьменко Любов***

Особливості міжнародної системи правових відносин при регулюванні діяльності аеропортів ..... 39

***Мельниченко Богдана***

Методологічна основа дослідження демократичних змін у Центрально-Східній Європі ..... 46

***Оборотов Ігор***

Етнофілетичні відголоски «Руського міру» ..... 52

|  |   |    |
|--|---|----|
| <b>Паліюк Василь</b>                   | Відсутність єдності судової практики в державі<br>суперечить принципу правової визначеності ..... | 60 |
| <b>Шапірко Петро</b>                   | Методологічна складова науки<br>оперативно-розшукової діяльності .....                            | 67 |
| <b>Каширська Дар'я</b>                 | Ювенальна юстиція як фактор підвищення<br>правосвідомості неповнолітніх.....                      | 72 |
| <b>Сімова Ірина</b>                    | Модельне законодавство .....  | 77 |
| <b>Шевченко Катерина, Каплій Олена</b> | Інститут народної законодавчої ініціативи<br>як необхідна форма прямої демократії в Україні.....  | 82 |

## РОЗДІЛ II

### Модернізація сучасного приватного права в Україні

|                           |   |     |
|---------------------------|---|-----|
| <b>Шишка Роман</b>        | Врегулювання господарських правовідносин.....   | 91  |
| <b>Коваль Ірина</b>       | Щодо нормативної визначеності способів<br>захисту прав інтелектуальної власності.....                                 | 97  |
| <b>Антонюк Олена</b>      | Особливості захисту прав та інтересів<br>у разі переробки незаконно набутої речі .....                                | 106 |
| <b>Лагутіна Ірина</b>     | Розвиток теорії особистих немайнових<br>прав у трудовому праві .....  | 112 |
| <b>Лазько Олексій</b>     | Теорія доказування в цивільному процесі України .....   | 117 |
| <b>Остапенко Тимур</b>    | Нормы основ гражданского судопроизводства<br>Союза ССР и союзных республик и ГПК о защите<br>интересов ответчика..... | 122 |
| <b>Чанишева Аліна</b>     | До проблеми структури змісту<br>зобов'язальних відносин.....  | 127 |
| <b>Данильченко Олена</b>  | Цивільно-правові заходи захисту права власності.....  | 132 |
| <b>Багрицевич Євгенія</b> | Щодо поняття суб'єктів інноваційної діяльності .....  | 137 |

---

**Медвідь Анна**

Поняття реінтеграції бездомних осіб та  
безпритульних дітей за законодавством України..... 141

**П'яненко Яніна**

Правова сутність шлюбного договору в Україні ..... 146

**Р О З Д І Л І І І**

**Поєднання приватних та публічних засад  
в правовому регулюванні**

**Хряпінський Петро**

Дихотомія публічного і приватного у кримінально-  
правовому регулюванні суспільних відносин ..... 153

**Каплій Олена**

Деякі питання правовідносин ЗМІ  
з їхніми власниками в контексті впливу  
останніми на інформаційну політику ЗМІ..... 160

**Минькович-Слободяник Олена**

Вплив ЗМІ на формування правової  
та політичної культур в Україні..... 170

**Нахова Елена**

Поняття стандарту громадянського процесуального  
і арбитражного процесуального доказування  
в цивилистическом судопроизводстве РФ ..... 178

**Вечерова Єсенія, Прижбило Олександр**

Окремі новели кримінального законодавства  
України крізь призму приватних засад  
в правовому регулюванні ..... 181

**Ткаля Олена**

Проблеми поняття  
адміністративно-правових заходів ..... 187

**Вечерова Євгенія, Тамилко Олександр**

Окремі заохочувальні норми у КК України  
щодо неповнолітніх: сутність, проблеми  
та перспективи вдосконалення..... 192

**Обручков Роман**

Організаційно-правові форми соціального  
забезпечення: загальні питання..... 197

**Лазарєва Наталя**

Оподаткування доходів фізичних осіб:  
новації 2015 року..... 204

**Пушкар Ганна**

Мета примусового лікування від наркоманії  
як іншого кримінально-правового заходу ..... 207

---

**Качур Анна**

Щодо похідних підстав виникнення майнових прав  
інтелектуальної власності у сфері господарювання ..... 211

**Фасій Богдан**

Субсидіарне застосування норм цивільного  
законодавства до податкових відносин ..... 215

**Росинець Влада, Каплій Олена**

Загальні збори громадян, місцеві ініціативи,  
громадські слухання: проблеми реалізації  
на прикладі м. Миколаєва ..... 222

## РОЗДІЛ IV

### Компаративні аспекти приватноправових досліджень

**Чанишева Галина**

Стандарти ЄС у сфері охорони материнства  
та законодавством України ..... 229

**Достдар Руслана**

Історичні передумови опіки та піклування  
в сучасному праві ..... 232

**Эннан Руслан**

Международно-правовая охрана объектов  
авторских и смежных прав в сети Интернет  
в условиях информационного общества ..... 238

**Кметик Христина**

Споживач як категорія права Європейського Союзу ..... 246

**Стаханова Анна**

Спроби Європейського Союзу уніфікувати  
приватне право ..... 251

**Брижак Тетяни**

Правовий статус жінки у релігійних правових  
системах: компаративний аналіз ..... 257

**Музика Ольга**

Концепція прав і свобод людини  
в канонічному праві ..... 262

**Салій Ірина**

Компаративістичний аналіз інституту шлюбу  
у канонічному та ісламському праві ..... 269

**Таргоня Ірина**

Юридичний прецедент у романо-германському  
та англо-американському праві:  
порівняльно-правовий аналіз ..... 278

**НАШІ АВТОРИ** ..... 284



*Наукове видання*

**ПРИВАТНЕ ПРАВО  
В УМОВАХ ГЛОБАЛІЗАЦІЇ:  
КЛЮЧОВІ ПРОБЛЕМИ МОДЕРНІЗАЦІЇ  
СУЧАСНОГО ПРАВА**

*Збірник наукових праць*

*За редакцією*

П. М. Шапірка, І. Г. Оборотова

---

*Формат 60x84<sup>1</sup>/8. Ум. друк. арк. 17,1. Тираж 300 пр. Зам. № 534-297.*

**ВИДАВЕЦЬ І ВИГОТОВЛЮВАЧ**  
Товариство з обмеженою відповідальністю фірма «Ліон».  
54038, м. Миколаїв, вул. Бузника, 5/1.  
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 1506 від 25.09.2003 р.