Міністерство освіти і науки України

ДВНЗ «Прикарпатський національний університет
імені Василя Стефаника»

Юридичний інститут

Збірник наукових статей

Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України

Випуск XXXVI

м. Івано-Франківськ, 2014

ББК 67.9 (4Укр)
А 43

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

А43 Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України [текст] : *Збірник наукових статей*. Випуск 36. - Івано-Франківськ : Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2014. - 250 с.

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

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

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

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

Реєстраційне свідоцтво: серія КВ № 16834-5506ПР. Видається з 1996 року.

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

ISSN 2218-1849 ББК 67.9 (4 Укр)

© Юридичний інститут ДВНЗ «Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника», 2014

ФІЛОСОФСЬКІ, ІСТОРИЧНІ, МЕТОДОЛОГІЧНІ, ОРГАНІЗАЦІЙНІ ТА ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Андріюк В.В.

ФУНКЦІОНУВАННЯ СУДОВОЇ ВЛАДИ В КОНТЕКСТІ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА: ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМИ

УДК 340.11; 340.116

Останнє десятиліття відзначене активним інтересом вітчизняних вчених-юристів до проблем верховенства права, що відображено в численних наукових публікаціях. При цьому об'єктом творчого пошуку став як цілісний феномен верховенства права та його місце в системі соціальних явищ і зв'язків, так і окремі його аспекти та складові. Дослідження сутнісних властивостей верховенства права, розуміння змісту цього принципу та визначення його співвідношення з іншими правовими категоріями, що містять в собі схожі ідеї, в тому числі і неправомірно ототожнювані з ним (прикладом останнього може бути принцип верховенства закону), окреслило онтологічну сутність і загальну методологію втілення, трансформації та адаптації вказаного феномену в нашій реальності. Наступний крок в дослідженні логічно продовжив попередній, втіливши в собі поглиблення розуміння верховенства права, в тому числі й на рівні визначення та аналізу структури останнього, виділення в ній і дослідження складових принципу верховенства права. Відомо, що дезагрегація принципу верховенства права на конкретні вимоги творить новий рівень сприйняття та вивчення даного феномену. В цьому контексті більш-менш ґрунтовно досліджувались питання визнання, закріплення і гарантування прав та основоположних свобод людини, верховенства Конституції як Основного закону держави, принципу поділу

влади, юридичної визначеності, законності, пропорційності, обмеження дискреційних повноважень, принципу правової безпеки громадянина та захисту довіри до надійності свого правового становища, незалежності суду і суддів, тобто вимог, що складають зміст принципу верховенства права. Проте значно менше уваги присвячено механізму втілення принципу верховенства права в життя, який ґрунтується, насамперед, на справедливому судочинстві.

При цьому не слід забувати, що в понятті верховенства права «переплітаються правові та політичні, культурні й етичні мотиви, внутрішньодержавні та міжнародні, національні, цивілізаційні й загальнолюдські аспекти, наукова істина і цінності добра і справедливості, досягнення правової теорії та практичний юридичний досвід, правові ідеї і здоровий глузд...», що «робить цю категорію досить динамічною» і «не дає змоги втиснути її в рамки будь-якої юридичної дефініції» [1, с. 7].

Принцип верховенства права – це система координат, в якій повинні існувати і суспільство, і влада. А оскільки цей фундаментальний принцип офіційно закріплений в Конституції України (ст. 8), то він «має застосовуватися у всіх сферах державного і суспільного життя, а особливо в діяльності апарату державної влади» [2, с. 7]. Без втілення принципу верховенства права в соціальну реальність, насамперед, в організацію та діяльність державного апарату, без трансформації суспільної правосвідомості на основі базових складових панування права, видається неможливим правовий прогрес, проведення правової реформи, як і загалом цивілізований розвиток нашого суспільства.

Оскільки ж саме судова влада виступає ядром механізму втілення принципу верховенства права в життя і власне саме з нею асоціюється забезпечення панування права у всіх сферах життєдіяльності суспільства, адже «саме суд ставить «останню крапку» у пошуку й утвердженні права при вирішенні конкретних справ, саме він уособлює (чи принаймні має уособлювати) неупередженість і справедливість» [3, с. 3] і «Чим вищий у країні авторитет суду і правосуддя, чим більшу незалежність має суд у взаємовід-

носинах з законодавчою і виконавчою владою, тим вищий рівень правовості і демократичності самої держави, тим надійніше захищені від можливих посягань права і свободи людей» [3, с. 3], то забезпечення справедливого і неупередженого судочинства, незалежності суду і суддів в Україні є центральною ланкою національної правової політики, а наукове обґрунтування цих процесів – чи не найактуальнішим завданням сучасної української юридичної науки. Разом з тим, вимоги забезпечення справедливого і неупередженого судочинства, незалежності суду і суддів є не єдиними в структурі верховенства права щодо функціонування судової влади, адже увесь спектр правозастосовчої та інтерпретаційно-правової діяльності суду повинен базуватись на вимогах принципу верховенства права та має бути пронизаний його ідеями, з чого й випливає необхідність більш ширшого і глибшого дослідження реалій, проблем та можливостей інтеграції верховенства права в національну правову систему.

Попри неабияку вагу проблем функціонування судової влади в контексті принципу верховенства права, незважаючи на досить активне обговорення принципу верховенства права в науковій літературі, досі не напрацьовані та належно теоретично не аргументовані механізми його практичного втілення в діяльності судової влади, представники якої часто-густо не те що не демонструють юридичного типу мислення, а й не мають ані найменшого уявлення щодо реального змісту принципу верховенства права, абсолютизуючи при вирішенні справи «букву закону», що й підводить до думки про необхідність детальної розробки вказаних питань в юридичній науці.

Основною **метою** даної статті є окреслення меж проблемного поля функціонування судової влади в контексті принципу верховенства права в Україні на сучасному етапі.

Для досягнення поставленої мети будуть визначені основні проблеми функціонування судової влади в контексті принципу верховенства права в Україні, кожна з яких становить цілий комплекс питань, що потребують відповідного осмислення, теоретичного обгрунтування та практичного вирішення.

Як відомо, в Україні принцип верховенства права легалізований шляхом його закріплення в Конституції України. Відповідно до ст. 8 Конституції України, в Україні визнається і діє принцип верховенства права [4]. З моменту свого конституційного закріплення цей принцип формально стає імперативною засадою функціонування українського суспільства. При цьому в конституційній регламентації принципу верховенства права особливий акцент здійснено на верховенстві самої Конституції України: "Конституція України має найвищу юридичну силу. Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй" (ч. 2 ст. 8 Конституції України), а також через визнання норм Конституції України нормами прямої дії та гарантування звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України (ч. 3 ст. 8 Конституції України) [4]. Подальше продовження формалізації вказаного принципу на конституційному рівні знаходимо і в інших статтях Конституції України (зокрема, в розділі 2 Конституції України).

Разом з тим поки що не напрацьовані формально-юридичні механізми втілення верховенства права в діяльність судів та суддів, а також практично відсутні ментальні, духовно-культурні та соціально-економічні передумови його імплементації в національну правову систему. Причому, досі ще навіть нормативого визначення цього феномену немає.

Спробу визначити верховенство права здійснив Конституційний Суд України в рішенні № 15-рп/2004 від 2 листопада 2004 року у справі № 1-33/2004 про призначення судом більш м'якого покарання, відповідно до якого: "Верховенство права – це панування права в суспільстві. Верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо. Одним з проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції,

звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Всі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України" [5]. Як бачимо, це визначення верховенства права базується на ідеї справедливості, розмежуванні права і закону та широкому розумінні самого права, що стало свого часу вагомим кроком уперед в осмисленні феномену верховенства права юридичною спільнотою.

Треба сказати, що принцип верховенства права в плані регламентації функціонування судової влади в окремих випадках одержав і законодавче закріплення. Так, в ст. 2 Закону України "Про судоустрій і статус суддів" при визначенні завдань суду приписується, що "Суд, здійснюючи правосуддя на засадах верховенства права, забезпечує кожному право на справедливий суд та повагу до інших прав і свобод, гарантованих Конституцією і законами України, а також міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України" [6]. В ст. 7 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАСУ) серед принципів здійснення правосуддя в адміністративних судах названо верховенство права, а в ст. 8 КАСУ визначено, що суд при вирішенні справи керується принципом верховенства права, відповідно до якого зокрема людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави (п. 1), а також, що суд застосовує принцип верховенства права з урахуванням судової практики Європейського Суду з прав людини (п. 2) [7]. Аналогічні положення містяться в ст.ст. 7, 8 Кримінального процесуального кодексу України [8].

Проте нормативне закріплення цього принципу автоматично не вводить його в реальну дію, в чому ми мали можливість переконатися на практиці державотворення та правотворення в Україні. Реалізація верховенства права передбачає створення дієвого механізму втілення його вимог через функціонування цілої системи державних органів та інститутів громадянського суспільства.

Зрештою, і саме визнання принципу верховенства права в Україні, як цілком вірно відзначає С. В. Шевчук, є одним з най-

складніших завдань, а належному розумінню цього принципу заважає важка спадщина радянської правової системи, в основу якої було покладено принцип верховенства закону, правовий формалізм та позитивізм, який, по суті, прикривав свавілля державної влади щодо своїх громадян [9, с. 15].

Ключовою умовою забезпечення верховенства права і справедливого правосуддя виступає незалежність судової влади. Конституційні гарантії незалежності судової влади та незалежності і недоторканності суддів як носіїв судової влади визначені у статтях 6, 126, 129 Конституції України. Так, в статті 6 Конституції України зафіксований сам принцип поділу влади, а в ч. 1 статті 129 Конституції України міститься положення, що виступає квінтесенцією незалежності судової влади: судді при здійсненні правосуддя незалежні і підкоряються лише закону [4]. Вказана складова формально зафіксована і нормативно розвинута в ст. ст. 2, 6 та 47 Закону України "Про судоустрій і статус суддів".

Разом з тим, як і багато інших принципів права, конституційних положень, вимога незалежності судової влади в Україні не реалізована на практиці ні в ментальному (йде мова не тільки про менталітет суспільства, але й менталітет представників влади, в тому числі і самих суддів), ні в правовому (особливо, процедурно-процесуальному), ні в матеріально-фінансовому вимірах.

Призначення судової влади полягає в справедливому правозастосуванні через високопрофесійне тлумачення права. Тому аксіоматичним є те, що суд (суддя) при здійсненні правосуддя повинен бути незалежний від будь-якого впливу з боку державного апарату, суспільства, його частини чи конкретної особи, а його рішення не може втілювати в собі жодних індивідуальних, корпоративних чи інших вузькосоціальних, а навіть і загальнодержавних інтересів, що йшли б врозріз із вимогами об'єктивності, всебічності, законності і справедливості судового розгляду.

При цьому, як вірно відзначає В. Сіренко, "соціальна роль судової влади в демократичному суспільстві полягає в тому, щоб в юридичних конфліктах забезпечувати панування права, вираженого насамперед у Конституції та інших законах, міжнародних

договорах і в прирівняних до закону підзаконних актах" [10]. Причому, це стосується і конфліктів в політичній сфері, навіть найгостріші з яких судді повинні вирішувати "виключно правовими засобами, в межах права і через право, блокуючи свої власні політичні симпатії і переконання" [11, с. 5], а також слід чітко усвідомити, що "незалежність суду і суддів – це не привілей судової влади", а "одна з найважливіших гарантій справедливого і неупередженого судочинства" [3, с. 5].

Верховенство права – це цивілізаційний стрижень, виплеканий досвідом багатьох поколінь, який має в собі багату традицію, що не дозволяє зійти зі шляху справедливості, це антипод догматизму та сліпому відтворенню нормативного матеріалу, це ідея та механізм, що забезпечує через функціонування судової системи можливість істотного зменшення свавілля влади, в тому числі і судової, конкретної особи чи суспільства загалом. Тому на сьогодні єдиним шляхом укріплення незалежності, неупередженості та справедливості судової влади є утвердження у всіх сферах життєдіяльності суспільства принципу верховенства права.

Не секрет, що функціонування судової влади й досі часто відбувається за старими зразками командно-адміністративної системи: спроби встановити контроль за суддями, "телефонне право", тиск на суддів з боку органів державної влади, суспільства, корупційний вплив. На незалежність судової влади негативно впливають і проблеми фінансування судів, завантаженість суддів, що доволі часто заважає прийняттю ними справедливого та обгрунтованого рішення.

Проблема становлення незалежної судової влади в Україні актуалізувалась чи не з моменту проголошення незалежності нашої держави. Історично першою була Концепція судово-правової реформи 1992 року, яка започаткувала більш, ніж двадцятирічну історію реформування судової влади в Україні, що була тісно пов'язана з намаганнями політичної влади, різних політичних сил чи верств суспільства встановити контроль над нею. Це призвело до того, що це реформування проходило хаотично, через призму вузькосоціальних, корпоративних інтересів, методом постійних

експериментів, шляхом політизації цього процесу. Причому, законодавець досить часто замість удосконалення створював лише проблеми на рівному місці. Все це поряд з корумпованістю суддівського корпусу, структурною та функціональною недосконалістю судової системи та відвертою непрофесійністю і безвідповідальністю окремих представників судової влади в результаті істотно підірвало довіру суспільства до судів і суддів.

Востаннє такі трансформаційні зміни проходили в 2010 році, які увінчались прийняттям нового Закону "Про судоустрій і статус суддів" (який, до речі, цілком справедливо був підданий критиці з боку юридичної громадськості), що призвів до нової хвилі та нових форм кризи судової системи в Україні. Так, Р. Куйбіда виділив такі сім ознак занепаду правосуддя після судової реформи 2010 року: 1) добір суддів: маніпуляції в рамках нових правил; 2) тиск на суддів через механізми відповідальності; 3) політизованість правосуддя; 4) намагання посилити тиск на суддів через голів судів; 5) зростання закритості судової влади; 6) використання повноважень і складу Верховного Суду як предмету політичних торгів; 7) ігнорування рішень Європейського суду з прав людини [12, с. 8-9].

Яскравим індикатором глибокої кризи судової влади виступає рівень недовіри суспільства до суду, який сягнув свого апогею. Так, вже станом на жовтень 2013 року за даними Центру Разумкова лише 2% українців повністю довіряли судам, а 47% були впевнені, що в судовій системі "все охоплено корупцією" [13].

В плані відновлення довіри до суду не врятувало ситуацію і ухвалення 8 квітня 2014 року Верховною Радою України Закону України № 1188-VII "Про відновлення довіри до судової влади в Україні" (набрав чинності 11 квітня 2014 року), який, на думку Р. Куйбіди, заклав нові можливості для суддівського самоврядування через спробу ліквідації адміністративної вертикалі підпорядкування суддів головам судів, а голів судів – публічній політичній владі, яка діяла через Вищу раду юстиції України і Вищу кваліфікаційну комісії суддів України, а також трансформацію З'їзду суддів України та Ради суддів України у справді представницькі

органи [14], адже очікуваний позитивний ефект виявився досить змазаним через політичну залежність, корпоративність судової системи та неготовність самих суддів взяти на себе відповідальність за очищення суддівського корпусу зсередини.

З огляду на це, доводиться погодитись з М. І. Козюброю в тому, що «становлення незалежної, неупередженої і доброчесної судової системи в Україні за роки незалежності так і не відбулося [3, с. 3].

Цікаво, що протягом 2014 року проблеми судової реформи в Україні активно обговорювались на різних науково-практичних заходах (конференціях, круглих столах, обговореннях, зустрічах) за участю суддів, народних депутатів, представників уряду, адвокатів, прокурорів, провідних експертів-правників, представників міжнародної спільноти та міжнародних експертів.

На сьогодні експерти в сфері реформування судової системи відзначають наступні її слабкі ланки: 1) державоцентричний характер судочинства, його спрямованість насамперед на захист інтересів держави та державних чинників (інститутів влади, державних установ, посадових осіб тощо), а не прав та інтересів громадян; 2) залежність судової системи і в широкому, і в конкретному розумінні такої залежності від президентської влади, від політиків і "людей з грошима", які здійснюють тиск на суддів, змушуючи виносити "замовні" судові рішення; 3) корумпованість, закритість і корпоративність судової та правоохоронної систем; 4) судове свавілля під час розгляду справ і винесення судових рішень, породжене недосконалістю та частою змінюваністю законодавства, а також безкарністю суддів і браком належного контролю над діяльністю судової системи; 5) невиконання судових рішень [15], з огляду на що, як правило, пропонують такі основні напрямки реформування правосуддя: 1) ліквідація механізмів, які дали можливість попереднім президенту і парламенту встановити політичний контроль над суддями; 2) вдосконалення механізмів притягнення суддів до відповідальності; 3) спрощення судового процесу та системи судів; 4) у сфері кримінальної юстиції: розширення участі народу у здійсненні правосуддя та

вдосконалення кримінального процесу; 5) завершення реформи прокуратури [16].

Це, звичайно, найбільш загальні проблеми та шляхи їх вирішення, які потребують досить складної і об'ємної роботи як юристів-професіоналів, політиків, експертів-фахівців із суміжних галузей знань та діяльності, так і загалом усього суспільства. До речі, одним з кроків в напрямку такої роботи є створення Указом Президента України від 27 жовтня 2014 року № 826/2014 «Питання Ради з питань судової реформи» Ради з питань судової реформи як консультативно-дорадчого органу при Президентові України, головним завданням якої є підготовка та подання Президентові України пропозицій щодо стратегії судової реформи [17].

Навіть найбільш загальний погляд на формування та функціонування судової влади в Україні дозволяє виявити цілу низку проблем, які саме й слід вирішити в процесі судової реформи, серед яких в першу чергу виділяються наступні:

1) високий рівень заполітизованості судової влади та деформації принципу поділу влади, що потребує формування реальних гарантій незалежності судової влади, виключення або принаймні значне обмеження впливу як Верховної Ради України, так і Президента України на процес формування та функціонування судів та суддів в Україні. При цьому акценти повинні бути зміщені на реальний розвиток розгалуженого судового (суддівського) самоврядування, органічно поєднаного з громадянським суспільством через можливість обгрунтованого і коректного громадського моніторингу та контролю функціонування судової влади;

2) надмірна складність та неузгодженість складових судової системи та судового процесу, які з метою спрощення доступу громадян до суду (правосуддя), забезпечення судового розгляду у розумні строки, економії бюджетних коштів слід усунути. І в першу чергу, в цьому плані слід повернутись до триланкової судової системи, з чим на сьогодні погоджуються практично всі експерти (див. про це, наприклад, [18]);

3) невідповідність ролі, функцій та повноважень Верховного Суду України його статусу як найвищого судового органу,

що передбачено Конституцією України, які слід трансформувати через законодавче наділення його ефективними судовими повноваженнями щодо забезпечення однакового застосування норм матеріального та процесуального права, забезпечення єдності та правильності судової практики (яка, до слова, сьогодні в реаліях судовою системою не забезпечується і таким чином відсутня) шляхом вироблення правової позиції при вирішенні спірних, складних справ, а таким чином забезпечення єдності законності і правопорядку, які виключать судове свавілля, судові помилки, прийняття необгрунтованих та неправосудних рішень судами;

4) низький рівень довіри до суду і суддів, який слід змінити на краще, в першу чергу, шляхом оптимізації правових, професійних та морально-етичних складових соціального статусу судді через підвищення вимог при доборі та призначенні суддів, чіткого нормативного визначення та реалізації їх відповідальності, законодавчого та на практиці виключення будь-якої можливості прийняття суддями рішення у справі, що хоч якимось чином співстикається з особистими чи корпоративними інтересами самого судді, який розглядає дану справу;

5) непрозорий добір на посаду судді та відсутність конкурсних засад в просуванні суддів по службі (маніпуляції з добором суддів, тиск та вплив на суддів). При цьому слід переглянути, конкретизувати, чіткіше формалізувати вимоги та критерії призначення кандидата на посаду судді, виключити необгрунтовані можливості будь-яких вищих органів влади щодо переведення суддів в інший суд. Очевидно, що з метою усунення таких перешкод на шляху справедливого, обгрунтованого та неупередженого правосуддя як недостатній досвід, прийняття судових рішень "під копірку", догматизм, недостатній рівень професіоналізму слід збільшити вік та підвищити вимоги до досвіду, рівня підготовки кандидата на посаду судді. Також слід усунути будь-які можливості впливу голови суду на розгляд справи суддею цього суду, а також на його кар'єрний ріст та матеріальне забезпечення;

6) низька якість судових рішень, що потребує перегляду, насамперед, питання судових помилок та їх правових наслідків як

щодо долі вирішеної справи, так і самого судді, що прийняв по ній рішення. При цьому незважаючи на те, що ніхто не застрахований від помилок, та фактико-юридичну чи нормативну складність окремих судових справ, все ж слід обмежити так зване «право на судову помилку» через механізм юридичної відповідальності судді, який слід чітко визначити та конкретизувати.

До цього слід додати зростання закритості судової влади та погіршення доступності правосуддя, недосконаліть та складність механізму оскарження судових рішень і забезпечення кожному права на оскаження судового рішення, проблему невиконання судових рішень (і в першу чергу, рішень Європейського суду з прав людини), певну некоректність статусу Вищої ради юстиції України та Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, недостатню регламентацію юридичної (і в першу чергу, дисциплінарної) відповідальності суддів, ідеологічні проблеми правозастосовчої діяльності судів, які деформують втілення верховенства права в правосуддя (догматизм, нормативізм), проблему адекватної правової аргументації судового рішення, проблему судової правотворчості. І це лише "вершина айсбергу".

Досвід реформування судової системи в Україні свідчить про необхідність формування цілісної, органічної, науково обгрунтованої концепції судової реформи, яка б забезпечила всі необхідні і достатні механізми та рівні удосконалення судової системи, починаючи з відповідних конституційних змін. Тому судова реформа повинна проходити комплексно з правовою реформою, реформування судової влади можливе лише за умови корелюючого реформування державного апарату та національної правової системи загалом.

Звичайно, ключовим завданням судової реформи в Україні на сучасному етапі є втілення верховенства права через європейські стандарти реформування судової системи, шляхом врахування вимог і рекомендацій органів Ради Європи щодо судової реформи і реформи прокуратури в Україні, рекомендацій Європейського суду з прав людини, які містяться в його рішеннях, а також висновків Венеціанської комісії. Проте в процесі реформування

судової системи слід органічно поєднувати передовий світовий досвід із глибинним аналізом проблем, які на сьогодні актуалізовані в судовій сфері, а також прогностичним дослідженням назріваючих проблем судової системи, які можуть проявитись в процесі проведення судової реформи, а також після її завершення, в тому числі і як її наслідок. Це дозволить провести чітке цілепокладання, якісне проектування, програмування, планування судової реформи і як наслідок – ефективне правове регулювання функціонування судової влади через якомога повніше втілення принципу верховенства права.

1. Козюбра М. Верховенство права: українські реалії та перспективи / М. Козюбра // Право України. – 2010. – № 3. – С. 6-18.

2. Константий О.В. Щодо проблеми реалізації принципу верховенства права у сфері діяльності судової влади в Україні /О.В. Константий // Вісник Верховного Суду України. – 2009. – № 8. – С. 41-44.

3. Козюбра М.І. Принцип верховенства права і судова влада / М. І. Козюбра // Наукові записки НаУКМА. – 2011. – Т. 116: Юридичні науки. – С. 3-8.

4. Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

5. Рішення Конституційного Суду України за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ст. 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) // Вісник Конституційного Суду України. – 2004. – № 5. – С. 38-45.

6. Закон України "Про судоустрій і статус суддів" // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 41-42, № 43, № 44-45. – Ст. 529.

7. Кодекс адміністративного судочинства України // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 35-36, № 37. – Ст. 446.

8. Кримінальний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 9-10, № 11-12, № 13. – Ст. 88.

9. Шевчук С. В. Стаття 8 Конституції України / С. В. Шевчук // Наукові записки НаУКМА. – 2011. – Т. 116: Юридичні науки. – С. 15-18.

10. Сиренко В. Нужна принципиально иная концепция [Електронний ресурс]/ В. Сиренко. – Режим доступу: http://www.vru.gov.ua/mass_media/508

11. Козюбра М.І. Право, правосуддя і політика / М.І. Козюбра // Вісник Центру суддівських студій. – 2006. – № 6. – С. 5.

12. *Куйбіда Р. Сім ознак занепаду правосуддя після судової реформи 2010 р. / Роман Куйбіда // Юридичний вісник України. – 2012. – № 18-19. – С. 8-10.*
13. *Дані з інтернет-ресурсу: http://www.unian.ua/society/842888-mayje-polovina-ukrajintsiv-vvajae-scho-v-sudah-vse-ohopleno-koruptsieyu-opituvannya.html.*
14. *Куйбіда Р. Чи зможуть судді довести спроможність бути незалежними? [Електронний ресурс] / Роман Куйбіда. – Режим доступу: http://pravo.org.ua/2010-03-07-18-06-07/lawreforms/1686-chy-zmozhut-suddi-dovesty-spromozhnist-buty-nezalezhnymy.html.*
15. *Слабкі ланки української судової системи [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://yurincom.com/ua/legal_practice/services/sudove_pravo/Slabk--lanki-ukrainskoi-sudovoi-sistemi-publication.*
16. *Стратегія реформування правосуддя: завдання для нового парламенту [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://pravo.org.ua/2010-03-07-18-06-07/lawreforms/1817-stratehiia-reformuvannia-pravosuddia-zavdannia-dlia-novoho-parlamentu.html.*
17. *Указ Президента України № 826/2014 «Питання Ради з питань судової реформи» [Електронний ресурс] / Президент України. – Режим доступу: http://www.president.gov.ua/documents/18332.html.*
18. *Нова хвиля судової реформи [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://nk.org.ua/politika/102728-nova-khvilya-sudovo-reformi.*

Андріюк В.В. Функціонування судової влади в контексті принципу верховенства права: постановка проблеми

В статті автор намагається акцентувати увагу на проблемах функціонування судової влади в контексті принципу верховенства права. При цьому автор здійснив спробу окреслення меж проблемного поля вказаної теми, дезагрегація якого допоможе виявити основні напрямки наукового дослідження проблемних питань втілення принципу верховенства права у функціонуванні судової влади.

Ключові слова: верховенство права, принцип верховенства права, судова влада.

Андриюк В.В. Функционирование судебной власти в контексте принципа верховенства права: постановка проблемы

В статье автор пытается акцентировать внимание на проблемах функционирования судебной власти в контексте принципа верховенства права. При этом автор предпринял попытку определения границ проблемного поля указанной темы, дезагрегация которого поможет выявить основные направления научного исследования проблемных вопросов реализации принципа верховенства права в функционировании судебной власти.

Ключевые слова: верховенство права, принцип верховенства права, судебная власть.

Andriyuk V.V. Functioning of the judicial power in the context of the rule of law: problem

In the article the author tries to focus on the problems of the judicial power in the context of the rule of law. The author attempted to outline the boundaries of the problem field specified topics disaggregation which will help to identify the main areas of research problem for implementation of the rule of law in the functioning of judicial power.

Keywords: the Rule of Law, judicial power.

Мироненко І.В.

РЕГЛАМЕНТАЦІЯ ЗЕМЕЛЬНИХ ВІДНОСИН ДОБРОСУСІДСТВА В КОДИФІКАЦІЇ „ПРАВА, ЗА ЯКИМИ СУДИТЬСЯ МАЛОРОСІЙСЬКИЙ НАРОД” (1743 Р.)

УДК: 349.6

Актуальність теми. Положення глави 17 чинного Земельного кодексу України спрямовані на регулювання земельних відносин добросусідства і становлять самостійний інститут земельного права. На сьогодні питанням добросусідства науковцями приділяється порівняно незначна увага, кількість наукових праць з даної тематики обмежена. Однак даний правовий інститут має тривалу історію розвитку, починаючи з найдревніших писемних пам’яток права, та регулює достатньо широке коло повсякденних відносин землевласників та землекористувачів, а тому його дослідження потребує більш значної уваги.

Стан дослідження. Окремі аспекти відносин добросусідства розглянуто в працях П.Ф. Кулинича, М.В. Шульги, А.М. Мірошниченка, Д.В. Бусуйок В.Є. Рубаника та ін. Однак в цілому питання розвитку т.з. „сусідського права” на українських землях в літературі висвітлені достатньо обмежено. Вдосконалення сучасного правового регулювання земельних відносин добросусідства потребує, крім іншого, дослідження історії його розвитку з метою узагальнення та вдосконалення відповідної практики правозастосування. Зокрема вказане стосується періоду козацько-гетьманської доби, що включає в себе національно-визвольні війни сере-

дини XVII століття, існування відносно автономної української держави на Лівобережній Україні, а також Запорізької Січі [1, с. 7].

Мета дослідження. Однією з найвидатніших писемних пам'яток українського права того часу в літературі прийнято вважати збірник під назвою „Права, за якими судиться малоросійський народ" (1743 р.), його цінність полягає у тому, що він був результатом кодифікації діючих на той час правових норм, в тому числі норм звичаєвих [2, с. 136-137; 3, с. 200]. Не зважаючи на те, що „Права" не одержали свого офіційного затвердження, їх застосовували та на них посилались судді при розгляді і при вирішенні судових справ [2, с. 136-137; 4, с. 223], ця кодифікація стала підручником, за яким вивчалось українське право, та коментарем до „Литовського статуту" [3, с. 113]. Виходячи з викладеного, дана стаття має на меті висвітлити основні положення даної кодифікації щодо регламентації сусідських відносин як узагальнення практики правового регулювання з досліджуваного питання того періоду.

Основний виклад. З точки зору дослідження правового регулювання земельних відносин добросусідства певний інтерес становлять положення глави 17 „Про справи земські" даної кодифікації, у якій встановлено порядок і правила межування землі, компетенція і повноваження посадових осіб, відповідальних за землевпорядкування – „межовиків" або земельних комісарів, визначався порядок відновлення порушених прав по володінню землею і встановлювалась відповідальність за їх порушення, яка суттєво диференціювалась залежно від станової приналежності відповідача [5, с. 233]. Так, саме у даній главі знайшло своє закріплення положення про відповідальність за знищення межових знаків (артикул 14 „Про псування меж та про поновлення їх") [6, с. 625].

Крім даної глави, яка містила переважно норми процесуального характеру щодо врегулювання земельних спорів, ряд положень про земельні відносини добросусідства ми знаходимо у положеннях глави 18, що регламентували суміжне використання

водних ресурсів, та 19, в якій містились правила щодо суміжного використання лісових ресурсів і будівництва.

В цілому ми можемо констатувати, що положення щодо земельних відносин добросусідства в „Правах, за якими судиться малоросійський народ" (1743 р.) достатньо аналогічні тим, які містились в „Литовських статутах", зокрема в останній їх редакції від . Це закономірно, оскільки самі розробники у передмові вказували, що при складанні даного збірника вони, в першу чергу, користувались положеннями „Статута великого княжения литовського", а інші джерела застосовувалися в субсидіарному порядку [6, с. 412-413]; на цю ж обставину вказують і сучасні дослідники при вивченні змісту даної пам'ятки права [2, с. 136-137; 7, с. 113].

Що стосується положень глави 18, то тут необхідно розрізняти положення щодо регулювання використання водних ресурсів, зокрема судноплавних рік в цілому, та положення, які стосуються власне сусідських відносин.

Щодо останнього, то тут можна вказати на норми пп. 1-6 артикулу 2, які регулювали питання використання рік у якості межі. Так, у п. 1 даного артикулу визначалось, що сусіди вправі використовувати таку ріку до її половини. Значні частини одного берега, перенесені водою до іншого берега, продовжували вважатись належними їх попередньому власнику. У разі зміни русла ріки межа проводилась по середині її старого русла. Умисні дії щодо зміни течії суміжної ріки прирівнювались до пошкодження межі; попереднє становище відновлювалось, а на винну особу накладались майнові стягнення і відшкодування шкоди (п. 2 даного артикулу). Дерево, що було відірване та перенесене водою до іншого берега і там пустило коріння, змінювало власника, в той час як інше майно, перенесене водою, продовжувало вважатись власністю попередньої особи (п. 3). Острови, що знаходились чи утворювались по середині ріки, в рівних частинах належали власникам берегів, а острови, які знаходились не по середині – розділялись відповідно до їх положення відносно середини ріки (п. 4 арт. 2 розд. 18) [6, с. 631-632].

У пунктах 1 та 2 артикулу 4 регламентувалися питання спорудження та використання загат і млинів. Так, заборонялось під-

німати рівень води, котрий б затоплював млини чи землі вище за течією, а також без дозволу прибудовувати загати до чужого берега. У разі встановлення умисного характеру таких дій на винного накладався штраф („двенадцать рублей денег"), стягувалось відшкодування доведених збитків та усувалось допущене порушення. Пунктом 3 артикулу встановлювалась позовна давність в таких відносинах, що становила десять років [6, с. 634].

У пункті 2 артикулу 6 розділу 19 „Прав..." було вміщено норму, яка регулювала відносини щодо переростання рослинами огорожі. Дану норму було виписано казуально, оскільки в ній йшлось не про рослини в цілому, а лише про хміль. Особа, з володіння якої хміль переріс через огорожу до сусіда, мала право його общипувати доки зможе дістати з своєї ділянки, а щодо іншого – права використовувати дану рослину набував сусід [6, с. 638-639]. В даному випадку має місце використання положень § 1 статті 52 Книги другої частини „Земське право" „Саксонського зерцала" [8], на що вказували і розробники „Прав, …" [6, с. 639]. В цілому ж, слід вказати, що з питань сусідських відносин „Права, за якими судиться малоросійський народ" (1743 р.) достатньо багато положень запозичили також і з „Саксонського зерцала".

Артикулом 13 глави 19 „Прав…" регламентувалися питання будівництва поруч з сусідським будинком чи межею.

Так, пунктом 1 заборонялись будівництво, яке закривало світло сусідньому будинку, а також облаштування вікон на сусідній двір, через які можна було б викидати до сусіда сміття. Водночас, якщо такі вікна були необхідні, то їх належало облаштовувати під стелею У разі, якщо доступ світла на подвір'я був лише з одного боку, то сусіду з цього боку заборонялося як зводити високі будівлі, так і садити високі дерева (п. 2 арт. 13). Положення пункту 3 артикулу 13 даної глави забороняли спускати стоки з дахів на сусідні володіння, а також без дозволу здійснювати прибудови до сусідніх будівель; щодо таких прибудов встановлювалась позовна давність, яка становила один рік [6, с. 641].

Артикулом 14 регламентувалися питання використання рослин біля чи на межі. Пунктом 1 артикулу приписувалося садити

дерева не ближче трьох аршинів до межі (огорожі чи стіни). Гілки дерев, що переростали огорожу і заважали сусідові, належало обрубати; це повинен був зробити на вимогу сусіда власник дерева, а у разі невиконання такої вимоги – „… оповестясь на уряде..” сам сусід [6, с. 641]. В цьому разі має місце запозичення положення, що містилась в § 2 статті 52 Книги другої частини „Земське право” „Саксонського зерцала” [8].

У разі, якщо „дерево какое овощ родящее” знаходилось на самій межі, то перерослі на ділянку корені та гілки відповідний землеволоділець міг обрубати, а якщо він цього не робив – то отримував право на половину плодів дерева (п. 2 арт. 14). У випадку, коли гілки дерева, що приносить плоди, переростали на сусідню ділянку і не заважали її володільцю, то сусіду надавалось право збирати опалі плоди, проте заборонялось їх рвати і збивати з гілок; у разі падіння плодів з перерослих гілок на вулицю, їх на рівні з власником дерева дозволялось збирати і іншим особам (п. 3 арт. 14) [6, с. 642].

Положеннями, що містились в артикулі 15, регулювалися питання будівництва стін на межі та будівель і господарських споруд біля межі.

Відповідно до пункту 1 цього артикулу, за згодою суміжних володільців земельних ділянок на межі допускалося спорудження стіни будинку за спільні кошти, проте за відсутності відповідної згоди та внесення коштів для потреб будівництва слід було відступити смугу землі вздовж фундаменту шириною в два лікті. Згідно пункту 2 артикулу 15, при здійсненні забудови слід було відступати від межі: при будівництві кам’яної стіни – на одну стопу, кам’яного будинку – дві стопи, колодязя – на аршин від дерев’яної стіни чи плота і на п’ять аршинів – від кам’яної стіни. Заборонялось здійснювати підкопи під сусідню ділянку, які завдавали шкоду її володільцю. Колодязі та ями біля межі повинні належно обгороджуватись (не менше півтора аршина в висоту) чи закриватись, в іншому разі їх власник ніс відповідальність за падіння туди кого-небудь [6, с. 642].

Пунктом 1 артикулу 16 було регламентовано питання розміщення пічних труб, відхожих місць та свинячих хлівів. Вказува-

лось, що такі споруди повинні знаходитись не ближче „троих ступеней" від межі, при цьому печі підлягали облаштуванню таким чином, щоб їх іскри не потрапляли на сусідній будинок. Відхожі місця не могли бути прилаштовані до сусідських будов і повинні знаходитись в такому місці і мати таку глибину, щоб сморід не досягав до сусідів; в іншому разі вони підлягали знесенню Пунктом 2 артикулу 16 передбачалося загальне правило, за яким особа, яка зводить вогненебезпечні споруди (кузні, бані, пекарні та ін.), зобов'язувалася забезпечити незаподіяння шкоди сусідам, а у разі настання такої шкоди – сплачувати сусідам відповідні компенсації [6, с. 642-643].

Питанням розмежування сусідніх володінь був присвячений артикул 18 глави 19 „Прав, за якими судиться малоросійський народ" (1743 р.). Тут містилось лише два пункти. Пункт 1 передбачав, що особа, яка має намір встановити межові знаки (стовпи, камені та ін.), може це зробити за участю сусіднього землеволодільця або, за його згодою, без його участі із залученням межового комісара та інших сусідів. Якщо ж виникав спір про межу, то розмежування проводилось в судовому порядку, під час якого за дорученням суду межовий комісар чи інша особа оглядав спірні межі та заслуховував доводи сторін про межі (п. 2) [6, с. 643-644].

Крім того, питання розмежування володінь регламентувались пунктом 1 артикулу 19, який зобов'язував обгороджувати або обкопувати володіння (подвір'я, сад та ін.), і надавав право на отримання відшкодування від особи, яка спричинила збитки, проникнувши на ділянку[6, с. 644]. Вказані правила доповнювалися також положеннями артикулу 20, які були запозичені з „Саксонського зерцала" [6, с. 645; 8]. Пункт 1 дозволяв обгороджувати, обмуровувати чи обкопувати лише свої володіння, не зачіпаючи чужі землі та загальні вулиці. Пунктом 2 встановлювався обов'язок встановлювати огорожу за допомогою плота („плетня") таким чином, щоб його гладка сторона була повернута назовні. Пункт 3 цього артикулу забороняв перекривати існуюче водне джерело, яке текло до сусіда

Пункт 2 артикулу 19 за своїм змістом передбачав обов'язок суміжних володільців спільно утримувати огорожу, що знахо-

диться на межі. У разі падіння такої межової огорожі (стіни) на сторону, яка ухилялась від її ремонту чи відновлення огорожі, судом покладалось відшкодування завданої іншому сусіду шкоди, а також зобов'язання відновити відповідну огорожу. Пункти 3 та 4 артикулу 19 регулювали питання відшкодування шкоди, завданої падінням будівель, стін чи дерев з сусідньої ділянки. У разі такого падіння, спричиненого бездіяльністю відповідного власника, котрий був попереджений сусідом про таку ймовірність, потерпіла особа мала право на отримання відшкодування, а також могла забрати собі те, що впало на її ділянку. У разі ж падіння, якому не передувало отримання попередження від сусіда, відповідний власник також був зобов'язаний сплатити відшкодування, проте міг забрати назад те, що впало на сусідню ділянку. Що стосується даних положень, то, як свідчать коментарі авторів „Прав, за якими судиться малоросійський народ", вони не були запозичені з якогось джерела, а є їх напрацюванням [6, с. 644].

Висновки. В цілому ж, якщо проаналізувати положення матеріального та процесуального права щодо регулювання земельних відносин добросусідства, котрі містились у збірці „Права, за якими судиться малоросійський народ" (1743 р.), то можна зробити висновок, що дана пам'ятка права дійсно була визначною кодифікацією для свого часу. Увібравши в себе відповідні положення інших поширених пам'яток права того часу, вона в значній мірі перевершувала їх як за кількістю відповідних положень, так і за обсягом відносин, які ними охоплювались. Не містячи загальних положень щодо регулювання сусідських відносин, „Права…" регулювали основні їх види: розмежування сусідніх володінь, облаштування та утримання огорож, запобігання проникненню на сусідні володіння, будівництво біля межі, запобігання опосередкованим впливам (іскри, дим, сморід) та ін.

1. *Усенко І.Б. Державно-правові інститути козацької України як об'єкт досліджень вітчизняних істориків права / І.Б.Усенко // Антологія української юридичної думки. – Київ: Юридична книга, 2003. – Т. 3: Історія держави і права України:козацько-гетьманська доба.–С.7-22.*
2. *Василенко М.П. „Права, по которым судится малороссийский народ" як джерело до історії державного права України XVIII віку /*

М.П. Василенко // Антологія української юридичної думки. – Київ: Юридична книга, 2003. – Т. 3: Історія держави і права України: козацько-гетьманська доба. – С. 136-143.

3. Слабченко М.Є. Ескізи з історії „Прав, по которым судится Малороссийский народ" / М.Є. Слабченко // Антологія української юридичної думки. – Київ: Юридична книга, 2003. – Т. 3: Історія держави і права України: козацько-гетьманська доба. – С. 200-271.

4. Шемшученко Ю.С. Права, за якими судиться малоросійський народ / Ю.С. Шемшученко // Мала енциклопедія етнодержавознавства. Відповідальний редактор Ю.І. Римаренко. – К.: Генеза, Довіра,1996. – 942 с.

5. Рубаник В.Є. Інститут права власності в Україні: Проблеми зародження, становлення й розвитку від найдавніших часів до 1917 року: Історико-правове дослідження / Рубаник В.Є. – Харків: Легас, 2002. – 352 с.

6. Кодифікація цивільного законодавства на українських землях. В 2 т. Т. 1. / Уклад.: Білоусов Ю.В, Калаур І.Р., Гринько С.Д. та інші. За редакцією Стефанчука Р.О. та Стефанчука М.О. – К.: Правова єдність, 2009. – 1168 с.

7. Історія держави і права України: курс лекцій / Під ред. В.Г. Гончаренко. – К. : Вентурі, 1996. – 288 с.

8. Саксонское зерцало // Средневековые исторические источники востока и запада [Електронний ресурс] – режим доступу: ttp://www.vostlit.info/Texts/Dokumenty/Germany/XIII/Sachsenspiegel.

Мироненко І.В. Регламентація земельних відносин добросусідства в кодифікації „Права, за якими судиться малоросійський народ" (1743 р.)

Збірник „Права, за якими судиться малоросійський народ" (1743 р.) вважається однією з найвидатніших писемних пам'яток українського права XVIII ст. Положення глав 17-19 даної кодифікації містили значну кількість матеріальних та процесуальних норм щодо врегулювання відносин власників сусідніх (суміжних) земельних ділянок. Незважаючи на казуїстичність цих норм та відсутність положень загального характеру, можна зробити висновок про існування в той час достатньо розвинутого правового регулювання відносин добросусідства (право сусідства) в сучасному їх розумінні.

Ключові слова: добросусідство, право сусідства, відносини добросусідства.

Мироненко И.В. Регламентация земельных отношений добрососедства в кодификации „Права, по которым судится малороссийский народ" (1743 г.)

Сборник «Права, по которым судится малороссийский народ» (1743 г.) считается одной из самых выдающихся письменных памяток украинского права

XVIII ст. Положение глав 17-19 данной кодификации содержали значительное количество материальных и процессуальных норм о регулировании отношений владельцев соседних (смежных) земельных участков. Несмотря на казуистичность этих норм и отсутствие положений общего характера, можно сделать вывод о существовании в то время достаточно развитого правового регулирования отношений добрососедства (права соседства) в современном его понимании.

Ключевые слова: добрососедство, право соседства, отношения добрососедства.

Myronenko I.V. Regulation of landed relations of neighbourliness in codification „ The Maloros' Nation Judge Law" (1743)

„The Maloros' Nation Judge Law" (1743) is considered one of the most prominent sources of Ukrainian law XVIII century. The regulations of chapters 17-19 of the given codification contain some rules concerning the adjustment of relations of proprietor's neighbouring lot lands. Despite of absence of the general regulations, it is possible to make a conclusion about the existance of the developed legal adjusting of good-neighbourly relations (right for neighbourhood) at the time.

Keywords: neighbourliness, right for neighbourhood, neighbourliness relations, „The Maloros Nation Judge Law" (1743).

Олійник О.С.

ОСОБЛИВОСТІ ПРИПИНЕННЯ ШЛЮБУ В ДАВНЬОРИМСЬКОМУ СУСПІЛЬСТВІ: ТЕОРЕТИЧНИЙ АСПЕКТ

УДК 347. 626

Постановка проблеми. З найдавніших часів, як засвідчують правові та історичні джерела, завжди викликали увагу питання, пов'язані із врегулюванням різних аспектів відносин в контексті шлюбу, сім'ї та розлучення, а також юридичні механізми, які гарантують захист прав особи та суспільної моралі. У зв'язку з цим, слід зазначити, що осмислення проблеми розлучень у римському праві почалося із становлення звичаєвого права, осмислювалися правові звичаї відповідних видів (mores, consuetude, mos regionis), а також впродовж формування та еволюції класичної римської юриспруденції [1, с. 14; 2, с. 51]. Безумовно, інститут розірвання шлюбу у римському приватному праві повною мірою не знайшов свого відтворення у сучасній правовій традиції, однак уявлення римлян про значення шлюбу та сім'ї, а також передумови до

розірвання шлюбу і особливості процедури розірвання шлюбу у римському суспільстві мали відчутний вплив на подальший розвиток шлюбно-сімейного права. Тому, є актуальним дослідження питання щодо окремих особливостей розірвання шлюбу в давньоримському суспільстві та з'ясування динаміки відповідних приватно-правових відносин.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Проблеми римського приватного права з позицій історичної науки загалом та шлюбно-сімейного права зокрема, найбільш активно розробляються, починаючи з XIX ст. такими авторами, як Т. Моммзен, О. Коптєв, О. Штаєрман. Теоретичною основою наукового дослідження стали роботи таких відомих вітчизняних та зарубіжних науковців, як В. Борисова, Л. Баранова, В. Вовк, М. Гарсіа Гаррідо, Д. Дождєв, Л.Дячук, Ю. Задорожний, Л. Казанцев, Р. Калюжний, А. Коптєв, В. Макарчук, С. Муромцев, І. Новицький, Є. Орач, І. Перетерський, О. Підопригора, І. Покровський, Б. Тищик, Є.Харитонов, В. Хвостов, Ч. Санфіліппо, З. Черніловський та інші. У контексті розкриття особливостей розірвання шлюбу в Римі окрему увагу було звернено на римські правові пам'ятки, зокрема, Закони XII таблиць, Інституції Гая, Дигести Юстиніана.

З огляду на те, що традиція наукового пізнання римського приватного права охоплює тривалий часовий період, подальшого дослідження потребують окремі приватно-правові відносини, які складаються в межах еволюції інститутів шлюбу та сім'ї, в тому числі у випадку їх припинення. Таким чином, можна констатувати потребу окремого дослідження припинення шлюбно-сімейних відносин подружжя у римському приватному праві.

Мета статті. Метою нашої статті є здійснення комплексного аналізу припинення шлюбу у давньоримському суспільстві та з'ясування окремих теоретичних особливостей цього правового інституту.

Виклад основного матеріалу. Для того щоб шлюб існував юридично, потрібно, щоб були присутні умови, без яких він не міг бути укладений. Відміна будь-якої із таких умов служила підставою для припинення шлюбу. Якщо проаналізувати джерела

римського приватного права, то шлюб припинявся внаслідок: 1) смерті одного з подружжя; 2) втрати свободи або громадянства; 3) розірвання шлюбу (розлучення) [3, с. 134]. Як зазначав Павло: «Шлюб припиняється розлученням, смертю, взяттям в полон або іншим випадком рабства одного з них (подружжя)» (Д.24.2.1) [4]. Деякі вчені-романісти вказують також на інші підстави припинення шлюбу, що існували в римському праві. Так, зокрема, В.Б. Новицький зазначає, що шлюб припинявся в зв'язку з втратою громадянства, оскільки негромадяни, окрім latini veteres, як відомо не мали ius conubii, а тому не могли перебувати в законному римському шлюбі [3, с. 113]. Зустрічаються також аргументи, що до припинення шлюбу призводив також вступ дружини або чоловіка до монастиря.

Тому, можна припустити, що наведені вище норми Дигест та думки науковців підштовхують до висновку, що Павло зазначав про основні (найбільш поширені) випадки припинення шлюбу, але виключний їх перелік є набагато ширший, пов'язаний з конкретними життєвими обставинами, в які потрапляла людина та перекликається не тільки з нормами права, а й з релігійними нормами та звичаями, які складися в римському суспільстві.

Втрата свободи і обернення одного з подружжя в рабство або у полон мало наслідком припинення шлюбу в конкретних випадках. Жінка не мала права вступати у новий шлюб впродовж п'яти років після обернення її чоловіка у рабство чи потрапляння його у полон. У разі втрати особою римського громадянства, шлюб вважався дійсним згідно норм права народів.

Якщо захоплена в полон чи обернена в рабство особа поверталася потім до Риму, вона на підставі особливої юридичної фікції вважалася такою, що ніколи не втрачала ні свободи, ні громадянства, ні своїх окремих права. Вважалося, що влада такої особи над дружиною у шлюбі з чоловічою владою ніколи не припинялася. Шлюб без чоловічої влади як фактичний, а не юридичний зв'язок вважався припиненим. Але шлюб вважався таким, що продовжується, якщо подружжя разом перебували у полоні [5, с. 48-49].

Втрата римського громадянства відбувалася найчастіше з втратою свободи, що, в свою чергу, спричиняло втрату правоздатності. Відсутність правоздатності унеможливлювала укладання шлюбу чи збереження існуючого. Зміна сімейного статусу одного з подружжя також була підставою для припинення шлюбу, коли встановлювала такий ступінь агнатського споріднення його з іншим із подружжя, за якого укладання шлюбу було б неможливим.

У римському сімейному праві діяв принцип широкої свободи розлучення за весь час існування Римської імперії. Виділяли різні підстави та порядок розлучення в шлюбі з чоловічою владою та шлюбі без чоловічої влади.

Відомі дослідники римського приватного права Д. Грімм, Г. Дернбург, Ф. Шулін, В. Хвостов, аналізуючи інститут припинення шлюбу в Римській державі, зокрема, шляхом розірвання, розглядали два його різновиди: односторонній (repudium) та двосторонній (divortium). Наприклад, Г. Дернбург використовує в контексті названих понять наступну модель: 1) розлучення як загальне поняття, що визначає стан особи щодо шлюбу; 2) розірвання шлюбу як дія для досягнення стану розлученої особи; 3) шляхи (методи) досягнення мети: шляхом узгодження та методом одностороннього відречення [6, с. 23]. Таким чином, repudium та divortium у дослідника являються методами для досягнення мети – розлучення.

Натомість, у Ф. Шуліна спостерігається наступна модель: 1) припинення шлюбу (загальне поняття, яке має як явище три підстави, що були названі вище); 2) розлучення як одна з підстав припинення шлюбу; 3) розлучення здійснюється через repudium та divortium , які виступають в якості різновидів розлучення, але як однієї з підстав юридичного скасування шлюбу [7, с. 226-236].

Не дивлячись на певні термінологічні відмінності конструкцій, для обох дослідників repudium та divortium являються поняттями одного рівня, що відрізняються формою та змістом, але обидва передбачають у різний спосіб скасування юридичної чинності законного шлюбу. Відмінності в конструкціях дослідників часто полягають в різному тлумаченні даних понять.

Л. Загурський не визнає фактично загального поняття розлучення, а вважає, що воно існує в двох конкретних формах – розлучення за волею обох одружених (divortium) та за волею одного (repudium), які, на його думку, мають виключно технічне значення [2, с. 51-56].

Л.Н. Казанцев у своїх працях [8] також вживає ці два терміни. Однак, на думку науковця, вони виникли не одночасно. Згідно положень римського приватного права, які допускали розірвання шлюбу за ініціативою чоловіка без врахування інтересів дружини, можна припустити, що історично першою виникла така форма розірвання шлюбу як repudium. Лише з того періоду, коли римська традиція допустила можливість розірвання шлюбу за ініціативою жінки, виник divortium [8, с. 138]. Це було підтверджено працями Феста та Цицерона. В. Єфимов вважав, що divortium – це загальне поняття, яким позначалося розлучення в Римі, а repudium – припинення шлюбу по заяві одного з подружжя.

Таким чином, ми можемо припустити, що розірвання шлюбу в Римі могло бути одностороннім, коли одна сторона відмовлялася від продовження існування шлюбного союзу, та двостороннім – коли шлюбний союз припиняється за згодою обох із подружжя. Римське право знало ці два види розлучення і для кожного з них підібрало відповідний термін: repudium та divortium. Необхідно зазначити, що римське сприйняття розірвання шлюбу (розлучення) не відповідає його українським чи іншим аналогам. Оскільки, як правило, розірвання шлюбу передбачає залучення публічної влади до таких відносин, в той час як у відносини римлян при припиненні шлюбу влада не втручалася [8, с. 139].

Розлучення в період ранньої республіки зустрічалися рідко, а перший випадок датується 306 роком до н. е. у Валерія Максима (коли Луцій Антоній розлучився з дружиною, за що цензорами був виключений з сенату) або 231 (або 227) роком до н. е. у Сервія Сульпіція (коли консул Спурій Карвілій за згодою цензорів розлучився з дружиною через її безпліддя) [7, с. 229].

Оскільки розірвання шлюбу римським суспільством допускалося, але не схвалювалося, тому для того, щоб вчинити

його, необхідне виконання наступних трьох умов: 1) з дружиною не можна розлучитись тільки за бажанням, а виключно у випадку дійсної необхідності та за розпорядженням pater familias; 2) необхідно отримати дозвіл сімейного суду; 3) розлучення допускається, якщо проступок дружини є достатньою підставою для цього [9, с. 35-36].

Безпідставне розірвання шлюбу розглядалося як безчесне діяння, жерці відлучали чоловіка, і він жертвував частину свого майна, щоб умилостивити тих богів, під заступництвом яких укладався шлюб. Правильний шлюб з чоловічою владою можна було розірвати тільки з ініціативи чоловіка і тільки тоді, коли були відповідні підстави, наприклад, аморальна поведінка дружини. Тому, належна підстава, необхідність, розпорядження домовладики та дозвіл сімейного суду – умови, які мали бути дотримані при розірванні шлюбу.

Одним із обрядів припинення шлюбу було принесення у жертву частини свого майна богині Церері, яка вважалася покровителькою шлюбів. Це робилося тому, що існував принцип – хто розриває шлюбні узи, той повинен бути покараний. Хоча, в дійшовших до нас пам'ятках римської історії не згадується жодного прикладу застосування накладення такого штрафу. Згідно з царськими законами, правило про сплату штрафу за розлучення не застосовувалося в тих випадках, коли дружина здійснювала прелюбодіяння або ж була п'яницею. Ці злочини були в очах римлян достатньо тяжкими і винні піддавалися за це найсуворішому покаранню – смертній карі. Так, чоловік, що спіймав дружину на прелюбодіянні, міг вбити її не залежно від того чи був укладений шлюб cum manu чи sine manu [8, с. 136-142]. Безпідставне, несправедливе розірвання шлюбу чоловіком розглядалося як пряма образа дружини та її родини, могли викликати помсту з боку ображеної сторони, навіть до кровної помсти. Тому, для того, щоб уникнути негативних наслідків, чоловік повинен був заручитися підтримкою родичів дружини на розірвання шлюбу, а тому, родичі дружини разом із її чоловіком обговорювали поведінку дружини і вирішували питання про розірвання шлюбу [8, с. 145-146].

Таким чином, поступово почав формуватися специфічний орган – сімейний суд, серед функцій якого був розгляд питань, пов'язаних із розірванням шлюбу. Л. Казанцев у своїй праці [8] позначає його як «домашнє судилище».

На початкових етапах свого формування сімейний суд складався з числа родичів подружжя, а тому був досить добре знайомий з особливостями їх шлюбного життя. Л. Казанцев наголошує, що спочатку сімейний суд складався із чоловіка та інших агнатів сім'ї. В тому випадку, якщо вирішувалося питання про покарання дружини та розірвання шлюбу в результаті її аморальної поведінки – то до сімейного суду долучалися родичі дружини, наприклад, її батько, інші родичі чоловічої статі. Про такий склад сімейного суду свідчать твори Плутарха та Діонісія. Згодом, до розгляду справи про розлучення, могли залучатися й ті особи, які не були родичами заінтересованих осіб, наприклад, друзі подружжя чи одного з них [8, с. 149].

Отже, враховуючи зазначене, можна зробити висновок, що воля чоловіка щодо розірвання шлюбу не була вже й така безмежна. Вона обмежувалася певними підставами для розірвання, рішеннями сімейного суду і, врешті решт, моральним осудом суспільства. Крім того, в сімейні справи від імені суспільства втручалися також цензори. Офіційно норми про «домашнє судилище» були відсутні в римському законодавстві, однак про нього згадується, опосередковано, у працях Діонісія з посиланням на царські (архаїчні) закони Ромула. Тому, ми можемо припустити, що створення та діяльність «сімейного суду» ґрунтувалися на звичаєвому праві, а його обов'язковість була зумовлена необхідністю захисту дружини від самоуправства чоловіка та підтримувалася римською традицією. А завдяки консерватизму римського приватного права такий специфічний інститут зберігся аж до часів пізньої республіки [8, с. 149]. На підтвердження обов'язковості сімейного суду для розгляду ним справи про розлучення, в римській історії відомим є випадок, коли в 450 році від заснування Риму цензори M. Valerius Maximus та C.I. Bubulcus виключили Люція Антонія (L. Antonius) з членів сенату за вчинене ним роз-

лучення без скликання сімейного суду, тобто, «порушив старий, освячений віками звичай» [8, с. 149].

В науковій літературі висловлюється позиція, що ініціатором скликання сімейного суду є чоловік, який одночасно відіграє в ньому головну роль. Однак, Л. Казанцев вважає, що кожен із членів сімейного суду має однакове право голосу, без жодних переваг, обґрунтовуючи свою позицію сентенціями Діонісія Галікарнаського, який прямо говорив про «постановлення рішення когнатами разом із чоловіком». В той же час Тацит згадував про Платіуса, який «з особливого дозволу влади розглядав, по древньому звичаю, в присутності рідних дружини справу про її провини і визнав її невинуватою» [8, с. 149]. На основі цього, Тацит робить висновок, що тільки чоловік був суддею проступків своєї дружини, а її родичі лише брали участь у слуханні справи. В ході проведеного дослідження ми не підтримуємо висловлену в літературі позицію про виключне право чоловіка на здійснення судочинства в межах домашнього суду. Вважаємо, що як чоловік, так і родичі дружини були рівноправними у своєму становищі. Крім того, родичі виступали одночасно свідками слухання справи про розірвання шлюбу, а також забезпечували неможливість зловживання з боку чоловіка, правильність, справедливість та відповідність покарання дружини тій провині, яку вона вчинила.

В процесі розвитку шлюбно-сімейного права Стародавнього Риму, зокрема в частині розірвання шлюбу, поступово формувався принцип, що чоловік не має права розривати шлюб без належної підстави. Такі підстави напрацьовувалися посередництвом шлюбних договорів, інших шлюбних домовленостей, в результаті чого, з часом вони стали загальноприйнятими, звичними. А тому їх наявність стала безумовною підставою для надання згоди сімейним судом на розірвання шлюбу. Разом з тим, наявність таких підстав не зобов'язувала чоловіка та домашній суд, оскільки вони не були доведені до статусу законних, а тому не було заборони відлучати жінку від чоловіка по інших, крім загальновизнаних, підстав. Таким чином, члени сімейного суду, обмежуючи зловживання чоловіка про відлучення від шлюбу дружини та спостері-

гаючи за дотриманням загальновизнаних підстав для розірвання шлюбу, мали можливість вибору. Тобто, вони могли прийняти рішення про розірвання шлюбу за наявності підстав, які не належали до загальноприйнятих, і, відповідно, тим самим напрацьовували нові підстави для розірвання шлюбу, а також видозмінювали старі [8, с. 152].

Цими обставинами, певною мірою, пояснюється, чому римляни до імператорського періоду не виробили чітких, законодавчо встановлених підстав для розірвання шлюбу. Законодавча влада навіть не намагалася втручатися у регулювання відносин, пов'язаних із розірванням шлюбу, повністю залишаючи це питання в компетенції сімейних судів та моральних звичаїв, які спрямовували діяльність таких судів. Публічний інтерес та втручання законодавчої влади в процес розлучення починає спостерігатися лише в кінці республіканського, на початку імператорського періоду у зв'язку із занепадом моральних устоїв Риму та масовим збільшенням кількості розлучень.

Релігійна церемонія укладення шлюбу, хоча іноді й слугувала для виникнення особливих підстав для розірвання шлюбу, пов'язаних наприклад, із різницею у релігійному світосприйнятті, по суті являлася обставиною, яка ускладнювала розірвання шлюбу. Жінку, введену в дім з релігійними церемоніями, досить складно було відлучити від дому, оскільки вважалося, що боги, покровителі шлюбу, покарають за розірвання того, що було освячене [8, с. 154-155]. Особливо така тенденція проявилася із виникненням суто релігійної форми шлюбу – конфарреції. Адже в урочистих обрядах, які здійснювалися перед жрецями за цієї форми шлюбу, дружина виступала перед лицем богів як особа, рівноправна чоловікові, а їх відповідальність перед богами була спільною. Тому, якщо шлюб укладався у формі конфарреації, то розірвання такого шлюбу здійснювалося надзвичайно рідко, лише у окремих, виключних випадках. Безумовно, за наявності провини жінки, навіть такий шлюб розривався, але це відбувалося лише за найбільш тяжкі провини дружини. При цьому, ми не беремо до уваги такі підстави як перелюбство, п'янство тощо, оскіль-

ки за такі діяння дружини, як нами було з'ясовано вище, взагалі передбачалася смертна кара за рішенням сімейного суду. Отже, можливість розірвання шлюбу, укладеного у формі конфарреації, у римському приватному праві та римському суспільстві була зведена до мінімуму. Більше того, дехто із науковців взагалі заперечує можливість розірвання шлюбу, укладеного у формі конфарреації [10, с. 17]. Однак, така позиція є невірною, оскільки в Римі існував особливий релігійний акт, протилежний конфарреації і спрямований на знищення тієї спільності, яка виникла в результаті конфарреації – діффарреація (diffarreatio). Цей релігійний акт скасовував релігійну єдність подружжя, і, відповідно, скасовував шлюбний союз, що ґрунтувався на конфарреації, а тому розглядався як форма розірвання шлюбу. Разом з тим, деякі науковці у своїх працях вважають, що діффарреація застосовувалася не з метою розлучення подружжя, а як засіб припинення шлюбу перед здійсненням смертної кари над жінкою за рішенням сімейного чи публічного суду. Однак, Л. Казанцев вважає таке пояснення малоймовірним, оскільки не вбачав потреби у розірванні шлюбу перед смертною карою і виявляв подив, чому жінка не могла бути страчена, залишаючись дружиною. Крім того, вирок міг бути й невиконаний, а тому, шлюб лише припинявся за допомогою діффарреації [8, с. 156].

Загалом, на основі проведеного дослідження, ми можемо прийти до думки, що розірвання шлюбу не залежало від того, в якій формі він укладався: світській чи церковній. Але розірвання шлюбу, укладеного в формі конфарреації, хоч і здійснювалося на тих самих підставах, що й розірвання шлюбу у формі коемпції або узусу, було явищем надзвичайно рідкісним в римському суспільстві.

Якщо розглядати особливості процедури розірвання шлюбів, укладених у формі коемпції та узусу, то одного вигнання чоловіком дружини з дому було недостатньо для розлучення, оскільки вона все одно залишалася під його владою. Вимагалося здійснення спеціального цивільного акту – реманципації, результатом якої було розірвання того взаємозв'язку, що склався між подружжя:

один владарює, інша – підкоряється. Тому, й використовувалася реманципація як акт манципації дружини чоловіком третій особі, яка після цього звільняла дружину з-під своєї влади шляхом манумісії. Причому, як зазначав Цицерон, шлюб у формі коемпції міг бути розірваний і без причини з боку чоловіка. Але таке твердження було характерне для римського суспільства часів республіки, тобто, з того часу, коли й жінка одержала право на розірвання шлюбу за своєю ініціативою, чого раніше не існувало.

Висновки. Таким чином, узагальнюючи все вищесказане, можна констатувати наступне. З моменту виникнення такого інституту сімейного права як шлюб, одночасно виник механізм, спрямований на його припинення – розірвання шлюбу або розлучення. Із вдосконаленням вчення про шлюб, відповідно, вдосконалювався й механізм його розірвання. Можливість розлучення із самого початку підлягала строгій регламентації. Спочатку чоловік був обмежений у праві розірвання шлюбу сімейним судом, а згодом сукупністю певних підстав для його розірвання. Однак, із поступовим занепадом впливу родових спільнот на приватно-правове життя їх членів, і обумовленим цією підставою розвитком особистих прав дружини і чоловіка, обмеження у праві розірвання шлюбу поступово зникають, а свобода розлучень, навпаки, збільшується. Ускладнення сімейних відносин у зв'язку із покращенням особистого становища дружини у сім'ї чоловіка призводить до того, що збільшується кількість підстав до розірвання шлюбу, і, відповідно, причин, що виправдовують становище, яке склалося.

Тому, для древніх римлян розлучення асоціювалося не зі свободою цього явища, а, навпаки, зі строгою регламентацією. І хоча вільне розірвання шлюбу чоловіком допускалося, але не практикувалося, оскільки цьому протистояли строгі моральні засади стародавнього римського суспільства. У часи панування звичаєвого права не було і не могло бути колізій між правовими положеннями і правилами життя в суспільстві. У джерелах римського приватного права немає жодної згадки про який-небудь закон, який би дозволив розлучення, так само, як і немає римських

юристів, які б описуючи минулі часи, згадували б про такий закон [8, с. 160]. Але разом з тим, не можна стверджувати про те, що розлучення в Древньому Римі не існувало і з'явилося через певний час. Викладені вище обставини вказують на те, що розлучення допускалося, але було ускладнене по формі та обмежене у підставах, а тому, тривалий час не зустрічалося у римській практиці або було надзвичайно рідкісним явищем. Шлюби були міцними, оскільки підтримувалися громадською думкою та оберігалися цензорами. Розірвання шлюбу вважалося неприпустимим не в правовому, а в моральному аспекті.

1. *Дождев Д. В. Римское частное право: Учебник для студ. вузов, обучающихся по спец. «Юриспруденция» / Институт государства и права РАН; Академический правовой ун-т / В.С. Нерсесянц (общ. ред.). — 2.изд., изм. и доп. — М.: НОРМА, 2003. — 765с.*
2. *Дячук Л. В. Дослідження проблем розлучення у римському та греко-римському праві в ранньонову та нову добу / Л. В. Дячук // Вісник Київського нац. університету ім.Т.Г.Шевченка. Сер.: Юридичні науки. –2013. – № 2(96). – С. 51-56.*
3. *Новицкий И. Б. Римское частное право: Учебник / И. Б. Новицкий, И. С. Перетерский. – М.: Юриспруденция, 1999. – 544 с.*
4. *Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. – М.: Зерцало, 1997. – 608 с.*
5. *Борисова В.І. Основи римського приватного права: Підручник / В.І. Борисова, Л.М. Баранова, М.В. Домашенко та ін.. – Х.: Право, 2008. – 224 с.*
6. *Дернбург Г. Пандекты. Т. III (книги IV и V). Семейное и наследственное право. Под ред. А.С. Кривцова. – С.Петербург: «ПРАВО», 1911. – 123 с.*
7. *Шулин Ф. Учебник римского права / Ф. Шулин / Пер. с нем. И.И. Щукина. Под ред. В. М. Хвостова. – М.: Тип. Э. Лисснера и Ю. Романа. – 1893. – 609 с.*
8. *Казанцев, Л. Н. О разводе по римскому праву в связи с историческими формами римского брака. Период языческий / Л. Н. Казанцев. – Киев: Тип. Имп. ун-та св. Владимира, 1892. – 247 с.*
9. *Агафонов С. Особливості припинення шлюбу розлученням за стародавнім римським цивільним правом / С. Агафонов // Юридичний журнал. – 2010. – № 5. - [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.justinian.com.ua/magazine.php?id=52.*

10. Danz. Rom Rechtsgeschichte. Emstein. Melanges. P.17.

Олійник О.С. Особливості припинення шлюбу в давньоримському суспільстві: теоретичний аспект

В статті розглянуті загальні, найбільш поширені підстави для припинення шлюбу з чоловічою владою у давньоримському суспільстві. Разом з тим, наголошується, що їх виключний перелік є набагато ширший, пов'язаний з конкретними життєвими обставинами, в які потрапляла людина та перекликається не тільки з нормами права, а й з релігійними нормами та звичаями, які склалися в давньоримському суспільстві. Наголошено на тому, що в процесі розвитку шлюбно-сімейного права Стародавнього Риму виділяли різні підстави та порядок розірвання шлюбу залежно від того, в якому шлюбі перебувало подружжя: у шлюбі з чоловічою владою чи шлюбі без чоловічої влади.

Ключові слова: шлюб, шлюб з чоловічою владою, шлюб без чоловічої влади, припинення шлюбу, підстави для припинення шлюбу, розірвання шлюбу.

Олейник О.С. Особенности прекращения брака в древнеримском обществе: теоретический аспект

В статье рассмотрены общие, наиболее распространенные основания для прекращения брака с мужской властью в древнеримском обществе. Вместе с тем, отмечается, что их исключительный перечень намного шире, связанный с конкретными жизненными обстоятельствами, в которые попадает человек и перекликается не только с нормами права, но и с религиозными нормами и обычаями, которые сложились в древнеримском обществе. Отмечено, что в процессе развития брачно-семейного права Древнего Рима выделяли разные основания и порядок расторжения брака в зависимости от того, в каком браке находились супруги: в браке с мужской властью или браке без мужской власти.

Ключевые слова: брак, брак с мужской властью, брак без мужской власти, прекращения брака, основания для прекращения брака, расторжения брака.

Oliyinyk O.S. Features termination of marriage in ancient Roman society: a theoretical aspect

The article deals with the general, the most common grounds for termination of marriage with male authority in ancient Roman society. However, it is noted that there exhaustive list is much broader, related to specific life circumstances in which a person fell and regulated not only the law, but also of religious norms and customs, which were in ancient Roman society. There is emphasized that in the process of development of matrimonial law in ancient Rome were isolated different grounds and procedure of divorce, depending on whether the couple was married with male authority or without male authority.

Keywords: marriage, marriage to a man's power, male power without marriage, termination of marriage, grounds for termination of marriage, divorce.

Питльована В.П.

ФОРМУВАННЯ ДЕРЖАВНО-ПРАВОВИХ ІНСТИТУТІВ У ГАЛИЧИНІ В СКЛАДІ АВСТРІЇ (КІНЕЦЬ XVIII- ПОЧАТОК XIX СТ.СТ.).

УДК 340.12

Постановка проблеми. На даному етапі реформування в Україні державного апарата управління і, зокрема органів місцевого самоврядування, актуальним є звернення до досвіду функціонування таких органів у різні історичні періоди з метою поглиблення і розширення історико-правових знань про формування та взаємодію органів влади Австрійської імперії на приєднаних землях і, зокрема на Галичині (кінець XVIII- початок XIX ст.ст.).

Австрійська влада використовувала принцип самоврядування, який полягав у розмежуванні завдань і функцій урядового управління та місцевого самоврядування. Насправді ж австрійські державні органи контролювали діяльність органів самоврядування, які не були наділені будь-якою реальною владою.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Політична історія монархії Габсбургів знайшла достатнє висвітлення в історичній літературі. Це сотні публікацій німецькою, англійською, польською, російською, українською мовами таких дослідників, як М.Лозинський, В.Ванечек, М.Кріль, С.Гродзінський, Н.Гроссман, М.Никифорак, В.Кульчицький, Б.Тищик.

Метою даної статті є дослідження формування та діяльності державно-правових інститутів Австрії, а також системи управління на приєднаних землях, зокрема на Галичині наприкінці XVIII ст.

Виклад основного матеріалу. На початку XIX ст. територія, об'єднана габсбурзькою династією під назвою Австрійська імперія, включала численні землі у Центрально-Східній Європі, які умовно можна поділити на три групи. Першу з них становили землі німецьких держав (Верхня і Нижня Австрія, Штірія, Каринтія, Тіроль). Другу групу творили слов'янські землі (Крайна, Гориця, Хорватія, Славонія, Далмація, Закарпаття, Галичина, Бу-

ковина, Чехія, Моравія, Словаччина). Третя група – це Угорське королівство (Угорщина, Трансільванія)[3,с.12-13].

Політичний потенціал, який використовували Габсбурги, пристосовуючись до нових історичних умов, практично вичерпався вже у першій чверті XIX ст. Прикладом цього були проблеми державно-правового розвитку Австрії. Важливим у внутрішній політиці австрійської влади, окрім угорського, стало слов'янське питання. Воно відігравало істотну роль в політичному розвитку монархії. Політичні вимоги щодо своєї державності обґрунтовували чехи, словаки, словенці, хорвати, поляки, українці. Водночас ці народи різнилися рівнем освіченості, національної самосвідомості, що зумовлювалось їхнім історичним розвитком у відмінних геополітичних ареалах – австрійському й угорському (а українців, фактично, – у польському) [2,с.18].

Єдине, що об'єднувало всі ці народи в одному політичному організмі був інститут монарха. Австрія була абсолютною монархією, за якої влада (законодавча, виконавча, судова) повністю належала імператору. Розгалужений бюрократичний апарат повністю підпорядковувався монарху, представницькі інституції мали радше титулярний характер. Найбільша роль відводилася засобам примусу (війську, поліції, судовим установам тощо). Статус імператора у державному апараті виходив за норми писаного права. Діяло правило, згідно з яким монарх був єдиним "природним" та "первинним" інститутом держави, а будь-які інші органи – похідними від нього, ним створені, а відповідно і залежні[1,с.79]. Імператор формально був єдиним і найвищим творцем та джерелом права, незалежно від того, чи творив його сам, чи за його волею це робили підлеглі йому органи. Свої повноваження імператор здійснював здебільшого особисто, за допомогою постійного уряду, роль якого виконувала його особиста канцелярія, наділена значними функціями.

Найвищою посадовою особою в Австрії був монарх із династії Габсбургів, який мав титул імператора Священної Римської (Німецької) імперії. До XVI ст. окремі землі і держави, що входили до складу володінь Габсбургів, об'єднувалися лише монар-

шою особою. Це відображалося в офіційних титулах. Так, повний титул Фердинанда І, який правив у 1526–1564 рр., звучав як „Римський імператор, розширювач імперії, король і курфюрст чеський, апостольський король угорський, крайнський і сілезький, маркграф моравський і лужицький, граф тірольський, горицький і істрійський”[4, с. 170].

Після приєднання нових територій до складу Австрійської держави доповнювалися офіційні титули імператорів. Так, після приєднання Галичини до довгого титулу імператора Священної Римської імперії додалися слова „король Галичини і Лодомерії”. Надавши Буковині внаслідок її включення до Австрії статус герцогства, монарший титул доповнився словами „герцог Буковини”. Після Віденського конгресу у 1815 р. цей титул розширився знову – додано фразу „великого князя краківського”, а з 1850 р. – „герцога Затора і Освєнцима”[4, с. 173].

В умовах освіченого абсолютизму Австрійська централізована держава вимагала уніфікації інститутів управління. Реформи імператриці Марії Терезії створили, фактично, нову державу, посиливши централізацію державного управління монархією, землі якої охоплювали майже третину тогочасної Європи.У 1743 р. було утворено новий орган державного управління під назвою Державна канцелярія, що була перейменована згодом на Таємну придворну державну канцелярію, до складу якої увійшли три державні міністри, три державні радники і один референт[5,с.123].

Повноваження Державної канцелярії у період правління Марії Терезії та Йосифа ІІ та її місце в системі державного управління помітно змінилися. Її повноваження та розширення сфери впливу віддзеркалювалися в офіційних назвах: Чесько-австрійська канцелярія (1749 р.), Директорія у суспільних і фінансових справах для чеських і австрійських земель (1752 р.), Об’єднана придворна чесько-австрійська канцелярія (1761 р.), Об’єднана придворна палата (1782 р.), Камеральна та суспільно-політична дирекція (1792 р.), Об’єднана придворна канцелярія (1802 р.). Ця установа, яку очолював Вищий канцлер, відала всіма внутрішніми справами, за винятком фінансових та судових. У 1742 р. була

утворена Особлива канцелярія, у відання якої в 1760 р. перейшли питання зовнішньої політики, вилучені з компетенції Державної канцелярії. Особлива канцелярія з деякими змінами проіснувала до 1848 р. (як зрештою і державна). У другій половині 1761 р. через створення Державної ради засновано найвищу над усіма надвірними установами дорадчу колегію, яка мала дбати про координацію роботи усіх офіційних установ в імперії[5,с.123].

Чергова реорганізація апарату управління припадає на перше десятиріччя XIX ст. Тоді були сформовані чотири головні відомства загальнодержавного значення – управління внутрішніх, зовнішніх, військових і фінансових справ. У 1814 р. була утворена як дорадчий орган Конференційна рада. До її компетенції входило також додаткове вивчення питань після їх обговорення Державною канцелярією. Зовнішньополітичні проблеми імперії до 1848 р. перебували у віданні Придворної канцелярії. Військовими справами до 1848 р. займалася Придворна військова рада. З 1808 р. військовий міністр мав фактично декоративні функції, а у 1812 р. ця посада в державі була ліквідована. Найважливішими справами, пов'язаними з управлінням окремими краями монархії, відали окремі Придворні канцелярії: чеська, угорська, семигородська, волоська, нідерландська і галицька. Кожну з них очолював канцлер. Усі вищенаведені Придворні канцелярії розміщувалися у Відні і підпорядковувалися безпосередньо правлячому імператору.

Галицька придворна канцелярія була створена у 1774 р., але ще якийсь період не мала чітко визначених повноважень. На час створення, ця канцелярія займалася втіленням у життя австрійської загальнодержавної внутрішньої політики на новоприєднаних землях. У 1776 р. Галицька придворна канцелярія була ліквідована, а справи стосовно Галичини перейшли у відання Об'єднаної придворної чесько-австрійській канцелярії. Окрема канцелярія для королівства Галичини і Лодомерії була відновлена у 1797 р. під керівництвом Й. Майлата. У 1802 р. галицькі справи знову увійшли до компетенції Об'єднаної придворної канцелярії, яка відала ними протягом півстоліття[6, с. 66].

Протягом довгих років діяльності місцевих сеймів Австрійської імперії, їх правовий статус зазнав значних змін, що було зумовлено історичною еволюцією самої держави. Тогочасні сейми, поруч з розпорядженням незначною частиною грошей, які формували крайовий фонд (*Domesticalfond*), вирішували питання місцевих зборів і податків. Виглядає на те, що регіони не зовсім були задоволені фінансовою політикою Відня, що особливо добре помітно на прикладі новоприєднаної Галичини[5,с.123].Пропозиція австрійського уряду в податкових справах називалася постулатом, звідси виникла також назва на означення тих сеймів як постулатових. Пропозиція-постулат у той час не торкалася вже питання, чи сейм погоджується на збирання податків, а виключно – справи, яким чином належить провести розподіл податків і як їх практично стягнути. Австрійський уряд не виступав перед сеймами з пропозицією про схвалення податку, а прямо – з вимогою або постулатом його затвердження. Звідси, як вже вказувалося, на означення сеймів на цій фазі їх розвитку сформувалася окрема назва постулатові сейми (*Postulat – Landtage*). Компетенція сеймів звузилася виключно до розв'язання питань місцевого оподаткування, але австрійські монархи неодноразово самостійно запроваджували нові податки без передбаченого узгодження з місцевими сеймами [6, с. 68].

Взаємодія центральних і місцевих органів Австрійської імперії відбувалася шляхом безкомпромісного домінування центральної влади. Під назвою патентів, мандатів, едиктів, надворних декретів імператори фактично формували законодавство, яке регулювало різні сфери правовідносин: від найважливіших і найбільш основних і до незначних питань, з обов'язковою силою для усіх країв, без участі, навіть формальної, місцевого населення та їх представницьких органів – сеймів. Від їх волі залежало виключно поставити такого роду справу на обговорення сейму, що, до речі, зустрічалося досить рідко. Думка, яку висловлював у такому випадку сейм, не мала однак для них ніякої юридичної сили.

Подібно виглядала справа і щодо самостійних пропозицій, які сейми представляли в крайових питаннях монарху. Він міг не

тільки відмовити їм у затвердженні, але навіть самовільно змінити постанову, а навіть всупереч думці сейму вирішити те чи інше питання в інший спосіб. Монарх і сейми, таким чином, не були однаково уповноваженими факторами крайового і державного законодавства. Законодавча влада фактично знаходилася в руках монарха, сейми натомість брали в законодавчій діяльності тільки формальну участь, що зрештою було необов'язковою і властиво зовсім непотрібною справою.

Під час правління австрійської імператриці Марії Терезії (1740-1780) керівництво сеймами перейшло до губернаторів – голів крайового уряду, які призначалися безпосередньо монархом, не залежали від сейму і користувалися, попри інші широкі повноваження, навіть правом розпуску сейму (раніше керівництво сеймами перебувало в руках старост чи земських маршалків). Ще XVIII ст. став відчутним занепад місцевих станових сеймів Австрійської імперії. Назріла необхідність реформи місцевого самоврядування, оскільки існуючі раніше у землях і воєводствах Речі Посполитої генеральні та партикулярні сеймики разом з інститутом польського вального сейму становили єдину державно-правову інституцію. Разом з тим, сеймикування забирало у шляхти досить багато часу[4].

Поряд з цим польські сеймикові органи, що надавали всій місцевій шляхті рішучий вплив на хід публічних справ, перебували в разючій суперечності з особливостями державного і суспільного ладу Австрійської імперії. Уряд скасував інститут польських шляхетських сеймиків, які відігравали велику роль в політичному житті Речі Посполитої і прийняття багато державних постанов залежало від їхньої волі [7,с.41]. Один тільки раз – в 1773 р. скликано по циркулах сеймики для виборів по два делегати, які в свою чергу, зібравшись у головному місті циркулу, повинні були вибрати зі свого середовища по шість делегатів для підписання у Львові акту про перехід галицьких земель під панування Австрії. На цих сеймиках прийнято для делегатів інструкції за давним зразком польських сеймиків, які, однак, не мали вже ніякого значення.

Після того, як на галицьких теренах з'явилися австрійські війська, і проголошено про приєднання Галичини до складу Ав-

стрійської імперії, у Львові обладнано резиденцію австрійського генерал-губернатора та центр адміністративної влади нової провінції – Королівства Галичини та Лодомерії з князівством Освенцимським і Заторським. 4 жовтня 1772 р. мешканці Львова, що перетворився на важливий адміністративний центр, склали урочисту присягу новій владі, а вже 1793 р. у місті скасовано магдебурзьке право. Із усього переліку прав самоврядування за містом залишалося обмежене право судочинства й управління громадським майном. На території Галичини створювались "юридики" – ділянки, вилучені з підпорядкування міських властей[2,с.41].

У 1793 р. Йосиф II видав патент, що проголошував міською владою магістрати. Функцію нагляду мали виконувати міські відділи, до складу яких мали входити кількадесят міщан, визначених шляхом голосування. Магістрати складались з кільканадцяти обраних на чотири роки райців (з початку XIX ст. – пожиттєво). Саме магістрату належала основна влада в місті, а міський відділ виконував лише обмежений нагляд над деякими його діями. Бургомістр був просто державним чиновником, з тією тільки різницею, що оплачувався з міської, а не з державної каси Магістрат поділявся на три сенати: цивільний, карний і політичний. Два перші виконували функцію судочинства, а останній займався господарськими справами. Сфера діяльності цивільного сенату охоплювала і питання торгівлі. Карний сенат виносив покарання лише в тій місцевості, де діяв, розглядаючи справи незалежно від стану. Політичний сенат, окрім адміністративних справ, розглядав конфліктні відносини по лінії підданства [2, с. 43].

Йосифінський патент окремим документом було 31 серпня 1786 р. застосовано до організації влади міста Львова. Зорганізований у такий спосіб львівський магістрат розпочав свою роботу з 1 грудня 1787 р. На чолі львівського магістрату перебував президент і віце-президент. У його складі працювали 12 радників у цивільно-карних справах, 4 у політичних справах, 4 секретарі, 4 протколісти, та 24 інших службовців. Крім того, допоміжні функції виконували 20 осіб – судові слуги, сторожі, доглядачі в'язниць і один кат.Нова система влада залишила за Львовом обмежене самоврядування. Міський відділ зріс до 60 осіб, однак в умовах над-

мірної бюрократизації не мав вагомого значення при магістраті, що переважно складався з приїжджих чиновників – німців і чехів [2, с. 43].

За Йосифа II модернізаційні реформи, що мали запобігти відставанню імперії Габсбургів від Пруссії, набули ще більшого розмаху. Підхід до реформування суспільства був комплексним: зміни одночасно відбувалися у всіх сферах життя. Реформа управління зробила центральною постаттю місцевої адміністрації державного чиновника (бюрократа), було проведено переписи населення та земельних володінь, упорядковано систему обліку і контролю (особливо скрупульозно переписано земельні володіння). Військова реформа ввела обов'язкову військову повинність та централізований рекрутський набір. Значний вплив на розвиток держави мали реформи у сфері освіти, релігії та аграрних відносин (1784 р. сільським громадам надано право самоврядування; змінився статус священиків, які стали державними службовцями). Йосифінські реформи мали на меті покращити матеріальне становище жителів імперії, дати їм освіту, урівняти у правах, щоб зробити свідомими громадянами та надійними платниками податків. Суспільство таких громадян, згідно з засадами Просвітництва, мало служити гарантією могутності імперії[7, с. 43].

Після смерті Йосифа II (1790 р.) у правлячих колах імперії на заміну реформаторству, лібералізму й освіченому абсолютизму приходять консерватизм та контрреформізм. Спадкоємці Йосифа II – Леопольд II (1790-1792) та Франц I (1792-1835) побоюючись, що поглиблення реформ може спровокувати щось подібне на Французьку революцію, майже до середини XIX ст. відмовилися від ідей та практики модернізаційного курсу, звівши йосифінські реформи нанівець.І лише революційна хвиля 1848-1849 рр. започаткувала новий етап модернізації імперії, у тому числі і в сфері управління підлеглими територіями. [7, с. 44].

Висновки.Таким чином, у XVIII ст. в Австрії посилився процес централізації державного управління. Було створено достатньо ефективну систему управління підвладними територіями як у центрі, так і на місцях. Їхні методи управління повністю відповідали традиціям австрійського абсолютизму. Спроби модернізува-

ти державно-правову систему були половинчастими і залежними від вимог часу. Та навіть попри певні невдачі у модернізації, Габсбурзька імперія трималася завдяки особі цісаря та численного бюрократичного апарату.

1.Кульчицький В. Кодифікація права на Україні у XVIII ст. / В. Кульчицький. – Львів: Вид-во Львівського університету, 1958. – 30 с.

2.Кіселичник В. Міське право та самоврядування громади Львова (друга половина XIX – початок XX століття) : монографія / В. Кіселичник. – Львів : ЛьвДУВС "Край", 2008. – 352 с.

3.Сухий О. Галичина : між Сходом і Заходом. Нариси історії XIX – початку XX ст. / Олексій Сухий. – Львів, 1999. – 226 с.

4.Sytuacja prawna i gospodarcza żydów. Relacja współczesnego podróżnika (XVIII w.) // Galicja od pierwszego rozbioru do Wiosny Ludów. 1772–1848 / oprac. M. Tyrowicz. – Kraków-Wrocław : Wyd-wo Zakł. Ossolińskich, 1956. – S. 52–54.

5.Ajnenkiel A. Konstytucje Polski w rozwoju dziejowym : 1791–1997 / A. Ajnenkiel. –Warszawa : Rytm, 2001. – 415 s.

6.Grodziski S. Postulaty szlachty Galicji Zachodniej z okazji holdu w 1796 roku / S. Grodziski // Czasopismo prawno-historyczne. – 1968. – T. 20. – Z. 2. – 391 s.

7.Гошко Ю. Звичаєве право населення Українських Карпат та Прикарпаття XIV–XIX ст. / Ю. Гошко ; Інститут народознавства НАН України. – Львів, 1999. – 336 с.

Питльована В.П. Формування державно-правових інститутів у Галичині в складі Австрії(кінець XVIII- початок XIX ст.ст.).

Стаття присвячена аналізу формування та діяльності державно-правових інститутів Австрійської імперії на території Галичини (кінець XVIII- початок XIX ст.ст.).В статті було досліджено достатньо ефективну систему органів управління австрійської влади на підвладних їй територіях - як у центрі, так і на місцях(зокрема на Галичині).

Ключові слова: патент, імперія, губернатор, сейм, Придворна канцелярія, монарх.

Пытльованая В.П. «Формирование государственно - правовых институтов на Галичине в составе Австрии (конец XVIII– начало XIXст.)

Статья посвящена анализу формирования и деятельности государственно-правових институтов Австрийской империи на территории Галичины(конець XVIII- начало XIX ст.ст.). В статье было исследовано достаточно эффективную систему органов управления австрийской власти на подконтрольных ей территориях – как в центре, так и на местах(особенно на Галичине).

Ключевые слова: патент, империя, губернатор, сейм, Придворная канцелярия, монарх.

Pytlovana V.P. The formation and activities of state and legal institutions of the Austrian Empire in Galicia (end XVIII- early XIX centuries).

The article analyzes the formation and activities of state and legal institutions of the Austrian Empire in Galicia (end XVIII- early XIX centuries). The article deals with sufficiently effective system of controls Austrian authority on dependent territories - both in the center and on the ground (especially in Galicia).

Keywords: patent, empire, gubernator, seim, court chancellery, monarch.

Саветчук Н.М.

ДЕРЖАВНО-ПРАВОВІ ІДЕЇ І.ФРАНКА В ПРОЦЕСІ СУЧАСНОГО ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ

УДК 340.12

Постановка проблеми. Реалії сьогодення в Україні вимагають від багатьох наук, і особливо від юридичних, ретельного дослідження проблем, пов'язаних із державотворчими суспільними ідеалами, уявленнями про справедливість, вільний розвиток людини та цінність її природних прав.

Розбудова правової демократичної держави в Україні вимагає подальшої наукової рефлексії юриспруденції і осмислення, перш за все, творчої спадщини найвидатніших вітчизняних представників державно-правової думки. Зважаючи на те, що Україна сторіччями перебувала в складі імперій чи інших держав, українську державно-правову думку досліджували мало. До того ж у радянські часи погляди мислителів на державу і право розглядалися з погляду марксистської філософії.

Ґрунтовне та об'єктивне дослідження вітчизняної прогресивної державно-правової думки почалося лише після утворення української держави. Йдеться про повернення українському народу інтелектуальної спадщини видатних мислителів України, одним із найяскравіших представників якої є І. Я. Франко.

Державно-правові погляди І.Франка набагато випереджали свій час. Ідеї, проголошені ним в другій половині XIX – на поч. XX століття, які не могли бути реалізовані сто років тому, є актуальними для сучасного українського державотворення, особливо

стосовно прав і свобод людини, принципів організації місцевого самоврядування, децентралізації державної влади.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Погляди І.Франка на державу, на сутність права, державну владу досліджували О.Скакун, Я. Грицак, О. Білецький, І. Денисюк, І. Дорошенко, Є. Кирилюк, Є. Маланюк, І. Лисяк-Рудницький, О. Забужко, Т. Гундорова, В. Мазепа, Н. Горбач, С. Возняк, О. Бунчук та ін.

Метою статті є здійснення комплексного та системного державно-правового аналізу творчості видатного українського мислителя І. Франка з точки зору висвітлення його державотворчих ідей в умовах розбудови незалежної України.

Виклад основного матеріалу. І.Франко у своїх наукових і публіцистичних працях, художніх творах подав вагомі ідеї української державності та суспільного ідеалу, його теоретико-наукові роздуми були спрямовані на пошук шляхів розв'язання суспільно-політичних, державно-правових проблем, реалізацію прав і свобод людини, осмислення таких складних соціальних явищ як право, держава, влада. У питаннях оцінки тогочасних реалій він виходив із позицій таких загальнолюдських цінностей як природна рівність індивідів, свобода, соціальна справедливість та політична рівноправність людей.

Мислитель у своїх державно-правових поглядах, в підходах до розуміння і оцінки держави, державної влади, волеустановленого права та їх призначення виходив із теорії прав і свобод людини, яка визначає, що людина сама собою є певним буттям, вільною істотою і має належні й невід'ємні від її сутності права. Ці права не є даром держави або установленими волею влади вони мають іншу природу. «Людина, як одна, так і інша, рівною мірою виходить з рук природи. Лише суспільні взаємини, в які вона потрапляє, робить з однієї людини селянина, з іншої – пана, з однієї – робітника, з іншої – паразита...»[1,с.25]. Сутність концепції права І.Франка полягала, таким чином, у відстоюванні думки, що природні права людини – право на життя, свободу, гідність, рівність і справедливість – є вищим від встановленого державою законодавства.

І. Франко добре знав монархічне законодавство Австро-Угорської імперії і Польщі, під владою яких перебували українські землі. Письменник старався вдосконалити право власності, врегулювати право селян на земельні наділи. І. Франко добре орієнтувався в конституційному праві, вивчав кримінальне, цивільне і земельне законодавство Австро-Угорщини, цікавився питаннями міжнародного права. Його передвиборні виступи містять оцінки законодавчих актів уряду і актів правозастосування. Розглядаючи справедливість і право, справедливість і рівність у тісному зв'язку, І. Франко не прирівнював їх, він оцінював право з позиції справедливості. На думкумислителя, право призвано регулювати відносини між людьми, користування і розподіл продуктів праці, охороняти свободу і недоторканість особистості, а не державу в особі бюрократичного апарату. І. Франко вимагав, щоб у праві були втілені ідеї гуманізму, справедливості, прав і свобод особи і суспільства[2].

І.Я.Франко як видатний мислитель, критик, особливо в зрілому віці шукав відповіді на пекучі питання всієї людської історії, а саме на причини виникнення держави і державної влади, розкриття їх ролі в суспільному житті. Тогочасне суспільство, в якому він жив і творив, мало багато недоліків, було тягарем основного загалу народу і не могло називатися вповні людським і цивілізованим. Тому І.Франко аналізує еволюційні процеси в розвитку людського суспільства, переосмислює різноманітні теорії державно-правових вчень, шукає в них істину, прагне осягнути глибинну суть держави і, особливо, державної влади.

Які ж чинники привели до появи державної влади? Відповіді на ці питання І.Франко дає у своїх працях «Що таке поступ?», «Мислі о еволюції в історії людськості» та ін. На його думку, передумовами державної влади були військова сила та релігія. «…При помочі релігії та обрядів слуги народу зробилися панами народу! Таким способом первісні самоуправні і народоправні общини самі з себе витворили абсолютних владців: королів, князів, царів. Вояцтво, збагачене війнами, розсілося круг верховного владця, пробилося лицарями, боярами, панами» [3,с.144]. Це призвело до

розвалу первісних общин і заміни громадського самоуправління державним управлінням, що спричинило значні як прогресивні, так і негативні зміни в історії людського суспільства. Тобто, з одного боку, це було явище прогресивне, бо на зміну «первісної дикості, неорганізованому способі праці прийшов час удосконалення знарядь праці, вводяться нові способи праці, йде розвиток знань, що веде «до доби панування розуму між людьми». З іншого боку, споконвічне прагнення людей до рівності і свободи стало для більшості з них декларативними. Бо економічна і політична влада належала капіталістам тогочасних держав. Тому «свобода тут ще тільки в теорії, рівність тут ще тільки в букві права, а на ділі гніт сильнішого над слабшим, нерівність економічна. В теорії капіталізм знає тільки вольні одиниці, конституціоналізм знає тільки вольних горожан, а на ділі бачимо зовсім не те, бачимо два ворожі табори: багачів і бідних, т. є. економічно сильних і слабих, т. є. вольних і невольників»[4, с.132].

У праці «Що таке поступ?» І .Франко більш глибше осмислює суть держави, він аналізує «народну державу» К. Маркса, Ф. Енгельса і Ф. Лассаля. Щоб практично створити таку державу, І. Франко пише: «…освідомлені і зорганізовані робітники повинні при помочі загального голосування здобути перевагу в державних радах і ухвалювати там закони, які б теперішню державу, основану на пануванні одних і неволенні других, на визиску і дармоїдстві, помалу або й відразу перемінили на народну державу, в якій би через своїх вибранців панував увесь народ, в якій би не було ні визиску, ні кривди, ні бідності, ні темноти» [5, с.340]. Тобто соціал-демократи хотіли здобути більшість у парламенті, що дало б їм можливість «…захопити в свої руки державну власть не на те, аби знищити її і дати всім горожанам якнайповнішу і найширшу свободу. Навпаки, по думці соціал-демократів, держава – розуміється, будуща, народна держава – мала статися всевладною панею над життям усіх горожан» [5, с.341]. Дальше І. Франко у названій праці практично веде мову не про державу, а про державну владу, розкриваючи її природу. Отже, основною рисою державної влади, на думку мислителя, є «всеможність», «всевладдя». Це оз-

начає, що природа влади полягає, по-перше, в її необмеженості, у вседозволеності, або постійній наявності можливостей вчиняти свавілля над людиною, цілим суспільством.

І. Франко продовжує аналізувати «народну державу» і зауважує, що така держава викликає захоплення, є привабливою, особливо для мільйонів знедолених людей, пролетаріату. Бо вона буде опікуватися «…чоловіком від колиски до гробової дошки… Отся віра в необмежену силу держави в будущім устрою, то головна прикмета соціальної демократії. По її думці, кожний чоловік в будущім устрою від народження до смерті буде державним урядником та пенсіоністом: держава дасть йому наперед відповідне підготування; потім буде визначувати йому роботу і плату, давати заохоту і відзнаку, а на старість або в разі слабості ласкавий хліб» [5, с.341].

Мислитель визначає ще один важливий факт, що допомагає краще зрозуміти природу влади. Він має на увазі те, що носієм влади є людина з притаманними їй можливими пристрастями. Тому не має значення, яким шляхом здобута влада – чи виборним, чи іншим чином, «…та у всякім разі ті люди мали би в своїх руках таку величезну власть над життям та долею міліонів своїх товаришів, якої ніколи не мали найбільші деспоти. І стара біда – нерівність, вигнана дверима, вернула би вікном: не було би визиску робітників через капіталістів, але була би всевладність керманичів – усе одно чи родовитих, чи вибраних – над міліонами членів народної держави. А маючи в руках таку необмежену власть хоч би лише на короткий час, як легко могли би ті керманичі захопити її назавсігди!» [5, с.342]. І. Франко підкреслює, що державна влада завдяки її необмеженості може не тільки гнобити людину економічно, але й може втрутитись у особисте життя людини, її душу. «…Та всеможна сила держави лягла би страшенним тягарем на життя кожного поодинокого чоловіка. Власна воля і власна думка кожного чоловіка мусила би щезнути, занидіти, бо ану ж держава признає її шкідливою, непотрібною. Виховання, маючи на меті виховувати не свобідних людей, а лише пожиточних членів держави, зробилась би мертвою духовною муштрою, ка-

зенщиною. Люди виростали б і жили би в такій залежності, під таким доглядом держави, про який тепер у найабсолютніших поліційних державах нема й мови. Народна держава сталась би величезною народною тюрмою» [5, с.341].

Щоб зменшити до мінімуму «всеможну силу» влади, І.Франко пропонує своє бачення побудови демократичної держави у майбутньому суспільстві. «Там держави в нинішнім розумінні не буде, бо над народом не буде управи згори, але сам народ здолу (т.є. від громад) управляє сам собою, працює на себе, сам образується і сам обороняється» [4, с.139].

Підсумовуючи вищесказане, можна зробити висновок, що І.Франко у своїй творчості показав глибоке розуміння державної влади, зробив критичну оцінку «народної держави» соціал-демократів і запропонував напрями пошуку соціально-політичного ідеалу майбутнього суспільства, при цьому підкресливши, що держава – це « не король, не цісар», і не їхні якості визначають суть державної влади. Суть державної влади слід шукати в самій її природі, в її закономірностях і суперечностях. Тому відсутність рівних противаг державної влади дає можливість їй в будь-який час перерости в подавляючи силу суспільства, стати найбільш загрозливим фактором для його гуманної суті.

І.Франко вірить в прогрес людського розвою, наслідком якого стане побудова іншого суспільного ладу, відмінного від тогочасного. Проаналізувавши різні політико-правові погляди щодо удосконалення держави, які панували в ті часи, він дійшов до розуміння того, що найбільшу загрозу для щастя і свободи людини, пригнічення її духовного стану несе всесилля авторитарної держави і бюрократичної влади. Тому основою суспільного ідеалу мають стати добровільні громадські об'єднання вільних людей, де кожна особа і кожна громада є свобідними одиницями, які в організації своєї життєдіяльності дотримуються засад рівності і добровільності, соціальної справедливості, вільно господарюють і самостійно розпоряджаються результатами своєї праці. Він уточнює, що «..так само в'яжуться в більших справах цілі повіти з повітами, краї з краями – і так повстане, знизу вгору велика

держава, яка держиться купи не силою примусу, війська, платних урядників, але силою спільних інтересів громад, повітів, країв, а силою так званого федералістичного устрою»[3,с.467].

Отже, видатний мислитель підкреслює, що ці суспільні відносини регулюються без примусу, без нав'язування волі одних іншим, без наказів зверху як господарювати чи впорядковувати своє співжиття. Отож, такий суспільний ідеал будується «знизу вгору» і здійснює свою життєдіяльність на засадах рівності і розуму. Тут діє принцип, що кожна громада дбає про всіх своїх членів, створюючи умови для досягнення ними добробуту і щастя. Головним завданням громади є забезпечення автономії особистості та її розвитку.

Таким чином, І.Франко приходить до висновку про необхідність заміни в майбутньому державного управління громадським самоуправлінням. Він наголошував, що громада є найменшою складовою одиницею держави, але одиницею основною. Бо якщо громада не має міцної організаційної побудови, є нестійкою, то й побудований на ній державний порядок буде слабким і нетривким.

Як бачимо, проблема місцевого самоврядування займала важливе місце у державно-правовій концепції І.Франка. Він розумів, що місцеве самоврядування само по собі ще не вирішує всіх запитів та інтересів громадян, суспільства. Однак у той же час особлива важливість цього суспільно-державного інституту в тому, що він дає можливість як ніякий інший інститут поєднати інтереси громадян та інтереси суспільства, держави і нації.

Аналіз творчого набутку І. Франка показує, що його державно-правові погляди випливали з життєво конкретних питань, насущних потреб конкретного історичного моменту. Державно-правові ідеї тогочасної доби, як і попередніх часів, він критично переосмислював і спрямовував на конкретику епохи, в яку жив і творив, виробляючи власні підходи до розуміння природи держави, влади, поняття конституціоналізму. Звернення до творчого досвіду науково-теоретичної спадщини І. Франка як до будівничого української державності особливо помітне в роки незалежної

України. Воно втілилося насамперед у публікаціях його творів, які містять державно-правові погляди і становлять теорію української національної ідеї. Його концептуальні рішення, еволюція поглядів на державу, звернення до гуманістичної природи права, моральних основ організації соціального життя і національних святинь є надзвичайно актуальними і явно перегукуються з нашим сучасним суспільно-політичним буттям. Вони й сьогодні не втратили своєї вагомості і значущості.

1. Франко І. Чого ми хочемо /Іван Франко // Франко І. Зібр. тв.: у 50 т. – К., 1986. – Т. 44, кн. 1. – 1986. – С.25-27

2. Франко І. Мислі о еволюції в історії людськості // Франко І. Зібр. тв.: У 50 т. – К., 1986.- Т. 45. – С.76 - 139.

3. Франко І. Вибрані твори: у 3 т. / ред. колегія : Скотний В. та інші; упор. Баган О. – Дрогобич: Коло, 2004. – Т.3: Літературознавство, публіцистика. – 2004.– 690 с.

4. Франко І. Що таке поступ? // Франко І. Зібр. тв.: У 50 т. – К., 1986.- Т. 45. – С. 300 – 348.

5. Бойчук А.Ю. Державотворчі ідеї І.Франка [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.apdp.in.ua/v48/14.pdf

Саветчук Н.М. Державно-правові ідеї І.Франка в процесі сучасного державотворення

В статті розкрито актуальність державно-правових ідей українського мислителя І.Франка щодо питань сутності держави і права, державної влади, природних прав людини в процесі розбудови сучасної Української держави.

Ключові слова: держава, державна влада, права людини, право, самостійна незалежна Україна.

Саветчук Н.М. Государственно-правовые идеи И.Франка в процессе современного создания государства

В статье раскрыта актуальность государственно-правовых идей украинского мыслителя И.Франка относительно вопроса сущности государства и права, государственной власти, естественных прав человека, в процессе перестройки современного Украинского государства.

Ключевые слова: государство, государственная власть, права человека, право, самостоятельная независимая Украина.

Savetchuk N.M. State-legal ideas made by I. Franko in the process of modern state-building

In this article author revealed the relevance of state-legal ideas of Ukrainian thinker Ivan Franko on the issue of the nature of state and law, government, natural rights in the process of building a modern Ukrainian state.

Keywords: state, state power, human rights, law, self-independent Ukraine.

КОНСТИТУЦІЙНИЙ ЛАД ТА ПРАВА ЛЮДИНИ. ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ТА ФІНАНСОВОГО ПРАВА. АДМІНІСТРАТИВНЕ СУДОЧИНСТВО

Розвадовський В.І.

ПРАВОВІ АСПЕКТИ МОВНОГО ПИТАННЯ В СУЧАСНИХ УМОВАХ

УДК-342-536-1

Мовне питання в Україні сьогодні є важливою складовою широкої проблеми – української ідентичності, позаяк багато хто вважає мову підґрунтям цієї ідентичності. Саме тому це питання впливає на відстоювання загальної ідентичності українців [1].

Сучасна мовна ситуація в Україні є насамперед результатом тривалої війни проти української мови, української ідентичності й української державності, яку Росія розпочала після 1654 року. Саме нинішня мовна ситуація в Україні є результатом не завершеного в радянський період асиміляційного процесу – перетворення української спільноти на російськомовну. Як наслідок – незбалансований характер двомовності, що віддзеркалює постколоніальний стан українського суспільства.

В чинній Конституції України від 28.06.1996р. зазначено, що Україна є демократична, правова держава, в якій визнається та діє принцип верховенства права. Тому Конституція України має найвищу юридичну силу, а закони та піднормативні акти приймаються на її основі й повинні відповідати статті 1; 8 Конституції України [2].

У статті 6 Конституції України закріплений поділ державної влади на законодавчу, виконавчу і судову та встановлено конституційні і законні межі здійснення повноважень органів, що репрезентують державну владу. Крім того, у частині 4 статті 5 зазна-

чено, що державі її органам і службовим особам забороняється узурпувати владу [2].

Конституцією України (стаття 19) надано характеристику правопорядку, який застосовується для позначення такого стану суспільних відносин, коли вони визначаються як впорядковані, врегульовані, організовані і функціонують внаслідок реалізації норм права відповідно до принципу законності. Частина 2 цієї статті встановлює спеціально-дозвільний тип правового регулювання, який покликаний забезпечити введення владних функцій у конституційні рамки і тим самим обмежити можливе свавілля з боку держави та її органів [2].

Статтею 10 Конституції України закріплено принцип, що складає засади громадянського суспільства та правової державності: **«Державною мовою в Україні є українська мова. Держава забезпечує всебічний розвиток і функціонування української мови в усіх сферах суспільного життя на всій території України»**[2].

Сьогодні, чинним є закон України «Про засади державної мовної політики в Україні» від 03 липня 2012 року № 5029-IV, який не відповідає вимогам Основного закону України [3]. Найперше з чим ми не погоджуємось – самою назвою цього закону, оскільки засади державної мовної політики вже давно сформульовані в Основному законі. Вважаємо, що відповідно ч.5 ст. 10 Конституції України цей закон мав би називатись - закон України «Про застосування мов в Україні». Саме такий правовий підхід сприяв би відповідності вимогам законності та правилам співвідношення нормативних актів рівної юридичної сили.

Наступним недоліком цього нормативного акта є те що в ньому з перекрученням трактуються поняття та принципи Європейської хартії регіональних мов або мов меншин, яка підписана від імені України 2 травня 1996 року. у м. Страсбурзі і ратифікована Законом України від 15 травня 2003 року № 802- IV. У преамбулі цього акту зазначається, що держави-члени Ради Європи, підписуючи Хартію враховують, що право на використання регіональних мов або мов меншин у приватному та суспільному житті є

невід'ємним правом відповідно до принципів проголошених у Міжнародному Пакті ООН «Про громадянські і політичні права», та відповідно до духу Конвенції Ради Європи про захист прав і основних свобод людини [4]. У Хартії підкреслюється важливість міжкультурного діалогу і багатомовності та наголошується, що охорона і розвиток регіональних мов та мов меншин **не повинні зашкоджувати офіційним мовам і необхідності вивчати їх.** Так в законі № 5029-IV записано, що засади державної мовної політики визначаються відповідно до положень Конституції та міжнародних актів ратифікованих Україною[3]. Однак проведений порівняльний аналіз вищенаведених нормативних актів свідчить про те, що законотворці не знайомі з їх змістом а тому на власний розсуд визначили поняття в законі № 5029-IV.

У статті 1 Європейської хартії регіональних мов або мов меншин термін ***«регіональні мови або мови меншин»означає мови, які традиційно використовуютьсяв межах певної території державигромадянами цієї держави, які складають групу, що за своєю чисельністю менша, ніж решта населення цієї держави, та відрізняються від офіційної мови цієї держави*** [5]. З цього випливає, що йдеться про мову яка використовується в межах відповідної території. У зазначеному контексті регіональні мови або мови меншин слід розглядати як єдине поняття, а не окремо - регіональна мова та окремо мова меншин. Так в законі України № 5029-IV ці поняття підміняються, зокрема, окремо «регіональні мови» та окремо «мови меншин»[3].

В Хартії є ще одне поняття – нетериторіальні мови[5]. Такими вважаються зокрема, мови, якими користуються громадяни держави і які відрізняються від мови, що використовується рештою населення держави але які, не зважаючи на їхнє традиційне використання в межах території держави не можуть вважатися найбільш поширеними в межах конкретної місцевості цієї держави. В даному випадку термін *нетериторіальна* мова цілком характеризує російську мову в нашій державі, яка за сферою свого найбільшого поширення в Україні не має якогось конкретного просторового використання для певної географічної місцевості.

Вона, як відомо у більшій або меншій мірі використовується на усій території держави. Тут, щоправда, слід зазначити, що визначення певної мови нетериторіальною мовою не тягне за собою якихось обмежень щодо послаблення гарантій її захисту й охорони у порівнянні з іншими мовами, які є поширеними на території України. У п.5 ст. 7-ї Хартії, зрештою, наголошується на цьому аспекті, однак, тут відзначається, що характер і масштаби заходів, яких необхідно вжити на виконання вимог Хартії щодо регіональних мов або мов меншин стосовно нетериторіальних мов повинні визначатися гнучко, з урахуванням потреб і побажань та з повагою традицій і характерних рис тих груп, які користуються відповідними мовами [5].

Ще один принциповий момент, що яскраво засвідчує порушення засад співвідношення міжнародного та національного законодавства чітко прослідковується за текстом викладу п.2 ст. 4-ї закону України "Про засади державної мовної політики", де, зокрема, зазначено: «Якщо чинним міжнародним договором України, згода на обов'язковість якого надана верховною Радою України, встановлені інші правила, ніж ті що передбачені у законодавстві України про мови, то *застосовуються норми, які містять більш сприятливі положення щодо прав людини*» [3].

Таке формулювання насправді є доволі дивним і вочевидь не повинне мати права на існування. По-перше, тому що воно вибудовується на порівнянні прав людини, а міжнародна спільнота, як відомо виходить із принципів рівності усіх людей та їхніх прав. А по-друге, у такій редакції п.2 ст. 4-ї Закону №5029[3] суперечить ст. 19-й Законну України «Про міжнародні договори» від 29 червня 2004р., яка гласить: «Якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то *застосовуються правила міжнародного договору*»[6].

Співставляючи і далі закон "Про засади державної мовної політики" та Хартію можна віднайти ще чимало взаємосуперечливих підходів до вирішення проблеми регіональних мов або мов меншин кожним із цих документів.Наприклад, положення зако-

ну про те, «що за рішенням місцевої ради найменування органів влади і органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій можуть виконуватись державною та регіональною мовою, як і напис на їхніх печатках та штампах, офіційних бланках і табличках», зовсім не вписується у норми Хартії [7]. Так само, як не відповідає міжнародному акту передбачене законом «право засновників приватних навчальних закладів усіх освітніх рівнів визначати самостійно мову навчання». Чимало суперечливих положень спостерігається при співставленні тих статей закону і Хартії, де викладені правила використання регіональних мов або мов меншин у сфері судочинства, юридичної діяльності тощо.

Відповідно до статті 2 Закону України «Про Конституційний Суд України» завдання Конституційної юстиції є гарантування верховенства права Конституції України на всій території України. Так, Конституційний Суд України у своєму рішенні від 14 грудня 1999 року №10-рп/99 (справа про застосування української мови) встановив,що державна (офіційна) мова - це мова, якій державою надано статус обов'язкового засобу спілкування **у публічних сферах суспільного життя,** а публічними сферами, в яких застосовується державна мова, вважаються насамперед сфери здійснення повноважень органами законодавчої, виконавчої та судової влади, іншими державними органами та органами місцевого самоврядування (мова роботи, актів, діловодства і документації, мова взаємовідносин цих органів тощо)[8].

Отже, положення Конституції України зобов'язують застосовувати державну — українську мову як мову офіційного спілкування посадових і службових осіб при виконанні ними службових обов'язків, у роботі і в діловодстві органів державної влади, представницького та інших органів Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування, а також у навчальному процесі в державних і комунальних навчальних закладах України.

Оскільки, відповідно до ч.2 ст.10 Конституції України **держава забезпечує** (гарантує – наша прим.) **всебічний розвиток і функціонування української мови в усіх сферах суспільного**

життя на всій території України, а Конституційний Суд Українивизначивукраїнську мову обов'язковим засобом спілкування на всій території України тільки **у публічних сферах суспільного життя, то питання забезпеченнявсебічного розвитку і функціонування української мови у решті сфер суспільного життя ще належить визначити законами України.**

За таких обставин, частина 2 пункту 1 рішення Конституційного Суду №10-рп/99 від 14 грудня 1999 року де наголошено, що поряд з державною мовою при здійсненні повноважень місцевими органами виконавчої влади, органами Автономної Республіки Крим та органами місцевого самоврядування можуть використовуватися російська та інші мови національних меншин у межах і порядку, що визначаються законами України, на наш погляд, не **корелюється** з ч.2 ст. 10 Конституції України.

Узагальнюючи вищенаведене щодо відповідності Конституцій Закону України «Про засади державної мовної політики» від 03.09.2012р. №5029-IV вважаємо за доцільне висловити наступні наукові міркування та позиції, а саме:

1. Проблеми мовного характеру можна буде подолати тоді, коли в Україні пануватиме верховенство права і всі суб'єкти правовідносини будуть дотримуватись закону. Саме такого роду перші кроки державних інституцій допомогли б розв'язати існуючу мовну проблему без нагнітання ситуації в суспільстві.

2. Спершу потрібно врегулювати закон про національні меншини з визначенням їх статусу в якому чітко прописати однакові (рівні)права національних меншин в тому числі і російської меншини.

3. Підтримуючи сторону конституційного подання ми погоджуємось що, значна частина положення ЗУ №5029-IV не узгоджені з вимогами Конституції України та міжнародних документів , ратифікованих Україною, зокрема , Європейською Хартією регіональних мов і мов меншин та рішення Конституційного суду України від 14 грудня 1999р. № 10рн\99 у справі про офіційне тлумачення положень статті 10 Конституції України щодо за-

стосування державної мови. Тому даний закон не набуває в даний час легітимності, а тільки посилює напругу в суспільстві.

4. Некоректним в статті 1 Закону №5029-IV є визначення термінів

«регіон», «регіональна мовна група», « регіональна мова», довільне визначення 10 відсотків населення певної території на якій буде поширена мова меншин.

5. Концептуальною вадою цього закону є те, що в ньому мова розглядається не як одна із найважливіших етнонаціональних ознак, а як територіальна ознака, що не узгоджується з теорією етносу нації.

В завершенні, ми переконані, що нині чинний закон України «Про засади державної мовної політики» від 03.07.2012 р № 5029 –IV підмінює поняття «державна мова», оскільки створює умови, за яких її знання не буде потрібним. За таких обставин цей закон повинен бути скасований в цілому, як такий що суперечить вимогам ч. 1 ст. 10 Конституції України.

1. Концепція стратегії розвитку України у XXI ст.: консервативна модель. – К.,2003. – С. 4; Кремень В., Ткачев В. Україна: шлях до себе. Проблеми суспільноїтрансформації. – К., 1999. – С. 107-109.

2. Конституція України від 28.06.1996 р. //ВВР, 1996, № 30, ст.. 141

3. Закон України «Про засади державної мовної політики в Україні.» (Відомості Верховної Ради (ВВР), 2013, № 23, ст.218)

4. Міжнародний Пакт ООН «Про громадянські і політичні права» Прийнято 16 грудня 1966 року Генеральною Асамблеєю ООН. Док. ООН A/KE8/2200 A (XXI).

5. Європейська хартія регіональних мов або мов меншин, Страсбург, 5 листопада 1992 року, (Хартію ратифіковано Законом України № 802-IV від 15.05.2003 року)

6. Закон України «Про міжнародні договори України» (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2004, N 50, ст.540) { Із змінами, внесеними згідно із Законом N 1323-VII (1323-18) від 05.06.2014, ВВР, 2014, N 34, ст.1166 }

7. Закон України «Про Конституційний Суд України» (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 49, ст.272)

8. Рішення Конституційного Суду України від 14 грудня 1999 року № 10-рп/99

Розвадовський В. І . Правові аспекти мовного питання в сучасних умовах.

У статті досліджуються проблеми, які торкаються недотримання верховенства конституційних норм суб'єктами законодавчої ініціативи при прийнятті відповідних законів в даному випадку мовного закону. Адже, Верховна Рада, приймаючи закони не має права допускати невідповідності щодо будь-яких положень, прямо закріплених в Конституції України. Саме недотримання цього принципу в законодавчому процесі буде постійно створювати напругу в суспільстві та нелегітимності прийнятих нормативних актів представницьким органом.

В даному випадку об'єктом дослідження є Закон України «Про засади державної мовної політики в Україні» № 5020-JV від 03.07.2012 року.

Ключові слова: мовна політика, сучасна мовна ситуація в Україні, регіональна політика, мова національних меншин, не територіальні мови, Конституційний Суд України, російська мова, державна мова.

Розвадовский В. И. Правовые аспекты языкового вопроса в современных условиях.

В статье исследуются проблемы, которые касаются несоблюдение верховенства конституционных норм суб»ектами законодательной инициативы при принятии соответствующих законов в данном случае языков закона. Ведь, Верховная Рада, принимая законы не имеет права допускать несоответствия относительно любых положений, прямо закрепленных в Конституции Украины. Само несоблюдение этого принципа в законодательном процессе будет постоянко создавать напряжение в обществе и нелигитивности принятых нормативних актов представительским органом. В данном случае об»ектом исследования является Законом Украины «О принципах государственной языковой политики в Украине» № 5020-IV от 03.07.2012 года.

Ключевые слова: языковая политика, современная языковая ситуация в Украине, региональная политика, язик национальных меньшинств, не территориальные языки, Конституционный Суд Украины, руський язык, государственный язык.

Rozvadovskiy V. I. Legal aspects of language issues in the modern world.

The article deals with issues that affect the non-compliance of the rule of constitutional norms by subjects of the legislative initiative in law - making process in general, and in adoption of the law on languages in particular. The Parliament passing laws has to prevent non-compliance of any of the provisions expressly enshrined in the Constitution of Ukraine. Failure to comply this principle in the legislative process will always create tension in society and illegitimacy of the adopted regulations by representative body.

In present article the object of study is the Law of Ukraine «On the Principles of State Language Policy in Ukraine» № 5020-JV from 03.07.2012.

Keywords. linguistic policy, modern linguistic situation in Ukraine, regional policy, language of national minorities, not territorial languages, Constitutional Court of Ukraine, Russian language, official language.

Стефанчук М.М.

ПОВНОВАЖЕННЯ ПРОКУРОРА У ПРОВАДЖЕННІ В СПРАВАХ ПРО АДМІНІСТРАТИВНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ КРІЗЬ ПРИЗМУ ПРАВОВОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ФУНКЦІЙ ПРОКУРАТУРИ УКРАЇНИ

УДК 341

Актуальність. Прийняття Верховною Радою України 14 жовтня 2014 року нового Закону України «Про прокуратуру» [1] (далі – Закон), який набирає чинності (окрім деяких положень, визначених п. 1 Розділу XII «Прикінцеві положення») з 25 квітня 2015 року, стало поштовхом до активної наукової дискусії з приводу законодавчого закріплення повноважень прокуратури України, якими вона наділяється для реалізації своїх конституційних функцій.

Слід зауважити, що функціональне спрямування сучасної прокуратури України визначається двома напрямами її діяльності: участь прокурора у сфері кримінальної юстиції і діяльність, що здійснюється поза межами кримінальної юстиції, з метою захисту прав, свобод і законних інтересів фізичних і юридичних осіб, а також суспільства та держави, що узгоджується із європейськими стандартами [2]. При цьому, правовий аналіз змісту нового Закону дає можливість стверджувати, що правозахисний потенціал прокуратури України, поза межами кримінальної юстиції, зводиться до удосконалення правової регламентації конституційної функції представництва інтересів громадянина або держави в суді у випадках, визначених законом. Підтвердженням цьому є також положення п. 1 Розділу XIII «Перехідні положення» Закону, в якому законодавчо встановлено, що прокуратура виконує функцію нагляду за додержанням прав і свобод людини і громадянина, додержанням законів з цих питань органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими і службовими особами виключно у формі представництва інтере-

сів громадянина або держави в суді (тут і далі виділено мною – М. С.). Вбачається, що саме таким чином законодавець висвітлив положення п. 5 ст. 121 чинної Конституції України, яка проголошує однією із функцій прокуратури нагляд за додержанням прав і свобод людини і громадянина, додержанням законів з цих питань органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими і службовими особами в норми нового Закону, визнавши її формою функції представництва інтересів громадянина або держави в суді.

З метою практичної реалізації окреслених вище положень щодо діяльності прокуратури України поза кримінальною сферою законодавцем внесено ряд змін до законодавчих актів України, які містять відповідні норми, з тим, щоби привести їх у відповідність до нової концепції діяльності прокуратури поза кримінальною сферою, яка наразі започатковується нормами нового Закону.

Одним з таких нормативно-правових актів є Кодекс України про адміністративні правопорушення (далі – КупАП) [3], який до внесення змін до нього Законом, однією із гарантій забезпечення законності при застосуванні заходів впливу за адміністративні правопорушення, визначав прокурорський нагляд.

Аналіз останніх досліджень. На доктринальному рівні питання участі прокурора у провадженні у справах про адміністративні правопорушення у своїх дослідженнях торкалися Агєєв О.В., Драган О.В., Дьомін Ю.М., Колотило О.Ф., Сорочко О.Є, Шемякін О.В. та ін. Однак, прийняття нового Закону, нормами якого закріплена сучасна концепція реалізації прокуратурою України своїх повноважень в рамках визначених конституційних функцій, вимагає наукової дискусії щодо правової природи повноважень прокурора у провадженні в справах про адміністративні правопорушення крізь призму правової регламентації функцій прокуратури України, що визначає мету цієї статті.

Виклад основного матеріалу. Слід зауважити, що повноваження прокурора в провадженні у справах про адміністративні правопорушення в основному відображали реалізацією так званої функції «загального нагляду», правова регламентації якої

знайшла своє відображення у пункті 9 розділу XV «Перехідні положення» Конституції України, згідно з положеннями якого прокуратура продовжує виконувати відповідно до чинних законів функцію нагляду за додержанням і застосуванням законів до введення в дію законів, що регулюють діяльність державних органів щодо контролю за додержанням законів [4]. При цьому доречно звернути увагу на те, що аналізуючи Рішення Конституційного Суду України (далі –КСУ) від 10 вересня 2008 року № 15 – рп [5], деякі науковці зазначають, що Конституційний Суд України у ньому дійшов висновку про те, що після доповнення ст. 121 Конституції України (якою встановлено вичерпний перелік функцій прокуратури) п. 5, який частково поновив конституційну функцію нагляду, вичерпав дію п. 9 розділу XV «Перехідні положення» Конституції України [6, 13; 7, 19].

В розвиток розгляду цього питання звернімо увагу на Окрему думку судді КСУ Бринцева В.Д. стосовно досліджуваного Рішення КСУ, в п. 2 якої він зазначив про те, що Законом України «Про внесення змін до Конституції України» від 8 грудня 2004 року N 2222-IV [8] статтю 121 Конституції України доповнено пунктом 5, яким фактично відновлено конституційне підґрунтя для більшості форм прокурорського нагляду. Разом з тим *у повному обсязі діє пункт 9 Перехідних положень, тому що правових підстав вважати його таким, що вичерпав свою дію, немає.* Таким чином забезпечуються конституційні засади прокурорського нагляду у більш широких межах, ніж це передбачено пунктами 3, 5 статті 121 Конституції України [9]. В Окремій думці іншого судді КСУ стосовно цього Рішення КСУ зазначалось про те, що межі повноважень прокурорів, закріплені в законах, не можуть виходити за межі функцій, якими наділена прокуратура Конституцією України [10].

З урахуванням вищевикладеного, з певною вірогідністю, можна стверджувати про те, що прийняття нового Закону – важливий крок у напрямку законодавчої реалізації положень пункту 9 розділу XV «Перехідні положення» Конституції України, на необхідність якої КСУ звертав увагу Верховної Ради України у п. 3

резолютивної частини вказаного вище Рішення КСУ. У цьому напрямку згідно з положеннями п. 5 Розділу XII «Прикінцеві положення» Закону вносяться зміни до значної кількості законодавчих актів України, одним з яких є КУпАП.

Так, ст. 7 КУпАП доповнено ч. 5, за змістом якої прокурор здійснює нагляд за додержанням законів при застосуванні заходів впливу за адміністративні правопорушення шляхом реалізації повноважень щодо нагляду за додержанням законів при застосуванні заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян. Очевидно, що ці повноваження прокуратури України є формами реалізації конституційної функції, передбаченої в п. 4 ст. 121 Конституції: нагляд за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян. Так, відповідно до ч. 2 ст. 26 Закону прокурор здійснює нагляд за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян, *шляхом проведення регулярних перевірок*, а також у зв'язку з необхідністю належного реагування на відомості про можливі порушення законодавства, що містяться у скаргах, зверненнях чи будь-яких інших джерелах. Частиною першою цієї ж статті визначено права прокурора при здійсненні такого нагляду, серед яких право на звернення до суду з позовом (заявою) у визначених законом випадках.

Аналізуючи положення законодавства України, правових позицій КСУ [11], а також доктринальні напрацювання у цій сфері [12, 13, 14] до таких заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян у провадженні в справах про адміністративні правопорушення можна віднести такі заходи забезпечення провадження у справі про адміністративне правопорушення як доставлення, адміністративне затримання та привід порушника, які реалізуються за допомогою примусового обмеження свободи пересування і дій відповідної особи *(пробле-*

ми правової регламентації заходів забезпечення провадження у справах про адміністративні правопорушення як одного із перспективних напрямків діяльності прокурора в адміністративно-деліктному провадженні висвітлювались нами раніше [15], тому не становлять предмет дослідження цієї статті), а також серед адміністративних стягнень – адміністративний арешт (ст. 32 КУпАП). В той же час привертають увагу зміни, що вносяться Законом, до ст. 267 КУпАП, згідно положень яких прокурор виключається з переліку суб'єктів, до яких можуть бути оскаржені заходи забезпечення провадження у справі про адміністративне правопорушення. Аналізуючи вказані законодавчі зміни виникає питання, чому, принаймні, такі заходи, як доставлення, адміністративне затримання не можуть бути оскаржені до прокурора, якщо він здійснює нагляд за додержанням законів при застосуванні заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян?

Крім того, згідно змін, внесених Законом до ч. 1 ст. 287 КУпАП прокурор може оскаржити постанову по справі про адміністративне правопорушення у випадках, передбачених частиною п'ятою статті 7 цього Кодексу, тобто при здійсненні нагляду за додержанням законів при застосуванні заходів впливу за адміністративні правопорушення шляхом реалізації повноважень щодо нагляду за додержанням законів при застосуванні заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян. При цьому, відповідно до положень ст. 284 КУпАП по справі про адміністративне правопорушення, орган (посадова особа) виносить одну з таких постанов:1) про накладення адміністративного стягнення; 2) про застосування заходів впливу, передбачених статтею 24-1 цього Кодексу; 3) про закриття справи.

Враховуючи викладені вище положення, можна дійти висновку, що чинна правова регламентація дає право прокурору оскаржити лише постанову суду про накладення такого адміністративного стягнення як адміністративний арешт. В той же час, згідно положень ч. 2 ст. 287 КУпАП постанова районного, районного у місті, міського чи міськрайонного суду (судді) про

накладення адміністративного стягнення може бути оскаржена в порядку, визначеному цим Кодексом. Так, зокрема, статтею 294 КУпАП вирішені питання набрання постановою судді у справі про адміністративне правопорушення законної сили та перегляду такої постанови. Привертає увагу той факт, що частина друга цієї статті, яка містить перелік осіб, які можуть оскаржити постанову судді у справі про адміністративне правопорушення, а отже є спеціальною нормою в частині оскарження саме постанови судді у справі про адміністративне правопорушення, не наділяє таким правом прокурора.

Викладені вище положення свідчать про неузгодженість законодавства в цій частині та необхідність приведення його до вимог принципу правової визначеності, що є надзвичайно важливим з огляду на те, що мова йде про правове регулювання відносин, пов'язаних із застосуванням до осіб заходів адміністративного примусу, пов'язаних з обмеженням особистої свободи. В цьому аспекті принагідно нагадати, що згідно з практикою Європейського суду з прав людини, який неодноразово у своїх рішеннях [16] вказував, що коли йдеться про позбавлення свободи, надзвичайно важливою умовою є забезпечення загального принципу юридичної визначеності, а також про те, що у випадку, коли національний закон передбачає можливість позбавлення свободи, такий закон має бути достатньо доступним, чітко сформульованим і передбачуваним у своєму застосуванні - для того, щоб виключити будь-який ризик свавілля. У напрямку вирішення цього питання вважаємо за необхідне чітко визначити на законодавчому рівні, заходи примусового характеру, пов'язані з обмеженням особистої свободи громадян, нагляд за додержанням законів при застосуванні яких покладається на прокурора в провадженні у справах про адміністративні правопорушення. Крім того, вбачається потреба в узгодженні висвітлених вище положень ст. 287 та ч. 2 ст. 294 КУпАП з положеннями ст. 26 Закону, яка наділяє прокурора правом, при здійсненні нагляду за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням

особистої свободи громадян, на звернення до суду з позовом (заявою) у визначених законом випадках, однак не наділяє його правом на апеляційне оскарження відповідних рішень судів.

В процесі правового аналізу змін, що вносяться Законом до КУпАП, важко не помітити певну непослідовність законодавця у питанні приведення норм цього Кодексу у відповідність із положеннями нового Закону. Так, потребує додаткового з'ясування питання, чому законодавець, позбавивши прокуратура права вносити такий акт реагування, як подання в порядку загального нагляду, а також виключивши із КУпАП норми, що регламентували порядок його внесення, розгляду та реагування, залишив без змін ст. 250 КУпАП, яка визначає повноваження прокурора при здійснення нагляду за виконанням законів при провадженні в справах про адміністративні правопорушення та відносить до прав прокурора при здійсненні цього нагляду такі права: порушувати провадження в справі про адміністративне правопорушення;знайомитися з матеріалами справи;перевіряти законність дій органів (посадових осіб) при провадженні в справі; брати участь у розгляді справи; заявляти клопотання; давати висновки з питань, що виникають під час розгляду справи; перевіряти правильність застосування відповідними органами (посадовими особами) заходів впливу за адміністративне правопорушення; вносити подання, оскаржувати постанову і рішення по скарзі в справі про адміністративне правопорушення, а також вчиняти інші передбачені законом дії. Крім того, ч. 2 цієї статті передбачено обов'язкову участь прокурора у розгляді судом справ про адміністративні корупційні правопорушення, передбачені статтями 172-4 - 172-9 цього Кодексу. Очевидно, що положення цієї статті також підлягають перегляду на предмет узгодження з нормами нового Закону.

Так, згідно з положеннями ч. 7 ст. 23 Закону *(регламентує питання, пов'язані з реалізацією прокуратурою функції представництва інтересів громадянина або держави в суді)* у разі встановлення ознак адміністративного чи кримінального правопорушення прокурор зобов'язаний здійснити передбачені законом дії щодо порушення відповідного провадження. Таким

чином, як слушно зауважує Т. Дунас, забезпечується реалізація одного із завдань представництва прокурором інтересів громадянина або держави в суді – притягнення осіб, винних у вчиненні правопорушень до встановленої законом відповідальності [17, 75].

В той же час змінами, що внесені Законом до статті 255 КУпАП, встановлено, що прокурор має складати протокол про адміністративне правопорушення, якщо діяння кваліфікуються:

- за статтями 172-4 - 172-9: адміністративні корупційні правопорушення;

- за статтею 185-4: злісне ухилення свідка, потерпілого, експерта, перекладача від явки до органів досудового розслідування чи прокурора під час досудового розслідування;

- за статтею 185-8: ухилення від виконання законних вимог прокурора;

- за статтею 185-11: розголошення відомостей про заходи безпеки щодо особи, взятої під захист.

Проаналізовані зміни до законодавства є принциповим обмеженням повноважень прокурора на стадії порушення провадження у справі про адміністративне правопорушення. Так, згідно чинного законодавства України, прокурор має право на порушення провадження у справах про адміністративні правопорушення не лише у випадку, якщо він уповноважений на складення протоколу про адміністративне правопорушення, згідно статті 255 КУпАП, але і в тому разі, якщо прокурор не уповноважений на складення такого протоколу, він, на підставі положень ст. 24 Закону України „Про прокуратуру" від 5 листопада 1991 року [18], має право винести постанову про ініціювання притягнення особи до адміністративної відповідальності, яка може розглядатись як процесуальний документ, яким є приводом до порушення провадження у справі про адміністративні правопорушення, оскільки у цій постанові обов'язково зазначається, ким і яке положення закону порушене та в чому полягає порушення.

Дослідження даного питання наразі є своєчасним з огляду на те, що нормами нового Закону та змінами, які вносяться ним до

законодавства України, не передбачено, які саме дії зобов'язаний здійснити прокурор у разі встановлення ознак адміністративного правопорушення, протоколи про які він не уповноважений складати, для порушення відповідного провадження, а також в яких процесуальних документах такі дії повинні бути відображені. Тобто, правовий аналіз вказаних положень свідчить про необхідність доопрацювання вказаного питання, яке за змістом зводиться до пошуку процесуального документу, який буде альтернативою постанови про ініціювання притягнення особи до адміністративної відповідальності. В противному разі повноваження прокурора щодо порушення провадження у справах про адміністративні правопорушення будуть зводитись виключно до повноважень з порушення провадження по вказаним вище складам адміністративних правопорушень, що, безперечно, не посилює законодавчі гарантії забезпечення законності у досліджуваній сфері.

Щодо повноважень прокурора, пов'язаних з обов'язковою участю прокурора при розгляді судами справ про адміністративні корупційні правопорушення, то, видається за необхідне з'ясування питання про те, формою реалізації якої конституційної функції прокуратури України виступають такі повноваження, з огляду на те, що положення Закону України від 7 квітня 2011 року «Про засади запобігання і протидії корупції» [19], стаття 29 якого визначає, що нагляд за додержанням законів у сфері запобігання і протидії корупції здійснюється Генеральним прокурором України та підпорядкованими йому прокурорами, втрачають чинність із введенням у дію Закону України від 14 жовтня 2014 року «Про запобігання корупції» [20].

Не претендуючи на остаточність у вирішенні цього питання, та передбачаючи його дискусійність, все ж, візьмемо на себе сміливість твердження про те, що з огляду на те, що нормами нового Закону започатковано правову регламентацію напрямків діяльності прокуратури України поза межами кримінальної юстиції, яка зводиться до форм реалізації функції представництва інтересів громадянина або держави в суді у випадках, визначених законом, видається, що участь прокурора при розгляді судами справ про

адміністративні корупційні правопорушення, є однією із форм реалізації цієї конституційної функції прокуратури України. Слід зауважити, що на доктринальному рівні вже висловлювались правові позиції, за якими під функцією прокуратури з представництва в суді розумілась діяльність прокурора, яка поєднувалась з його участю в судовому розгляді, в тому числі справ про адміністративні правопорушення, з метою захисту прав і законних інтересів окремої особи, громадянина, держави [21, 43-44; 22, 24]. Крім того, згідно з п. 4 ч. 6 ст. 23 Закону Під час здійснення представництва інтересів громадянина або держави у суді прокурор має право в порядку, передбаченому процесуальним законом, брати участь у розгляді справи. Одним із таких процесуальних законів є КУпАП, ч. 2 ст. 250 якого передбачає обов'язкову участь прокурора при розгляді в суді справ про адміністративні корупційні правопорушення.

Висновки. З урахуванням вищевикладеного, можна виснувати про те, що перспективними напрямками майбутніх наукових доробок діяльності прокуратури у рамках провадження у справах про адміністративні правопорушення мають стати дослідження правової регламентації повноважень прокурора при здійснення нагляду за додержанням законів при застосуванні заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян, а також при здійсненні функції представництва інтересів громадянина або держави в суді, у випадках, визначених законом, а також розробка теоретико-методологічних засад реалізації прокуратурою України функції представництва інтересів громадянина або держави в суді у випадках, визначених законом, з урахуванням сучасних детермінант її законодавчої регламентації.

1. Про прокуратуру: Закон України від 14 жовтня 2014 року № 1697-VII // Голос України. – 2014. – № 206. – 25 жовтня.

2. Рекомендація ПАРЄ 1604 (2003) 11 «Про роль служби публічних обвинувачів в демократичному суспільстві, заснованому на верховенстві права» від 27 травня 2003 року [Електронний ресурс] URL : http://www.pravo.org.ua/files/_com_split_1.pdf; CM/AS(2004)Rec1604 final 6 February 2004 Role of the public prosecutor's office in a democratic society governed by the rule of law –Parliamentary Assembly Recommendation

1604 (2003) [Електронний ресурс] URL : https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=114263&Site=COE; Рекомендація Rec(2012)11 Комітету міністрів державам-учасникам «Про роль публічних обвинувачів поза системою кримінальної юстиції» [Електронний ресурс] URL : http://www.pravo.org.ua/files/rec_chodo_publ.PDF.

3. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 року № 8073-X (зі змінами та доповненнями) // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1984. – додаток № 51. – Ст. 1122.

4. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – ст. 141.

5. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 1, частини першої статті 7, статей 8, 9, 10,частини четвертої статті 14, статті 17,частини першої статті 20, частини третьої статті 29 Закону України «Про прокуратуру» (справа про повноваження прокуратури відповідно до пункту 9 розділу XV «Перехідні положення» Конституції України: від 10 вересня 2008 року № 15-рп/2008 // Офіційний вісник України. – 2008. - № 71. – ст. 2396.

6. Середа Г., Руденко М. Функція прокуратури з нагляду за додержанням і застосуванням законів // Вісник прокуратури. – 2010. -№ 12. – с. 8-13.

7. Руденко М. В., Руденко М. М. Функція прокурорського нагляду за додержанням і застосуванням законів у контексті відновлення дії Конституції України 1996 року // Вісник Харківського національного університету імені Н. В. Каразіна № 945. Серія «ПРАВО». Випуск № 9. – 2011. – с. 15-20.

8. Про внесення змін до Конституції України: Закон України від 8 грудня 2004 року № 2222 –IV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. - № 2. – ст. 44.

9. Окрема думка судді Конституційного Суду України Бринцева В.Д. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 1, частини першої статті 7, статей 8, 9, 10,частини четвертої статті 14, статті 17,частини першої статті 20, частини третьої статті 29 Закону України 2Про прокуратуру» справа про повноваження прокуратури відповідно до пункту 9 розділу XV «Пе-

рехідні положення» Конституції України) // Офіційний вісник України. – 2008. - № 71. – ст. 2396.

10. *Окрема думка судді Конституційного Суду України Маркуш М.А. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 1, частини першої статті 7,статей 8, 9, 10, частини четвертої статті 14, статті 17, частини першої статті 20, частини третьої статті 29 Закону України «Про прокуратуру» (справа про повноваження прокуратури відповідно до пункту 9 розділу XV «Перехідні положення» Конституції України) // Офіційний вісник України. – 2008. - № 71. – ст. 2396.*
11. *Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень статті 263 Кодексу України про адміністративні правопорушення та пункту 5 частини першої статті 11 Закону України «Про міліцію»(справа про строки адміністративного затримання): від 11 жовтня 2011 р. № 10-рп/2011: // Офіційний вісник України. – 2011.- № 84. – Ст. 3089.*
12. *Бортняк Д. Ф. Заходи забезпечення адміністративно-деліктного провадження : автореф. дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / Д. Ф. Бортняк. - Київ, 2011. – 16 с.*
13. *Галабурда Н. А. Діяльність міліції щодо застосування заходів забезпечення провадження у справах про адміністративні правопорушення: автореф. дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / Н. А. Галабурда. - Дніпропетровськ, 2011. – 24 с.*
14. *Весельська Т. Ф. Адміністративні процедури затримання, огляду, вилучення та їх оскарження в адміністративному судочинстві : автореф. дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / Т. Ф. Весельська. - Київ, 2012. - 27 с.*
15. *Стефанчук М. М. Деякі питання застосування заходів забезпечення провадження у справах про адміністративні правопорушення як одного із перспективних напрямків діяльності прокурора в адміністративно-деліктному провадженні // Науковий вісник УжНУ. Серія „Право". Випуск № 24– 2014. – С. 131-137.*
16. *Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Барановський проти Польщі» від 28.03.2000 р. [Електронний ресурс]. — URL : http://coe.kiev.ua/hr/case/04.html; Рішення Європейського суду з прав*

людини у справі «Новік проти України» від 18.12.2008 р. [Електронний ресурс] Міністерство юстиції України. — URL : http://www.minjust.gov.ua/19612; Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Солдатенко проти України» від 23.10.2008 р. [Електронний ресурс] Міністерство юстиції України. — URL : http://www.minjust.gov.ua/19612.

17. *Дунас Т. Завдання представництва прокурора у контексті нового ЦПК України // Прокуратура. Людина. Держава. – 2004. -№ 7 (37). – с. 69- 75.*
18. *Про прокуратуру: Закон України від 5 листопада 1991 р// Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 73. – Ст. 793.*
19. *Про засади запобігання і протидії корупції : Закон України від 07.04.2011 р. № 3206-VI // ВВРУ. – 2011. – № 40. – Ст. 404.*
20. *Про запобігання корупції: Закон України від 14 жовтня 2014 року № 1697-VII // Голос України. – 2014. – № 206. – 25 жовтня.*
21. *Давиденко Л. Функції прокуратури України згідно з новою Конституцією України // Право України. – 1997. - № 6. – с. 43-46.*
22. *Шумський П. Представництво прокурора в суді // Право України. – 1998. - № 2 – с. 24-27.*

Стефанчук М. М. Повноваження прокурора у провадженні в справах про адміністративні правопорушення крізь призму правової регламентації функцій прокуратури України

Висвітлюються проблемні питання правової регламентації повноважень прокурора у провадженні в справах про адміністративні правопорушення, пов'язані з реалізацією функції нагляду за додержанням законів при застосуванні заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян; аналізуються повноваження прокурора щодо обов'язкової участі під час судового розгляду справ про адміністративні корупційні правопорушення як форма реалізації функції представництва інтересів громадянина або держави в суді; зазначаються доктринальні погляди на вказані проблеми; визначаються перспективні напрямки подальших розвідок у сфері досліджуваних питань

Ключові слова: прокурор, провадження у справах про адміністративні правопорушення, функція нагляду за додержанням законів при застосуванні заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян, функція представництва інтересів громадянина або держави в суді

Стефанчук М. Н. Полномочия прокурора в производстве по делам об административных правонарушениях сквозь призму правовой регламентации функций прокуратуры Украины

Освещаются проблемные вопросы правовой регламентации полномочий прокурора в производстве по делам об административных правонарушениях, связанных с реализацией функции надзора за соблюдением законов при приме-

нении мер принудительного характера, связанных с ограничением личной свободы граждан; анализируются полномочия прокурора об обязательном участии в ходе судебного рассмотрения дел об административных коррупционных правонарушениях как форма реализации функции представительства интересов гражданина или государства в суде; указываются доктринальные взгляды на указанные проблемы; определяются перспективные направления дальнейших исследований в сфере рассматриваемых вопросов

Ключевые слова: прокурор, производство по делам об административных правонарушениях, функция надзора за соблюдением законов при применении мер принудительного характера, связанных с ограничением личной свободы граждан, функция представительства интересов гражданина или государства в суде

Stefanchuk M. M. Powers of prosecutor in proceeding in cases of administrative offenses in the light of the legal regulation of functions of the Prosecutor's Office of Ukraine

The article highlights the problematic issues of legal regulation of the powers of the prosecutor in proceeding in cases of administrative offenses related to the realization of the function of supervision over the observance of laws in the application of measures of coercion related to the restraint of personal liberty of citizens; analyzes the powers of the prosecutor on mandatory participation in judicial review cases of administrative corruption offenses as a form of realization of the function of representation by office of public prosecutor of interests of the citizen or the state in court; indicated doctrinal views on these issues; identify promising directions for further research in the area of the issues

Keywords: the prosecutor, the case of an administrative offense, the function of supervision over the observance of laws in the application of measures of coercion related to the restraint of personal liberty of citizens, the function of representation by office of public prosecutor of interests of the citizen or the state in court

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

Бойко Н.М.

ОСОБЛИВОСТІ ДОГОВОРУ ПРИЄДНАННЯ

УДК: 347.384

Постановка проблеми. Перехід від адміністративно – командної системи з властивою їй плановою економікою до ринкової системи відносин призвів до зміни способу життя держави в усіх її сферах: в економічній, політичній, соціальній, культурній, духовній тощо. Даний перехід зумовив гостру необхідність прийняття правових норм та інститутів, здатних регулювати нові суспільні відносини. В таких умовах розвиваються й урізноманітнюються цивільно – правові відносини. З метою їх належного регулювання зростає роль цивільно - правового договору, як одного з найефективніших правових засобів опосередкування як майнових, так і особистих немайнових відносин.

Виникає необхідність у Цивільному кодексі України не лише переосмислити зміст давно відомих договірних конструкцій, а й нормативно закріпити такі види договорів, які будуть належним чином врегульовувати нові цивільно – правові відносини. Одним із різновидів таких договорів є договір приєднання.

Ступінь наукової розробки проблеми. Дослідження окремих аспектів правової конструкції договору прокату проводили О. А. Беляневич, С. М. Бервено, О. В. Лехкар, Г. В. Циплєнкова та інші.

Метою статті є дослідження правових ознак договору прокату та виокремлення його особливостей.

Виклад основного матеріалу. У Цивільному кодексі України вперше законодавчо закріплено укладення договору за приєднан-

ням до пропонованих умов, хоча практично такий порядок укладення договорів широко застосовувався ще до його нормативного регулювання.

Під час розроблення ЦК України законодавцем спочатку використовувався термін „договір про приєднання", а згодом на етапі прийняття кодексу його назва була модифікована у „договір приєднання", поклавши в основу етимології цього договору саме спосіб укладення договору - шляхом приєднання.

Слід зазначити, що генеза договору приєднання є порівняно новітньою як щодо зарубіжної, так і щодо вітчизняної правової доктрини. Історія становлення та розвитку даного договору починається з другої половини XIX - початку XX століть.

Вітчизняна історія договору приєднання другої половини XIX - початку XX століття, ознаменована появою вказаного договору в договірній практиці і першими науковими дослідженнями з цього приводу. Проте, в період Жовтневої революції, встановлений суспільний устрій якої унеможливив розвиток законодавства і наукової думки про договір приєднання. Впродовж тривалого часу в юридичній літературі можна було зустріти лише поодинокі вказівки на існування договору приєднання в капіталістичному світі в контексті його жорсткої критики і протиставляння соціалістичному договору [1, с.304-305]. Тому, вітчизняну історію вчень про договір приєднання науковці розділяють на два етапи: до жовтневої революції 1917 року та після проголошення Україною незалежності й взяття курсу на побудову ринкової економіки та запровадження свободи підприємництва [2, с.210].

Світовий генезис договору приєднання тісно пов'язаний з рядом економічних та юридичних чинників, наприклад, розвитком і вдосконаленням конструкції цивільно - правового договору в майновому обороті, закріпленням та утвердженням принципу свободи договору, ускладненням письмових засобів фіксації документів тощо.

В юридичній літературі зазначається, що вперше на законодавчому рівні договір приєднання закріплювався у Франції, тому, договори приєднання мають французьке термінологічне похо-

дження. Монопольні утворення в односторонньому порядку заздалегідь розробляли формуляри, в яких диктували свої умови, а контрагент лише приєднувався до них. Укладення цивільно - правових договорів шляхом приєднання носили досить фрагментарний характер і обмежувались звичайною констатацією факту. При аналізі конкретного виду договору дослідники вказували на особливий порядок його укладення шляхом приєднання до заздалегідь запропонованих однією стороною умов і не зупинялись на дослідженні особливостей, які обумовлювалися особливою процедурою укладення, чи на трансформації правової природи договору, укладеного шляхом приєднання [3, с.135].

Укладення договорів шляхом приєднання до запропонованих однією стороною умов отримало своє закріплення на законодавчому рівні в різних країнах світу під впливом історичних особливостей розвитку національних систем законодавства.

Одним шляхом врегулювання цього правового явища пішла Франція, де на науковому рівні було розроблено та сформульовано *спеціальну теорію про існування окремого виду договору,* найменувавши його договором приєднання (contracts d'adhesion). Її досвід перейняли ряд пострадянських держав (наприклад, Росія, Казахстан, Білорусь, Грузія, а також Україна), які не тільки оперують науковим терміном „договір приєднання", але й закріпили вказаний вид договору у національних кодифікованих актах з цивільного та/або торгівельного права. При такому регулюванні акцент переноситься на спосіб укладення договору – шляхом приєднання однієї сторони до умов, запропонованих іншою стороною.

Іншим способом нормативного врегулювання договору приєднання стало закріплення у законодавстві спеціальних положень лише щодо стандартизованої частини даного договору, виокремивши її серед усього масиву договірних умов. У цьому випадку у законодавстві відсутня спеціальна термінологія стосовно такого договору, увагу законодавця зосереджено на стандартизованій, тобто завчасно розробленій і однаковій для всіх контрагентів частині договірних умов. Прикладом такого регулювання є досвід більшості країн Західної Європи.

Регулюючи на законодавчому рівні лише стандартизовану частину договору, законодавчі органи ряду країн сформулювали *окремі акти законодавства.* Так, спеціальні закони прийняті в Ізраїлі, наприклад, Закон „Про єдинообразні договори", який набрав чинності 7 червня 1983р., в Португалії з 1985 року діє Закон „Про загальні умови правочинів", з 1998 року діє Закон „Про загальні умови договорів" в Іспанії.

У законодавстві інших же країн передбачено *тільки окремі спеціальні норми договору приєднання, які закріплені в актах цивільного (торгівельного) законодавства.* Зокрема, спеціальні норми включені до Загального Цивільного Уложення Австрії (§§ 864а і 879), до Цивільного кодексу Нідерландів (ст. 6:225, ст. 6:231 – 6:247), до Цивільного кодексу Польщі (ст.ст. 384, 385, 385-1, 385-2), до Торгового кодексу Чехії (§ 273), до Торгового закону Болгарії (ст. 298) тощо [4, с.230-236].

В країнах англо - американського права була розроблена конструкція *«примусового договору»*, відповідно до якої укладення договору вважається обов'язковим для компаній, діяльність яких спрямована на задоволення суспільних потреб. Такі компанії зобов'язані вступати в договір з кожним, хто виражає відповідне бажання [5, с.184]. По змісту примусовий договір був прямо протилежний договорам приєднання, оскільки акцент переносився на державний примус компаній до укладення таких договорів, та зобов'язанні їх виробляти єдині, однакові для всіх контрагентів умови, не встановлюючи будь-яких переваг для окремих суб'єктів.

Сьогодні, наукова спільнота західних країн Європи та Америки продовжує шукати оптимальну форму врегулювання вказаного правового явища, звужуючи або розширюючи межі законодавчого втручання у свободу сторін визначати умови договору на власний розсуд.

В чинному Цивільному кодексі України договору приєднання присвячено спеціальну статтю 634, яка містить легальне його визначення та встановлює правові наслідки кваліфікації цивільного договору як договору приєднання. Відповідно до вказаної норми

договором приєднання є договір, умови якого встановлені однією зі сторін у формулярах або інших стандартних формах, який може бути укладений лише шляхом приєднання другої сторони до запропонованого договору в цілому. Друга сторона не може запропонувати свої умови договору.

Визначаючи юридичні ознаки договору приєднання та виокремлюючи його особливості слід зазначити, що основоположником терміну, який застосовується у вітчизняному законодавстві, - "договір приєднання" можна вважати французького вченого кінця XIX століття Р. Салейля, який договори, у яких один із контрагентів не приймає участі у формулюванні умов договору і виявляє згоду на запропоновані умови без обговорення, назвав "contracts d'adhesion", що в перекладі означало "договори про згоду".

Науковець Л. С. Таль зазначав, що назву цього договору, яка походить від французького слова „d'adhesion" – підкорятися, підпорядковуватися, відповідно можна перекладати як „договір про підкорення" [6, с.216]. В. І. Синайський називав такі договори, як договори, укладені шляхом приєднання (par adhesion), розуміючи під цим терміном випадки, коли умови договору формулює тільки одна сторони, а інша тільки приєднується [7, с.452].

Загалом можна зазначити, що вже на етапі виникнення договору приєднання, відмінного від загальноприйнятої ситуації, коли договір є результатом узгодження волі його сторін, під ним дослідники розуміли договір, в якому умови договору формулювала тільки одна сторона, а інша погоджувалася на запропоновані умови або відмовлялася від укладення договору, запропонувати свої умови вона не могла.

Виходячи з даного законодавцем у ст. 634 ЦК України поняття договору приєднання, можна зробити висновок про те, що *сутність договору приєднання полягає*, по-перше, у закріпленні його умов у спеціальних стандартних формах чи формулярах; по-друге, у формулюванні умов договору лише однією стороною; і по-третє, у можливості його укладення лише шляхом приєднання до запропонованого договору в цілому.

У юридичній науці вчені намагалися виділити ознаки договору приєднання, акцентуючи увагу на різних аспектах цього договору. Так, В. В. Вітрянський виділяв три ознаки договору приєднання:

- по-перше, договір приєднання укладається між сторонами, одна з яких займає економічно і соціально домінуюче становище;

- по-друге, оферта при укладенні договору адресована невизначеному колу осіб і розрахована на неодноразове застосування;

- по-третє, умови договору розробляються тільки однією стороною. Договір фактично диктується: сторона, яка приєднується, або приймає умови або відмовляється від укладення договору. Іншими словами це означає: „або погоджуватися з усім, що я пропоную, або договору не буде" [8, с.93].

С. М. Бервено, негативно оцінюючи договір приєднання, вказувала на те, що умови договору не обговорюються сторонами, коли одна із них – монополістична організація пропонує своєму контрагенту напрацьований нею "формуляр" договору і контрагентові залишається прийняти запропоновані йому умови: "приєднатися" до них або відмовитися від укладення договору [9, с.110-111].

Г. В. Циплєнкова кваліфікуючими ознаками договору приєднання називає стандартну форму оферти, а також акцепт, зроблений у формі приєднання до запропонованих стандартних умов в цілому. Вчена називає шість ознак договору приєднання:

- договір розробляє одна сторона, використовуючи формуляр або іншу стандартну форму, інша сторона не приймає участі в формулюванні умов договору;

- формуляр або інша стандартна форма розробляється самою стороною, яка пропонує його до укладення, і не потребує додаткового затвердження і публікації в друкованих засобах інформації;

- оферентом виступає сторона, яка розробила договір приєднання;

- акцептом договору приєднання визнається погодження сторони укласти такий договір, виражене шляхом підпису на формулярі або вчинення конклюдентних дій;

- як правило, договір приєднання приймається в цілому, тобто до нього не може додаватись протокол розбіжностей. При розбіжностях хоча б по одній умові договору приєднання він вважається неукладеним;

- умови договору приєднання повинні відповідати Цивільному кодексу, іншим законам та правовим актам, відображати права, які зазвичай надаються по договорах такого виду [10, с.86-89].

О. А. Беляневич розглядає договір приєднання як спосіб укладення договору і вказує, що виокремлюючою їх ознакою є приєднання контрагентів до вже розроблених положень договору без права вимагати через суд їх зміни на стадії укладення договору [2, с.214].

Науковець В. Крат виділяє такі відмінні риси договору приєднання:

- виключна імперативність у встановленні умов однією зі сторін у формулярах або інших стандартних формах;

- укладення договору приєднанням до запропонованого договору в цілому;

- сторона, яка встановлює умови договору, як правило, займає монопольне становище;

- суб'єкт, який приєднується до договору, як правило, не має можливості діяти інакше [11, с.50].

На нашу думку, п*ершою відмінною ознакою договору приєднання є стандартна форма закріплення договірних умов.* В Цивільному кодексі України ця ознака сформульована як „... умови якого викладені у формулярах або інших стандартних формах ...". Виходячи із норм ЦК України зрозумілим є те, що договір приєднання може бути укладений лише в письмовій формі.

Законодавець не визначає, що розуміється під формуляром або іншою стандартною формою. Проте, науковці, які досліджували правове регулювання договору приєднання, зокрема форму такого договору, дають визначення поняттям „стандартна форма" та „формуляр". Одні дослідники, наприклад А. А. Ключков, не проводять різниці між поняттями стандартна форма та формуляр, розуміючи під ними попереднє викладення умов договору

у такій письмовій формі, що дозволяє їх швидке тиражування у багатьох екземплярах. Часто таку форму договорів приєднання ще називають стандартизованими (загальними) умовами договору [12, с.16-18]. Інші науковці, наприклад, О. С. Комаров під стандартними умовами розуміє умови, які завчасно підготовлені для загального та багаторазового використання однією стороною і які фактично використовуються без переговорів з іншою стороною. «Вирішальним, - справедливо вказує автор, - є не те, як вони представлені по формі, наприклад, містяться вони в окремому документі чи в самому договорі, надруковані типографським способом чи зберігаються тільки в пам'яті комп'ютера і т.д., і навіть не те, ким вони підготовлені (самою стороною, підприємницькою чи професійною організацією і т.д.) і не їх об'єм (містять вони повний набір умов, які фактично покривають всі суттєві аспекти договору чи тільки одну або дві умови, які стосуються, наприклад, обмеження відповідальності чи арбітражу). Вирішальним є той факт, що вони розроблені попередньо для загального і багаторазового використання і що вони фактично використовуються в даному випадку однією стороною без переговорів з іншою стороною" [13, с.201-209].

О. В. Лехкар досліджуючи форму договору приєднання вказала на те, що потрібно нормативно визначити поняття «стандартної форми» і «формуляру». Під стандартною формою закріплення договірних умов слід розуміти форму, яка розрахована на багаторазове їх використання, носить загальний характер і яка використовується для укладення однотипних правочинів. Стандартна форма може полягати у завчасному розробленні і закріпленні договірних умов у електронному вигляді і відповідному їх відтворенні з комп'ютера при кожному укладенні договору, так само як договірні умови можуть бути закріплені у спеціальному формулярі.

Формуляром є окремий різновид стандартної форми договору приєднання, який являє собою розтиражований у багатьох екземплярах бланк стандартної форми із надрукованими типо-

графським або іншим способом загальними умовами договору, які пропонуються до укладення.

Особливістю стандартної форми договору приєднання є те, що:

- вона розроблена стороною ще до того, як договір укладається;

- немає значення хто саме розробляє таку стандартну форму (сама сторона чи професійна організація у певній, наприклад, страховій сфері); важливо, що сторона використовує таку форму у своїй договірній практиці за власною ініціативою;

- стандартна форма є однаковою та єдиною для всіх, з ким така сторона вступає у договірні відносини;

- оскільки стандартна форма використовується для укладення масових однотипних правочинів, то далі логічно слідує, що оферентом стандартної форми є, як правило, суб'єкт підприємницької діяльності, який укладає договори приєднання з метою отримання прибутку, і предметом таких договорів є виробництво чи реалізація товарів, робіт, послуг, що становить предмет основної (статутної) діяльності підприємця [14, с.139-142].

Другою відмінною ознакою договору приєднання є спосіб укладення договору – шляхом приєднання до запропонованих умов договору в цілому.

Дефініція договору приєднання визначає, що договором приєднання може бути тільки такий договір, всі умови якого формулюються однією стороною і пропонуються до укладення без обговорення. Іншими словами якщо хоча б одна умова в договорі була погоджена сторонами, а всі інші - продиктовані, такий договір, на думку українського законодавця, не вважається договором приєднання, а отже, на нього не поширює свою дію стаття 634 Цивільного кодексу України. Таке формулювання, на нашу думку, необґрунтовано звужує сферу застосування договору приєднання, адже в договірній практиці існує небагато випадків, коли всі без виключення умови договору формулюються в односторонньому порядку, частина умов, як правило, узгоджується сторонами, інша ж частина - пропонується без обговорення. Тому, ми

вважаємо, що положення статті 634 Цивільного кодексу України повинні поширюватись і на ті договори, в яких тільки частина умов продиктована однією стороною (включаючи випадки, коли продиктованою є тільки одна умова), а інші договірні умови узгоджуються сторонами. Враховуючи зазначене вище, слід погодитися з вченою О. В. Лехкар, яка у своїй дисертаційній роботі «Договір приєднання» пропонує договір приєднання визначити, як договір всі або частина умов якого встановлені однією зі сторін у формулярах або інших стандартних формах, який може бути укладений лише шляхом приєднання другої сторони до запропонованих умов договору в цілому.

Вірно зазначає М. І. Брагінський критерієм виділення договору приєднання з усіх цивільно-правових договорів є не сутність зобов'язань, які виникають, як це має місце при диференціації договірних зобов'язань на окремі види зобов'язань, і не характер діяльності однієї зі сторін, а спосіб укладення договору [15, с.63].

Третьою конститутивною ознакою договору приєднання є відсутність у другої сторони можливості приймати участь у розробленні договірних умов. У ч.1 ст.634 ЦК України ця ознака сформульована – «друга сторона не може запропонувати свої умови договору». Звичайно, друга сторона сама вирішує, укладати чи не укладати договір на запропонованих їй умовах, тобто тут не порушується принцип свободи договору. Але, необхідність укладення особою договору приєднання, особливо у підприємницькій діяльності, часто обумовлена економічними чи географічними чинниками, коли можливість вибору контрагента є обмеженою.

Сьогодні існує проблема у вирішенні питання, які ж саме договори можуть укладатися шляхом приєднання до формуляру чи іншої стандартної форми і вона полягає в тому, що законодавець, окрім вищеназваних ознак не назвав інших орієнтирів для кваліфікації того чи іншого договору як договору приєднання.

Якщо у ст.633 ЦК України щодо такого нового виду, як публічний договір, законодавець приводить примірний їх перелік, то у ст.634 ЦК України подібного переліку договорів приєднання немає. Деякими правниками висловлюється думка, що такий (на-

віть примірний) перелік зазначених договорів служив би надійним орієнтиром для судової практики при вирішенні конкретних спорів щодо кваліфікації окремих видів договорів як договорів приєднання.

У науковій літературі звертається увага на те, що у зв'язку з відсутністю у статті 634 ЦК України переліку договорів, які можна віднести до договорів приєднання кваліфікувати певний договір як договір приєднання можна трьома способами:

- формально-визначений – у тексті договору стороною прямо зазначається, що такий договір є договором приєднання;

- фактично-визначений – кваліфікація договору приєднання здійснюється на підставі встановлення наявності ознак цього договору визначених у статті 634 ЦК України;

- законодавчо-визначений – коли на рівні закону міститься спеціальна вказівка про характеристику конкретного договору як договору приєднання, [9, с.124-125] наприклад, ч.2 ст.787 ЦК України – договір прокату є договором приєднання.

Підсумовуючи зазначимо, за своєю правовою сутністю договір приєднання є особливою договірною конструкцією цивільного права, яка може об'єднювати різні за юридичною природою цивільно-правові договори.

1. Мейер Д. И. Русское гражданское право [В 2-х ч. Ч. 1.] / Д. И. Мейер. – М. : Статут, 1997. – 455 с.

2. Беляневич О. А. Договори приєднання / О. А. Беляневич // Вісник господарського судочинства. – 2004. - № 3. – С. 210 – 217.

3. Таль Л. С. Очередные вопросы в области гражданского права. Новые категории договоров / Л. С. Таль // Вестник гражданского права. – 1914. - № 1. – С. 134 – 145.

4. Зименкова О.Н. Основные институты гражданского права зарубежных стран: сравнительно-правовое исследование. – М., 1999. – 480 с.

5. Соединенные штаты Америки : Конституция и законодательные акты : Пер. с анг. / Сост. В. И. Лафитский / Под ред. и со вступ. ст. О. А. Жидкова. – М.: Прогресс, Универс, 1993. – 768 с.

6. Таль Л. С. Очерки промышленного права / Л. С. Таль. – М. : Моск. науч. издат., 1918. – 225 с.

7. Синайский В. И. Русское гражданское право / В. И. Синайский. – М.: Статут, 2002. – 638 с.

8. *Витрянский В. В. Новые типы гражданско-правовых договоров / В. В. Витрянский // Закон. – 1995. - № 6. – С. 93.*
9. *Бервено С.М. Проблеми договірного права України. – К., 2006. – 264с.*
10. *Цыпленкова А. В. Договор присоединения как особая категория гражданского права : Дис. ...канд. юрид. наук : 12.00.03. / А. В. Цыпленкова. – М., 2002. – 202 с.*
11. *Крат В. Договір приєднання : реалії та перспективи / В. Крат // Підприємництво, господарство і право. – 2003. - № 1. – С. 50.*
12. *Клочков А. А. Правовое регулирование стандартных условий в торговом обороте по российскому праву / А. А. Клочков // Юрист. - № 2000. – № 1. – С. 11 – 22.*
13. *Комаров О.С. Принципы международных коммерческих договоров. – М. : Междунар. отношения, 2003. – 288 с.*
14. *Лехкар О.В. Договір приєднання : Дис. ...канд. юрид. наук : 12.00.03. / О. В. Лехкар. – Х., 2008. – 215 с.*
15. *Брагинский М. И. Договорное право. Книга первая : Общие положения. / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М. : Статут, 2000. –848 с.*
16. *Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435 – IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40 – 44. – С. 356.*

Бойко Н.М. Особливості договору приєднання

У роботі досліджено ґенезу договору приєднання, правову регламентацію такого договору за законодавством інших держав. Наведено теоретичне узагальнення та окреслено специфіку договору приєднання. Визначено особливості такого договору.

Ключові слова: договір приєднання, зміст договору приєднання, правові ознаки договору приєднання.

Бойко Н. М. Особенности договора присоединения

В работе исследованы генеза договора присоединения, правовая регламентация такого договора по законодательству других государств. Приведены теоретическое обобщение и очерчены специфику договора присоединения. Определены особенности такого договора.

Ключевые слова: договор присоединения, содержание договора присоединения, правовые признаки договора присоединения.

Boiko N. M. Features accession treaty

This work examines the genesis contract of adhesion, the legal regulation of the contract under the laws of other states. Theoretical summaries and outlines the specific contract of adhesion are introduced. Also the author studies the features of this agreement.

Keywords: treaty accession, treaty content accession, accession treaty law nature.

Ганкевич О.М.

ПОНЯТТЯ БАТЬКІВСТВА ТА МАТЕРИНСТВА У СІМЕЙНО-ПРАВОВІЙ ДОКТРИНІ

УДК 347.632.12

Постановка проблеми. Неодмінною передумовою надійного механізму захисту прав дитини є виважене поєднання законодавцем матеріальних та процесуальних норм. Саме тому досить важливою складовою ефективного правосуддя, зокрема, в справах про визнання батьківства, материнства та їх оспорювання є системне правове регулювання сімейних правовідносин. Така системність повинна проявлятися не лише у логічності і послідовності побудови норм Цивільного процесуального кодексу України, але й в гармонійному їх поєднанні із положеннями Сімейного кодексу України та з низкою інших нормативно-правових актів. Варто також зауважити і те, що з інститутом батьківства і материнства пов'язаний цілий комплекс взаємних цивільних та сімейних прав і обов'язків батька, матері та дитини. Тому досить важливим є розкриття сутності та поняття батьківства і материнства та закріплення цих понять на легальному рівні, що сприятиме процесу доказування у справах про визнання батьківства, материнства та їх оспорювання й ефективній реалізації норм сімейного та цивільного процесуального права.

Аналіз досліджень даної проблеми. Дослідженню поняття батьківства, материнства в юридичній науці приділено значну увагу. Серед ґрунтовних наукових досліджень, які безпосередньо стосуються суб'єктів сімейних правовідносин, варто виокремити праці І. А. Бірюкова, В.А. Ватраса, Є. М. Ворожейкіна, О. М. Гончаренко, Л. В. Красицької, В. П. Мироненко, М.В. Логвінової, В.Ю. Москалюк, А. М. Нечаєва, З. В. Ромовської та інші.

Незважаючи на численність наукових праць з обраної тематики, й досі залишаються дискусійними наукові погляди вчених щодо визначення поняття батьківства і материнства. На сьогодні існує нагальна потреба у легальному закріпленні їх визначення, оскільки розкриття змісту цих понять є передумовою ефективно-

го судового захисту прав та інтересів учасників сімейних правовідносин.

Постановка мети. Основною метою статті є розкриття на основі теоретичного аналізу визначення поняття батьківства, материнства у сімейно-правовій доктрині.

Виклад основного матеріалу. Набрання чинності новим Сімейним кодексом України стало одночасно і результатом певних соціальних змін, що мали місце за останні роки в нашому суспільстві, і підставою для подальшого розвитку правового регулювання сімейних відносин. Роки чинності нових законодавчих норм демонструють позитивні, рушійні зміни, і водночас – існуючі проблеми, що виникли в практиці регулювання сімейних відносин в сучасних умовах, зокрема відносин щодо визнання батьківства та материнства.

Розкриваючи сутність та зміст поняття материнство, доцільно навести визначення, що міститься у сучасному тлумачному словнику української мови: – «під материнством розуміється «стан жінки-матері під час вагітності, пологів, годування дитини» [1, с. 466].

Варто зауважити, що на сьогодні існує декілька підходів стосовно визначення та розуміння понять батьківство і материнство.

Так, відповідно до ст. 49 СК дружина має право на материнство, а відповідно до ст. 50 – чоловік має право на батьківство. В той же час сім'ю може створити особа, яка народила дитину, незалежно від віку (стаття 4 СК) [2] та за заявою особи, яка досягла чотирнадцяти років, за рішенням суду їй може бути надано право на шлюб, якщо буде встановлено, що це відповідає її інтересам (стаття 23). Тому положення частини 1 ст. 49 СК потребує редакції у наступній варіації: «Жінка має право на материнство». Необхідно підкреслити, що саме «жінка» має таке право, а не тільки дружина. Отже, право на материнство мають жінки, а право на батьківство – чоловіки [3]. Дана наукова позиція, на нашу думку є слушною і сьогодні доцільно внести відповідні зміни і доповнення до ст.ст. 49-50 СК. Проте можна зауважити також і те, що важко однозначно погодитися позицією автора стосовно необхід-

ності внесення змін до ч. 1 ст. 49 СК. Це зумовлено тим, що ст. 49 СК міститься в такій структурній частині СК, як Розділ ІІІ, який має назву **«Шлюб. Права та обов'язки подружжя»**. Саме тому законодавець у ч. 1 ст. 49 та ч. 1 ст. 50 СК говорить про дружину і чоловіка, які відповідно до ч. 2 ст. 21 СК проживають однією сім'єю, шлюб яких зареєстрований у державному органі РАЦСу. На наше переконання, про те, що не тільки дружина має право на материнство свідчить ч. 3 ст. 3 СК, відповідно до якої права члена сім'ї має одинока мати. Дана норма перебуває у нерозривному взаємозв'язку та взаємодії із положеннями ч.ч. 1-2 ст. 5 СК:

«1. Держава охороняє сім'ю, дитинство, материнство, батьківство, створює умови для зміцнення сім'ї.

2. Держава створює ***людині*** (курсив мій – О.Г.) умови для материнства та батьківства, забезпечує охорону прав матері та батька, матеріально і морально заохочує і підтримує материнство та батьківство.».

Тобто з наведеного вище слідує, що законодавець охороняє матір дитини, незалежно від того чи вона перебуває у зареєстрованому шлюбі чи ні, а тому з цього можна зробити і висновок, що правом на материнство наділені також жінки, які не перебувають у зареєстрованому шлюбі.

Так, у ч. 1 ст. 49 СК зазначається, що дружина має право на мате-ринство. Проте, як правильно зазначає В.Ю. Москалюк [4, с. 124-129], перш ніж розглянути зміст норм (ст.ст. 49, 50 СК) слід з'ясувати зміст категорій «материнство» та «батьківство», оскільки чинне законодавство не містить визначення даних понять, а у науковій літературі ці поняття визначаються неоднозначно. У цьому слід погодитись із автором. Так, вчений І. А. Бірюков зазначає, що материнство – це забезпечена законом можливість жінки здійснювати репродуктивну функцію (народжувати здорових дітей), належним чином утримувати їх та виховувати в дусі поваги до прав та свобод інших людей, любові до своєї сім'ї та родини, свого народу, своєї Батьківщини [5, с. 78]. Далі у своїй роботі «Право на материнство (батьківство) за Сімейним кодексом України» В. Ю. Москалюк аналізує різні точки зору науковців,

зокрема й точку зору І. А. Бірюкова, щодо визначення материнства та при цьому зазначає, що до поняття «материнство», крім права мати дитину, включається й фізіологічний стан жінки під час вагітності, її соціальне становище, а також її моральний стан.

На думку В. Ю. Москалюк, материнство – це фізіологічний та соціальний стан жінки з моменту зачаття до смерті дитини або смерті самої матері. Автор розкриває також зміст права на материнство, зауважуючи, що право на материнство (батьківство) не передається іншій особі, навіть з огляду на сучасні медичні технології, та не може бути еквівалентно оцінене. Це право має особливий об'єкт, яким є репродуктивна спроможність жінки (чоловіка). За загальним правилом, особисті немайнові права мають специфічні підстави виникнення, зокрема, для жінки – це подія у вигляді досягнення жінкою статевої зрілості. В кінці своєї статті В. Ю. Москалюк робить слушний висновок про те, що право на материнство (батьківство) можна визначити як особисте немайнове право, яке виникає з приводу здійснення жінкою та чоловіком їх репродуктивної функції з моменту до-сягнення ними статевої зрілості та є забезпеченими законом можливостями самостійно вирішувати питання мати чи не мати дитину, вимагати від усіх та кожного поведінки, яка сприятиме здійсненню права на материнство (батьківство), та вимагати утримуватися від дій, які перешкоджають здійсненню цього права, звертатися за захистом свого права від протиправ-них посягань інших осіб способами, встановленими законодавством [4, 124-129].

Цікавою є думка вчених, відповідно до якої, материнство як правове явище потрібно розглядати в широкому та вузькому розумінні. Материнство в широкому правовому розумінні – це врегульовані законодавчими нормами суспільні відносини, спрямовані на захист інтересів матері і дитини, їх майнову і моральну підтримку. Материнство в широкому розумінні включає не тільки заходи державного впливу, а й деякі особисті права жінки як дружини. Про таке поєднання свідчить п. 3 ст. 49 СК, в якому зазначається, що позбавлення жінки можливості народити дитину (репродуктивної функції) у зв'язку з виконанням нею кон-

ституційних, службових, трудових обов'язків або в результаті протиправної поведінки щодо неї є підставою для відшкодування завданої їй моральної шкоди. Включення в систему особистих немайнових прав права жінки на відшкоду-вання моральної шкоди за позбавлення її можливості народити дитину автоматично відносить кошти, одержані за таке відшкодування, до особистої власності дружини. А у разі відшкодування моральної шкоди чоловікові за позбавлення його можливості здійснення репродуктивної функції – до особистої приватної власності чоловіка (п. 4 ст. 57 СК) [5, с. 79].

Материнство у вузькому розумінні – це забезпечена законом можливість жінки здійснювати репродуктивну функцію (народжувати здорових дітей), належним чином утримувати їх та виховувати в дусі поваги до прав та свобод інших людей, любові до своєї сім'ї та родини, свого народу, своєї Батьківщини [5, с. 78].

На думку В. П. Мироненко [6, с. 186], А. М. Нечаєва, «материнство – це стан жінки, яка має дитину». Цей стан виникає у момент народження дитини і припиняється з її загибеллю або смертю самої матері. Це визначення не можна вважати задовільним, оскільки за медичним трактуванням жінка стає матір`ю з моменту зачаття та до моменту пологів теж потребує захисту з боку законодавства [7, с. 25-67].

Проте у літературі останнім часом зустрічається визначення материнства як забезпеченої законом можливості жінки здійснювати репродуктивну функцію – народжувати дітей, утримувати та виховувати їх [7, с. 25-67]. Можливість жінки мати чи не мати дитину частіше за все забезпечується її власною волею та станом її здоров`я. Законодавче ж забезпечення вказаної можливості не впливає на можливість мати дитину. Запропоноване визначення не можна сприймати як досконале, оскільки у ньому змішані поняття «право на материнство» та «материнство». Але на наш погляд, поняття материнство має дещо інший зміст, ніж право на материнство. Воно включає в себе і фізіологічний стан жінки під час вагітності, і її соціальне становище, зокрема. Материнство, крім права мати дитину, охоплюється також фізіологічним ста-

ном жінки під час вагітності, що обумовлено також охороною та захистом материнства в державі, зокрема соціальним. Народження дитини є природною і водночас найважливішою соціальною функцією жінки, яку крім неї ніхто здійснити не може [8, с. 159].

На переконання З. В. Ромовської, материнство – це біосоціально-психологічно-правовий стан жінки від моменту вагітності і народження дитини й доти, доки житиме жінка або її діти [9, с. 595]. Також професор зазначає, що материнство – це забезпечена законом можливість жінки здійснювати репродуктивну функцію (народжувати здорових дітей), належним чином утримувати їх та виховувати в дусі поваги до прав та свобод інших людей, любові до своєї сім'ї та родини, свого народу, своєї Батьківщини.

Повертаючись до аналізу законодавства, доцільно звернути увагу на

ст.ст. 49-50 СК, які мають назви «Право на материнство» і «Право на батьківство», реалізація яких безпосередньо пов'язана із репродуктивною функцією, тобто за основу тут взято біологічний критерій поняття материнства.

Отож, виходячи з усього вищесказаного, материнство можна визначити як фізіологічний, соціальний та психологічний стан жінки з моменту зачаття і до народження дитини, а з моменту народження як факт походження дитини від певної жінки, що оснований на кровній спорідненості між матір'ю і дитиною, юридично посвідчений записом про народження дитини в актах державних органів РАЦС. Отже, факт походження дитини від певних батьків – матері і батька є підставою виникнення взаємних прав та обов'язків у них, та є передумовою захисту прав та інтересів дитини у різноманітних правових відносинах, зокрема, судом.

Щодо поняття батьківства, то воно в праві визначається як факт походження дитини від певного чоловіка, юридично посвідчений записом про народження дитини в актах державних органів ДРАЦС [5, с. 79]. Відмінності в реалізації права чоловіка та дружини зумовлюються фізіологічними особливостями жінки та чоловіка та соціальним станом жінки-матері. Але, слід зауважити, що батьківство не обмежується юридично посвідченим запи-

сом в органах ДРАЦС про народження дитини. Із змісту статей 49 та 50 СК України випливає, що батьківство визнається з моменту зачаття і є соціальним станом чоловіка, оскільки він має теж певні права та обов'язки в той час, коли його дружина є вагітною. Як зауважує З. В. Ромовська, обов'язок батьківства виникає з часу зачаття дитини і полягає насамперед у вчиненні чоловіком таких дій, які сприяли би народженню здорової дитини [8, с. 163].

В українській мові поняття «батьківство» тлумачать як кровну спорідненість між батьком і його дитиною [1, с. 51].

Таким чином, з моменту зачаття і до народження дитини під батьківством необхідно розуміти соціальний стан чоловіка, а з моменту народження як факт походження дитини від певного чоловіка, що оснований на кровній спорідненості між батьком і дитиною, юридично посвідчений актовим записом про народження дитини в органах державної реєстрації актів цивільного стану.

Отже, факт походження дитини від батька спричиняє появу комплексу взаємних прав та обов'язків батька і дитини. У контексті зазначеного вище, необхідно зазначити, що в сімейному праві обставинами, що породжують правовідносини, найчастіше виступають фактичні склади, тобто сукупність юридичних фактів. При цьому фактичний склад нерідко змішаний – до нього можуть входити як події, так і дії. Відомо, що батьківські правовідносини виникають на підставі поєднання двох фактів – народження дитини (подія) та реєстрація народження дитини у встановленому законом порядку (дія). Крім того, фактичний склад, що спричиняє виникнення сімейного правовідношення, нерідко може складатися із трьох або й більшої кількості фактів **(народження дитини – реєстрація народження – оспорювання батьківства – анулювання запису про батьківство або внесення відповідних змін до актового запису про народження)** [10, с. 72].

Юридичним фактом у сімейному праві досить часто виступають стани, тобто уже існуючі суспільні зв'язки (кровна родинність, свояцтво, шлюб, патронат тощо). У сімейному праві стани виступають не як різновид юридичних фактів, а як різновид події. Кровне споріднення також визнається у сімейному праві як юри-

дичний факт, з яким пов'язується виникнення (або, навпаки, неможливість виникнення) сімейно-правових відносин [10, с. 72].

У контексті вище наведеного, варто зауважити, що батьки можуть вирішувати питання щодо народження в майбутньому дитини, але сам по собі факт народження є біологічним явищем і не залежить від їх волі. Народження дитини як юридичний факт, спричиняє виникнення низки взаємних прав та обов'язків батьків і дітей.

Як зауважувалось раніше, законодавство України не містить визначень термінів «материнство» і «батьківство». Виходячи з того, що у СК поняття «сім'я» розкривається через її зміст як соціального явища, категорії «материнство», «батьківство» з правової точки зору слід розуміти як соціальний стан особи (жінки чи чоловіка) як матері чи батька щодо дитини, що пов'язано із народженням, доглядом, вихованням, утриманням, соціалізацією останньої. Проте право на материнство (батьківство), крім здійснення прав та обов'язків, пов'язаних із вихованням і турботою про дитину, включає також право людини на реалізацію її репродуктивних функцій або застосування допоміжних репродуктивних технологій з метою народження дитини із збереженням власної генетичної спадковості матері (батька) [11, с. 37].

У цьому зв'язку не можна погодитись із позицією вчених, які: а) при визначенні вказаних понять надають їм різного юридичного змісту: материнство визначають як фізіологічний та соціальний стан жінки, а батьківство – як факт походження дитини, оскільки це не відповідає принципу ґендерного паритету; б) пов'язують материнство з фізіологічними особливостями жінки, адже правовий статус материнства не змінюється, якщо дитину усиновлено або народжено за допомогою застосування допоміжних репродуктивних технологій, приміром «сурогатною матір'ю» (ст. 123) [2]; в) визначають материнство як довготривалий стан, що виникає з моменту зачаття (чи народження) дитини і припиняється смертю дитини чи матері [4, с. 125; 12, с.102; 13, с. 138]. Щодо останньої тези можна висловити такі заперечення. Терміни «материнство» і «батьківство» у правовому контексті є спів-

відносними з поняттям «дитинство». Згідно із Законом України «Про охорону дитинства» дитинство – період розвитку людини до досягнення повноліття (ст. 1). Отож, керуючись принципом юридичної послідовності, стає очевидним, що із набуттям дитиною повноліття припиняється її період дитинства, а відповідно – функції материнства (батьківства). З цього моменту сімейні відносини між такими суб'єктами переходять у новий правовий вимір - відносини між батьками та повнолітніми дітьми (статті 172, 198-199, 202-203, 270, 271) [2]. Так, реалізація права материнства (батьківства) через усиновлення можлива лише щодо дитини (ст. 6, ч. 1 ст. 208) [2]. І хоча Сімейний кодекс передбачає у виняткових випадках можливість усиновлення повнолітньої особи (ч. 2 ст. 208) [2], проте очевидно, що таке усиновлення має на меті реалізацію права людини на сім'ю (ст. 4) [2], яка ґрунтується на відносинах між батьками та дорослими дітьми. Адже воно не передбачає забезпечення дитини сімейним вихованням, а усиновлювачам – прав на особисте виховання такої дитини як своєї, що є ключовим елементом права на материнство (батьківство) [11, с. 37-38].

Висновки. Зважаючи на викладене, можна сформулювати декілька основних висновків:

1. Використовуючи системне тлумачення положень СК, норму ч. 1 ст. 49 потрібно розуміти так, що не тільки дружина, але й жінка наділена правом на материнство.

2. Материнство – це фізіологічний, соціальний та психологічний стан жінки з моменту зачаття і до народження дитини, а з моменту народження як факт походження дитини від певної жінки, що оснований на кровній спорідненості між матір'ю і дитиною, юридично посвідчений актовим записом про народження дитини в державних органів РАЦС, що є передумовою виникнення правового статусу матері.

3. Батьківство – це соціальний та психологічний стан чоловіка з моменту зачаття і до народження дитини жінкою, а з моменту народження як факт походження дитини від певного чоловіка, що оснований на кровній спорідненості між батьком і дитиною,

юридично посвідчений актовим записом про народження дитини в державних органів РАЦС, що є передумовою виникнення правового статусу батька.

1. *Сучасний тлумачний словник української мови : 100000 слів / Н. М. Божко, Н. М. Ткаченко, Т. М. Вакуленко та ін. ; за заг. ред. В. В. Дубічинського. – Х. : ВД «ШКОЛА», 2011. – 1008 с.*
2. *Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/2947-14.*
3. *Гончаренко О. М. Право на дитинство, право на материнство, право на батьківство: порівняльний аналіз / О. М. Гончаренко [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://elibrary.nubip.edu.ua/15788/1/12gom.pdf.*
4. *Москалюк В. М. Право на материнство (батьківство) за Сімейним кодексом України / В. М. Москалюк // Наукові засади та практика застосування нового Сімейного кодексу України: Збірник наукових праць за матеріалами круглого столу, м. Київ, 25 травня 2006 року. – Х. : Ксилон, 2007. – С. 124–129.*
5. *Сімейне право України / І. А. Бірюков, В. С. Гопанчук, Ю. О. Заіка та ін. ; за заг. ред. В. С. Гопанчука. – К. : Істина, 2002. – 356 с.*
6. *Мироненко В. Охорона сім'ї, материнства, дитинства – основа удосконалення шлюбно-сімейного законодавства України / В. Мироненко // Українське право. 1998. – № 1. – С. 181–187.*
7. *Вороненко Ю.В., Радиш Я.Ф.Медичне право в системі права України / Ю. В. Вороненко, Я. Ф. Радиш // Український медичний часопис. – 2006. – № 5(55). – С. 25–67.*
8. *Ромовська З. В. Українське сімейне право : підручник / З. В. Ромовська. – К. : Правова єдність, 2009. – 500 с.*
9. *Ромовська З. В. Юридична енциклопедія : В 6 т. / [редкол. : Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К. : Укр. Енцикл, 2001. – Т. 3. – 792 с.*
10. *Мироненко В. П. Сімейне право України : підручник / В. П. Мироненко, С. А. Пилипенко ; за заг. ред. В. П. Мироненко. – К. : Правова єдність, 2008. – 477 с.*
11. *Сімейний кодекс України : науково-практичний коментар / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, О. М. Клименко ; за заг. ред. С. Я. Фурси. – К . : Фурса С.Я., КНТ, 2008. – 1248 с.*
12. *Сімейне право України : підручник / Л. М. Баранова, В. І. Борисова, І. В. Жилінкова та ін. ; за заг. ред. В. І. Борисової та І. В. Жилінкової. – 2-е вид., перероб. і допов. – К. : Юрінком Інтер, 2009. – 288 с.*

13. Красицька Л. В. Цивільно-правове регулювання особистих немайнових прав громадян / Л. В. Красицька. – Донецьк : ДІВС МВС України, 2002. – 164 с.

Ганкевич О. М. Поняття батьківства та материнства у сімейно-правовій доктрині

У статті досліджено поняття батьківства та материнства. Розкрито та проаналізовано багатогранний аспект цих понять. Проаналізовано законодавство, що містить норми щодо батьківства, материнства. Зроблено висновки та запропоновано авторське визначення батьківства, материнства.

Ключові слова: материнство, батьківство, фізіологічний стан, кровний зв'язок, репродуктивна функція.

Ганкевич О. М. Понятие отцовства и материнства в семейно-правовой доктрине

В статье исследовано понятие отцовства и материнства. Раскрыт и проанализирован многогранный аспект этих понятий. Проанализировано законодательство, которое содержит нормы относительно отцовства, материнства. Сделаны выводы и предложено авторское определение отцовства, материнства.

Ключевые слова: материнство, отцовство, физиологичное состояние, кровная связь, репродуктивная функция/

Gankevich O. M. Concept of paternity and maternity in a domestically-legal doctrine

The concept of paternity and maternity is investigational in the article. The many-sided aspect of these concepts is exposed and analysed. A legislation, that contains norms in relation to paternity, maternity, is analysed. Drawn conclusion and authorial determination of paternity, maternity offers.

Keywords: maternity, paternity, physiology state, blooded connection, reproductive function.

Ковалишин О.Р.

ПРАВОВИЙ СТАТУС НЕГЛАСНОГО ТОВАРИСТВА (STILLE GESELLSCHAFT) В АВСТРІЙСЬКІЙ РЕСПУБЛІЦІ

УДК 346.9; 347.7

В Україні значний сектор економіки все-ще залишається тіньовим. Однією з причин даного явища є небажання громадян публічно розголошувати інформацію про величину своїх статків. В процесі здійснення підприємницької діяльності громадяни, бажаючи отримати зиск від наявних у них коштів, і, одночасно не бажаючи бути публічними, використовують розписки, договори

позики чи реєструють капітал на довірених осіб. Останній спосіб є досить популярним, хоча й доволі ризиковим, оскільки гарантії власника коштів базуються фактично на так званій «джентльменській угоді». Відсутні будь-які гарантії з боку держави в такій ситуації. Між тим в європейських державах (зокрема, в Австрійській Республіці) поширена аналогічна форма ведення підприємницької діяльності, але вже в рамках правового поля [8; 9]. Йде мова про негласне (таємне, тихе, неоголошене) товариство - Stille Gesellschaft. Основна особливість даного виду товариства в тому, що один із його учасників бере участь в господарській діяльності, не розголошуючи своєї участі перед третіми особами та перед широким загалом.

Частково в контексті аналізу інших проблем корпоративного права про дану організаційну правову форму згадувалось в працях О. В. Бермічевої, Т. Галандер, А. Редзіка, П. О. Рижка, Г. В. Юровської та інших. Проте всебічного вивчення даної організаційно-правової форми в українській науці корпоративного права не проводилося.

Тому **метою** статті є комплексне дослідження правового статусу негласного товариства за законодавством Австрійської республіки.

Поняття. Термін «Stille Gesellschaft» в українській мові не має єдиного узгодженого перекладу. В літературі зустрічаються найрізноманітніші варіанти тлумачення даного терміну. П. Л. Рижко та Г. В. Юровська вживають термін «негласне товариство» [1; 3; 4]. В інших джерелах зустрічаємо «таємне товариство» [2] або ж анонімне (негласне) товариство [3; 5]. На думку автора, термін «таємне товариство» є не зовсім коректним, оскільки не відповідає суті даної юридичної особи. Адже інформація щодо особи негласного учасника все ж доступна для контролюючих органів, кредиторів негласного товариства. Тобто про повну таємність не йде мова.

Ключова ознака даного товариства полягає в тому, що участь одного із партнерів не реєструється в Комерційному реєстрі та не розголошується по відношенню до третіх осіб. Переклад «неза-

реєстроване товариство» був би також некоректним, оскільки міг би вводити в оману щодо правового статусу товариства як зареєстрованої юридичної особи. Тому видається, більш прийнятним вживання терміну «негласне товариство» чи «неоголошене товариство». Саме такі поняття вживатимуться в даному дослідженні.

Заснування. Діяльність негласного товариства регулюється Розділом 3 Книги II (§§ 179 - 188) Комерційного кодексу Австрійської республіки (Unternehmensgesetzbuch) [12].

В негласному товаристві беруть участь, як правило, двоє учасників:

- *учасник-підприємець, який безпосередньо веде справи товариства (der Unternehmer або der Inhaber)*. Зауважимо, що термін «підприємець» тут вживається в широкому розумінні «суб'єкт господарювання», а не у вузькому - «фізична особа-підприємець»;

- *негласний учасник (Stiller Gesellschafter або der Stille)*, який управління товариством не здійснює.

Участь більшої кількості учасників в негласному товаристві допускається, зокрема, коли в особі негласного учасника виступають: 1) інше товариство (наприклад, ТОВ); або 2) спадкоємці вкладу негласного учасника.

Існують типові та нетипові негласні товариства. В нетиповому товаристві негласний учасник має можливість брати участь в розпорядженні майном та управлінні товариством [10; 11].

Особливістю негласного товариства в тому, що воно не володіє тим обсягом правосуб'єктності, яким володіє ТОВ (GmbH) чи відкрите товариство (Offene Gesellschaft). Воно не набуває прав а також не здатне виконувати обов'язки. У правовідносинах з третіми особами від імені товариства виступає учасник-володілець майна. Ним може бути як фізична особа, так і юридична особа. Негласне товариство вважається створеним з моменту внесення про нього відомостей до Комерційного реєстру. Відомості про учасника-підприємця реєструється в звичайному порядку. Дані про негласного учасника в Комерційному реєстрі відсутні.

Внески учасників. Вкладом негласного учасника може бути будь-яке майно, в тому числі кошти, депозитний вклад, нерухоме

майно. Дата передачі ним майна учаснику-підприємцю визначається засновницьким договором. Якщо цього в договорі не визначено, то, вважається, що обов'язок передати майно виникає одразу з моменту підписання засновницького договору.

Австрійське законодавство передбачає два способи передачі вкладу негласного учасника:

quoad usum: майновий внесок (як правило, нерухомість чи інше майно) передається товариству тільки в користування. Даний спосіб виконання обов'язку учасника з передачі внеску дещо схожий з договором оренди. Слід підкреслити, що при виході учасника зі складу товариства чи припинення господарської діяльності товариство зобов'язане повернути власнику те саме майно.

quoad sortem: найбільш специфічний спосіб виконання обов'язку передачі вкладу в товариство. Його особливість полягає в тому, що вклад учасника передається учаснику-підприємцю таким чином, що: 1) у правовідносинах з третіми особами вклад залишається власністю негласного учасника; 2) в корпоративних правовідносинах та інших правовідносинах між учасниками товариства дане майно вважається таким, що перебуває у власності товариства (в даному випадку учасника-підприємця). Це свого роду «передача в обмежене право власності». У випадку, якщо негласний учасник продовжує користуватися майном всупереч рішенням учасника-підприємця, він зобов'язаний відшкодувати шкоду завдану такими діями [6, с. 29].

Внесок переходить у володіння учасника-підприємця. Останній управляє ним в інтересах товариства. Фактично він отримує дві з трьох правомочностей власника, а саме право володіння та право користування. Право розпорядження обмежене. Учасник-підприємець отримує майно виключно для досягнення передбачених засновницьким договором цілей.

Розподіл прибутку. Якщо в засновницькому договорі визначено лише участь негласного учасника при розподілі прибутку, то відповідно вважається, що в такому самому співвідношенні він бере участь при відшкодуванні збитків товариства. Засновниць-

ким договором його може бути звільнено від участі у відшкодування збитків та втрат товариства. Водночас товариство не може приймати рішення, яким негласного учасника виключають з числа осіб, які мають право на отримання частини прибутку. Разом з тим право негласного учасника на отримання прибутку не є привілейованим.

Як правило, учасники розподіляють прибуток у визначеному засновницьким договором відсотковому співвідношенні або ж у співвідношенні вартості вкладу негласного учасника до вартості власного майна учасника-підприємця, задіяного в господарській діяльності товариства. Учасники також можуть домовитися про те, що негласний учасник отримує певний фіксований розмір прибутку від його вкладу незалежно від результатів господарської діяльності товариства. Але на відміну від аналогічного права командита право негласного учасника на отримання фіксованого прибутку не є гарантованим. У випадку, коли товариство зазнало збитків і вартість його вкладу зменшилася, то прибуток наступних років перш за все спрямовується на поповнення вкладу до зареєстрованого раніше розміру. Цікавим, на думку автора, є той факт, що право на отримання прибутку є відчужуваним а також може бути предметом застави.

Управління товариством. Як вже згадувалось раніше негласний учасник не має права управління товариством. Це прерогатива учасника-підприємця, який навпаки зобов'язаний вести справи в інтересах всього товариства. Разом з тим положення Комерційного кодексу мають диспозитивний характер. Тому учасники можуть домовитися між собою про наділення негласного учасника правом управління або правом вето рішень учасника-підприємця як щодо всієї господарської діяльності товариства так і лише щодо певних передбачених засновницьким договором видів діяльності. Тобто йде мова про так зване нетипове негласне товариство (die atypische stille Gesellschaft).

У взаємовідносинах з третіми особами уповноважений діяти лише учасник-підприємець. Негласний учасник діє від імені товариства виключно з повноваженнями прокуриста чи довіреної особи за умови, що це передбачено в засновницькому договорі.

Право контролю. Негласний учасник має право ознайомлюватися із звітністю товариства а також на отримання копії річного фінансового звіту товариства. Він також уповноважений перевіряти правильність розрахунків. Комерційним кодексом гарантується право негласного учасника звернутися до суду з вимогою про отримання будь-яких відомостей про фінансовий стан товариства (§183 UGB). Фактично його право контролю за своїм обсягом співпадає з аналогічним правом командита.

Відповідальність учасників. Негласний учасник відповідає за борги товариства лише в межах свого вкладу [7, с. 317]. Борги товариства не можуть покриватися за рахунок прибутків негласного учасника, які були отримані ним в попередніх роках. Негласний учасник не зобов'язаний поповнювати вклад у випадку його зменшення чи вносити додаткові кошти, майно у зв'язку з виробничою необхідністю (§180 UGB). Якщо частка негласного учасника у збитках товариства не визначена, то вона визначається виходячи з принципів розумності.

Перед кредиторами товариства боржником виступає виключно учасник-підприємець. Вимога кредиторів про задоволення їх вимог за рахунок вкладу негласного учасника пред'являється знову-таки до учасника-підприємця, який фактично є володільцем цього майна та управляє ним.

Припинення діяльності. Особливістю припинення діяльності негласного товариства в тому, що процедури ліквідації не відбувається. Як було зазначено вище, товариство не набуває у власність жодного майна, органи управління не створюються. Тому діяльність товариства вважається припиненою з моменту прийняття відповідного рішення або настання визначеної законом події, про які йтиме мова далі.

Підставами припинення діяльності товариства є:

1) рішення учасників про припинення діяльності товариства;

2) закінчення строку, на який воно було створене чи настання певної події;

3) смерть учасника-підприємця, якщо інше не закріплено в засновницькому договорі;

4) відкриття конкурсного провадження щодо майна або учасника-підприємця або негласного учасника;

5) досягнення цілей поставлених перед товариством;

6) поєднання в одній особі учасника-підприємця та негласного учасника (наприклад, об'єднання двох юридичних осіб);

Варто підкреслити, що смерть негласного учасника не зумовлює припинення товариства, якщо інше не передбачено засновницьким договором. Товариство продовжує діяти. Право вимоги вкладу переходить до його спадкоємців.

Кожен учасник товариства може в будь-який момент ініціювати процес припинення діяльності товариства. Правочин, яким обмежується дане право, є недійсним. Додатково даним правом наділені кредитори негласного учасника. Припинення діяльності відбувається в кінці фінансового року за умови попередження іншого учасника не пізніше ніж за 6 місяців до моменту розірвання договору. Припинення діяльності товариства шляхом розірвання засновницького договору можливе і без дотримання згаданого строку, якщо на те існують певні вагомі причини.

Якщо мета, для якої створене товариство, досягнута або її досягнення стає неможливим, то товариство припиняє свою діяльність навіть в тому випадку, коли воно було створене на певний визначений строк і даний строк його діяльності ще не сплив.

Після припинення діяльності товариства учасник-володілець майна зобов'язаний провести розрахунки з негласним учасником.

Якщо щодо майна товариства розпочато конкурсне провадження і обсяг наявних активів товариства перевищує розмір понесених збитків, то негласний учасник набуває статусу кредитора по відношенню до управителя майна. Якщо ж у випадку відкриття конкурсного провадження вклад негласного учасника не був повністю сплачений, то він відповідає перед кредиторами боржника в розмірі неоплаченої суми. Таким чином, попри раніше згадані переваги свого статусу негласний учасник несе ризик втрати власного майна через дії зареєстрованого учасника, який здійснює управління його майном.

Щодо зобов'язань товариства, які виникли раніше і на момент розпуску товариства ще не припинились, то володілець

майна зобов'язаний і надалі їх виконувати. При чому уже колишній негласний учасник має право на отримання частини з його прибутків. З цією метою йому гарантується право на отримання фінансового звіту в кінці кожного року а також на отримання довідки про стан ще не завершених справ припиненого товариства.

Відмежування від інших правовідносин. Негласне товариство відрізняється від правовідносин, що виникають між сторонами договору позики з оплатою відсотків в залежності від результатів діяльності позичальника. На відміну від згаданих зобов'язальних правовідносини учасники негласного товариства об'єднані спільною метою ведення господарської діяльності. Крім того, негласний учасник несе ризик втрати коштів чи іншого майна у випадку збиткової діяльності товариства.

Негласне товариство відрізняється від товариства цивільних прав (die Gesellschaft bürgerlichen rechts) тим, що всі учасники останнього беруть участь в управлінні товариством. Внески учасників товариства цивільних прав стають їх спільною власністю.

Висновки. Визначальними ознаками негласного товариства є: 1) відсутність спільного майна товариства; 2) відсутність інформації в Комерційному реєстрі щодо особи негласного учасника; 3) неможливість брати участь в управлінні товариством а також обмеження відповідальності негласного учасника виключно вартістю його внеску; 4) участь, як правило, двох осіб.

Дане товариство має ряд переваг: 1) обмеженість відповідальності учасника; 2) обмеженість доступу до інформації щодо власника бізнесу; 3) відсутність необхідності постійного управління підприємством та внесення додаткових коштів на вимогу більшості співзасновників. Таким чином, закріплення негласного товариства могло б бути одним із цивільно-правових важелів мінімізації сектору тіньової економіки в Україні.

1. *Галандер Т. Вибір організаційно-правової форми при здійсненні економічної діяльності // Юридичний журнал. - №8/2005. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.justinian.com.ua/article.php?id=1846.*
2. *Редзік Адам Др. Таємні товариства (stille gesellschaft, societe en participation і негласное товарищество) // Проблеми державотво-*

рення і захисту прав людини в Україні [Електронний ресурс] : Матеріали XII регіон. наук.-практ. конф. (9-10 лют. 2006 р.). -Л.:ЛНУ ім. І.Франка, 2006.-С.252-253

3. *Рижко П.Л. Порівняльно-правовий аналіз форм аграрного підприємництва за законодавством ФРН та України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.06 / Рижко Павло Олексійович. - Харків, 2012. - 188 с.*
4. *Юровська Г. В. Договір простого товариства у цивільному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Г. В. Юровська ; НДІ приват. права і підприємництва Нац. акад. прав. наук України. — К., 2010. — 19 с.*
5. *Юровська Г. В. Негласне товариство як вид договору простого товариства / Г. В. Юровська // Вісник Запорізького юрид. інституту Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2010. – № 1. – С. 211–225.*
6. *Gerhard Schummer. Personengesellschaften. 6 Auflage, Wien, 2006. - S. 72.*
7. *Kurt Heller, Heiny H. Löber, Georg Bahn, Werner Huber. Austrian Business Law: Legal, Accounting and Tax Aspects of Business in Austria. - Kluwer Law International, Wien - 2002. - 584 s.*
8. *Marek, Karel/Bohata, Petr (WiRO 2008): Stille Gesellschaft in der Tschechischen Republik, in: Wirtschaft und Recht in Osteuropa 2008, S. 266-269.*
9. *Marisa Lipp. Die stille Gesellschaft im nationalen und internationalen Kontext - 348 s.*
10. *Pyszka Tillmann (IStR 1999): Aktuelle Fragen zur atypischen stollen Gesellschaft in internationalen Steuerrecht, itn: Internationales Steuerrecht 1999, S. 577-583.*
11. *Schulze zur Wiesche, Dieter (FR 1997): Die atypisch stille Gesellschaft, in Finanz-Rundschau 1997, S. 405-408.*
12. *Unternehmensgesetzbuch vom 10 Mai 1897 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.jusline.at/Unternehmensgesetzbuch_(UGB).html*

Ковалишин О.Р. Правовий статус негласного товариства (Stille Gesellschaft) в Австрійській республіці

Автором аналізується правовий статус негласного товариства за законодавством Австрійської республіки. Особлива увага приділяється питанням управління, відповідальності його учасників, припинення діяльності товариства. Автор робить висновки щодо переваг даної організаційно-правової форми в сучасних економічних умовах України

Ключові слова: негласне товариство, учасник-підприємець, негласний учасник, вклад, Комерційний реєстр

Ковалышын А.Р. Правовой статус негласного товарищества (Stille Gesellschaft) в Австрийской республике

Анализируется правовой статус негласного товарищества по законодательству Австрийской республики. Особое внимание уделяется вопросам управления, ответственности его участников, прекращения деятельности общества. Автор делает выводы о преимуществах данной организационно-правовой формы в современных экономических условиях Украины

Ключевые слова: негласное общество, участник-предприниматель, негласный участник, вклад, Коммерческий реестр

Kovalyshyn O. Legal Status of silent partnership (Stille Gesellschaft) in Austrian republic

The article analyses the legal status of Silent Partnership. Particular attention is paid to participants' responsibility, management of silent partnership and its termination. The author makes conclusions about the advantages of this form of legal entity in Ukrainian legislation.

Keywords: silent partnership, partner-entrepreneur, silent partner, share, Commercial register

Козик В.Є.

ПОСВІДЧЕННЯ ЦІННИМИ ПАПЕРАМИ «АЛЕАТОРНИХ ПРАВ»

УДК 347.12

Актуальність дослідження та постановка проблеми. За твердженням Агаркова М.М.: «Права, які складають зміст цінних паперів, можуть належать до різних категорій приватних прав. Частіше за все вони належать до зобов'язальних прав. Проте вони можуть бути також речовими правами, правами членства в корпорації або ж представляти собою повноваження на здійснення дій, що зачіпають чужу правову сферу, тобто належать до так званих секундарних прав» [1, с. 7]. Традиційно вважається, що права в змісті цінного паперу повинні бути безумовними, тобто їх виконання не повинно ставитися в залежність від настання певних умов чи залежати від випадку. На сьогодні перед доктриною цивілістики та теорією цінних паперів зокрема стоїть питання щодо допустимості «втілення» прав з так званих алеаторних (ризикових) зобов'язань в зміст цінного паперу. Таке завдання теорії

обумовлюється появою та інтенсивним розвитком концепції похідних цінних паперів, що посвідчують алеаторні зобов'язання.

Стан наукової розробки проблеми. Теоретичному аналізу прав, які можуть втілюватися в цінному папері присвячені численні праці, зокрема Агаркова М.М., Бєлова В.А., Габова А.В., Клик Н.Л., Крашеніннікова Є.А., Кирилової А.В., Мурзіна Д.В., Нерсесова Н.Й., Яроцького В.Л. та інших. Проте аналізу алеаторних прав як елементу змісту цінного паперу присвячені тільки стислі зауваження науковців, які здебільшого займались дослідженнями правової природи деривативів та похідних цінних паперів. На сьогодні в доктрині не існує чітко аргументованих концепцій як щодо допустимості, так і щодо недопустимості інкорпорації ризикованих прав в зміст цінного паперу.

Мета дослідження. Всесторонній аналіз допустимості посвідчення цінними папером алеаторних прав.

Виклад основного матеріалу.

1) Аналіз доктринальної інтерпретації поняття алеаторні зобов'язання та алеаторні права.

Поняття алеаторного договору та зобов'язання на сьогодні набуло широкого вжитку в цивілістичній літературі. Існує декілька досліджень, безпосередньо присвячених проблемам алеаторних зобов'язань, зокрема Коваленко О.В., Майданник Н.І., Павленко П.В., Тімуш І.С. та інших. Так Тімуш І.С. під ризиковим (алеаторним) договором розуміє орієнтовану на вдачу, збіг обставин, випадок тощо угоду, в якій загальний розмір чи можливість самого існування зустрічного надання на момент укладення невідомий, що поставлено в залежність від включеного до юридичних умов цього правочину випадкового юридичного факту (дія або подія) і може викликати негативний (програші, збитки, шкода), позитивний (виграш, вигода, прибуток) або нульовий економічний результат [2, с. 5]. Правова природа алеаторного договору, на думку вченої, полягає в тому, що це правочин із зниженим ступенем вірогідності очікуваного зустрічного виконання зобов'язання, в яких розмір чи саме існування зустрічного надання поставлено в залежність від настання юридичного ризику - випадкової обста-

вини, включеної до умов зазначених договорів, що спричиняється незбалансованістю прав і обов'язків зі ступенем їх правового захисту, іншими нетиповими умовами виконання зазначених зобов'язань [2, с. 5].

Термін «алеаторні права» фактично не використовується в цивілістичних дослідженнях. Тим не менше, якщо існують алеаторні (ризикові, стохастично обумовлені) зобов'язання, то їх зміст повинні складати саме алеаторні права та обов'язки. Тому використання такого терміну в нашому дослідженні вважаємо оправданим. Проте більш традиційною для доктрини є категорія «умовні права», що відображає дещо суміжну категорію поняттю «алеаторних прав» [3, с. 7]. На жаль в межах даного дослідження ми не можемо дозволити собі більш детально співвідносити ці категорії. Зазначимо, що в доктрині не існує єдиного підходу щодо кваліфікації правової природи таких прав. Серед існуючих концепцій умовних та алеаторних прав зокрема слід виділити концепції прав очікування, секундарних прав, інституту sui generis, умовних зобов'язань як допоміжних зобов'язань та умовних правовідносин як правовідносин без прав та обов'язків. На нашу думку найбільш оптимальною є інтерпретація алеаторних прав в якості звичайного зобов'язального правовідношення, в якому виникають права та обов'язки з моменту його здійснення. Такої ж позиції дотримується Васнєв В.В. На його думку, угода під відкладальною умовою породжує зобов'язання вже в момент її здійснення, а настання умови тільки вносить чіткість в питання про необхідність її виконання [3, с. 15]. На думку вченого такий підхід найбільш оптимальний з точки зору практики [3, с. 15].

Отже, алеаторні права виникають з моменту вчинення алеаторного правочину, за своєю природою є зобов'язальними та ризикованими, стохастично обумовленими правами.

2) Огляд позицій вчених, які заперечують допустимість інкорпорації алеаторних прав в зміст цінного паперу. Висловлювання представників класичної теорії цінних паперів: Агаркова М.М., Нерсесова Н.О., Побєдоносцева К.П., Цитовича П.П., Шершеневича Г.Ф., не дозволяють зробити певних однозначних

висновків щодо того чи можуть алеаторні права втілюватися в цінному папері чи ні, адже класичні автори цієї проблеми не піднімали. Так Нерсесов Н.О. стверджував: «У форму паперів на пред'явника можуть бути втілені будь-які цивільні права, здатні до емансипації від особистостей первинних учасників, іншими словами – придатні для циркуляції. Зокрема, їх предметом можуть бути як зобов'язальні, так і речові права» [4, с. 282]. Проте про виключну безумовність таких прав автор не говорив.

Вартим уваги є також той факт, що переважна більшість дореволюційних цивілістів відносили до категорії цінних паперів лотерейні білети та страхові поліси. Без сумніву, права, які посвідчують ці документи є класичними алеаторними правами.

Проте аналіз висловлювань вчених дореволюційної епохи не дозволяє відповісти на запитання чи тільки виграшні лотерейні білети чи будь-які до моменту проведення розіграшу визнавались цінними паперами. Так Нерсесов Н.О. стверджував, що «із значної кількості лотерейних білетів один або обмежена їх кількість надають їх володільцям право вимагати від боржника, який випустив подібні білети визначену грошову суму. Право на таку видачу виясняється жеребом. Ми відносимо лотерейні білети до грошових паперів, маючи на увазі ту категорію їх, по яким забезпечується переможцю грошова сума, а не будь-яка друга індивідуально визначена річ» [4, с. 221].

Цитович П.П. стверджував, що лотерейні папери – папери з виграшами, вони передбачають в собі зобов'язання – виплатити кредитору паперу виграш, який за жеребом випаде на папір, відповідно до правил тиражу [5, с. 112].

Отже вельми складно беззаперечно стверджувати чи тільки лотерейний білет з моменту виграшу, а страховий поліс з моменту настання страхового випадку ставали цінними паперами чи з моменту їх випуску незалежно від настання вказаних подій. До того ж в дореволюційній цивілістиці не розмежовувались цінні папери та легітимаційні папери і знаки, інколи часто окремо від власне цінних паперів розглядались папери на пред'явника, в рамки яких входили і легітимаційні папери. Чітке розмежування цінних папе-

рів та легітимаційних паперів прослідковується тільки в працях Агаркова М.М. [1, с. 59-60].

Зовсім інша ситуація, щодо алеаторних прав в змісті цінного паперу в сучасній теорії цінних паперів. Так на думку Мурзіна Д.В. у цінному папері може бути виражено тільки односторонє безумовне зобов'язання особи, зобов'язаної за цінним папером [6, с.7]. Яроцький В.Л. вважає, що цінні папери посвідчують безумовні майнові права [7, с. 138]. Безклубий І.А. стверджує: «Виражене у цінному папері право повинне бути визначеним, однозначним і зрозумілим з тексту документа» [8, с. 135]. Аналогічними є позиції і переважної більшості інших представників української та російської теорії цінних паперів.

На перший погляд, може видатися, що безумовне майнове право, про яке ведуть мову вчені, може мати характер алеаторного. Проте такий висновок спростовується подальшим аналізом їх висловлювань. Так Яроцький В.Л. аналізуючи правову природу лотерейного білету та страхового полісу стверджує, з одного боку можна припустити, що саме з моменту, коли на лотерейний білет випав виграш, а стосовно страхового свідоцтва або полісу настав страховий випадок, розглядувані папери і стають цінними, а їх власники набувають право вимоги. З другого боку, лотерейні білети і страхові поліси, незважаючи на їх значну подібність до цінних паперів, не можуть бути віднесеними до них [7, с. 138]. Свій висновок вчений аргументує наступним чином: 1) легітимаційні папери не призначені для забезпечення оборотоздатності права, яке становить їх зміст; 2) види цінних паперів встановлюються законом; 3) крім пред'явлення документа для виконання зобов'язання необхідно, щоб на лотерейний білет припав виграш, а стосовно страхових свідоцтв настав страховий випадок; 4) лотерейні білети і страхові свідоцтва з моменту їх випуску в цивільний оборот функціонують як документи, факт володіння якими не дає їх власнику ніяких майнових прав. Причому значна (а можливо, й переважна) частина випущених лотерейних білетів (крім білетів так званої безпрограшної лотереї) і страхових свідоцтв ніколи і не будуть розглядатися як документи, що надають їх власникам

відповідні майнові права. В той час як цінні папери посвідчують безумовні майнові права [7, с. 138-139]. Проте думки вченого є непослідовними, оскільки в цій же праці автор робить певні відступи від вище сказаних тез, адже розглядає як видову конструкцію цінного паперу ф'ючерс та опціон (без застереження, що ним розглядаються тільки поставочні деривативи), які посвідчують саме права за характером стохастично обумовлені. Аргументи проти цінно-папервої природи лотерейного білету та страхового полісу є недостатньо переконливими та можуть бути спростовані так: 1) той факт, що документ у більшості випадків не передається не робить його необоротоздатним, адже ніщо не перешкоджає власнику відчужити лотерейний білет чи страховий поліс на пред'явника без згоди контрагента; 2) номінативність є формальною ознакою та фактично нічого не говорить про сутність документа; 3) безсумніву право посвідчене такими документами є стохастично обумовленим (алеаторним); 4) очевидно що з моменту випуску такий документ не посвідчує безсумнівних майнових прав, він посвідчує право на участь у розіграші призового фонду лотереї або її окремого тиражу, а страховий поліс на отримання страхової виплати у разі настання страхового випадку. Тобто єдиним критерієм, що відмежовує ці документи від цінних паперів залишається характер права, що посвідчене ними. У зв'язку з цим більшість сучасних цивілістів відносять лотерейні білети до легітимаційних паперів. Проте зустрічаються інші думки. Зокрема вперше після розпаду СРСР пропозицію віднести виграшний лотерейний білет до цінних паперів запропонувала Вакуліна Г.А. [9, с. 5]. До інвестиційних цінних паперів відносить виграшні білети грошово-речової лотереї також Бєлов В.А. [10, с. 149]. Останнім часом таку ж пропозицію підтримала Коваленко О.В., яка вважає за необхідне виграшні лотерейні білети визнати цінними паперами на рівні ЦК РФ [11, с. 6]. Така позиція вчених ще раз підкреслює заперечення допустимості посвідчення цінним папером алеаторних прав.

3) Огляд позицій вчених, які підтримують допустимість інкорпорації алеаторних прав в зміст цінного паперу. Не зважа-

ючи на тотальне домінування концепції недопустимості інкорпорації алеаторних прав в зміст цінного паперу в сучасній доктрині, з'являються думки про існування так званих «ризикових» цінних паперів. Так Габов А.В. пропонує похідні фінансові інструменти наділити правовим режимом цінного паперу та віднести їх до категорії цінних паперів підвищеного ризику [12, с. 14-15]. Кирилова А.В. в своєму дисертаційному дослідженні стверджує, що опціон емітента є одним із варіантів хеджування ризиків (страхування ризиків від зміни цін, де «застрахованою особою» у випадку з опціоном виступає покупець опціона емітента), в результаті чого вчена робить висновок про алеаторний (ризиковий) характер опціона емітента, який вона розглядає в якості виду похідного цінного паперу. [13, с. 5-6]. Вочевидь до прихильників концепції допустимості втілення алеаторних прав в зміст цінного паперу слід також віднести всіх дослідників, які підтримують цінно-паперову природу розрахункових деривативів.

Тим не менше попри наявність значної кількості представників двох підходів, позиції вчених не ґрунтуються на будь-якій серйозній аргументації, здебільшого як факт необхідності посвідчення цінним папером виключно безумовних, однозначних прав так і факт допустимості алеаторних прав в змісті цінного паперу розглядається як незаперечна константа, що не потребує будь-яких доведень чи додаткових обґрунтувань.

4) Обґрунтування необхідності допустимості інкорпорації алеаторних прав в зміст цінного паперу. Отже, на сьогодні переважна більшість представників теорії цінних паперів відстоюють неможливість посвідчення цінним папером алеаторних прав, в той же час їх позиція не видається особливо аргументованою, а нагадує більше данину консервативним положенням теорії. В історії юриспруденції відомі непоодинокі випадки, коли формалізм та консерватизм права не сприяв розвитку торгового обороту. Варто тільки згадати, що не допускалась заміна сторін у зобов'язаннях в стародавньому Римі, пізніше ж зобов'язання почало втілюватися в документах на пред'явника, а на сьогодні розроблено декілька юридичних конструкцій заміни сторін в зо-

бов'язанні або ж варто згадати недопустимість представництва в Стародавньому Риму, сьогодні ж існує окрема група договорів про надання посередницьких послуг.

На нашу думку не варто розглядати теорію цінних паперів як щось раз і назавжди дане, як сукупність догм, що ніколи не зміняться. Так Агарков М.М. стверджував, що теорія цінних паперів виросла із теоретичного аналізу окремих видів цінних паперів. Особливо велике значення мали теорія паперів на пред'явника і зокрема вексельне право [1, с. 57]. Тож зрозуміло, чому класика не визнає можливості посвідчення цінним папером алеаторних прав, адже в той час таких документів просто не існувало. Звісно договори на різницю в дореволюційні часи мали місце, але вони не стали стандартизованими та високо ліквідними, фактично ніхто не розглядав їх як інструмент хеджування, а переважно як спекулятивні операції, що є допустимими для підприємницької практики. Тож цілком можливе на сьогодні корегування традиційних постулатів та допустимість виділення оборотоздатних ризикових документів.

А чом би й ні? Немає нічого більш шкідливого для практики цивільного обороту як необґрунтовані заборони. Оборотоздатність алеаторних прав як в універсальному так і сингулярному правонаступництві не викликає жодного сумніву. Тож чому не можливе посвідчення оборотоздатним документом (цінним папером) алеаторного права? Право на отримання варіаційної маржі є таким, що без сумніву придатне для обороту. Якщо таке право становить певний інтерес для кредитора, якщо він таким чином страхує власні ризики в підприємницькій діяльності, якщо можуть виявитися бажаючі його придбати, чому обмежувати його спрощену оборотоздатність. В іншому випадку ми повинні відстоювати недопустимість інкорпорації прав на дивіденди в зміст акції, адже на момент набуття такого права акціонер не має жодних відомостей стосовно моменту та кількості нарахування дивідендів, більше того цілком ймовірна ситуація, що він їх ніколи і не отримуватиме. Якщо ж дотримуватися такого руху думки ризик в тій чи іншій мірі або ж не визначеність стосовно виконання

обов'язку за цінним папером можна відшукувати чи не в кожні видовій конструкції цінного паперу.

На нашу думку існують три можливі способи розв'язання проблеми:

1) назвемо його умовно **консервативним** - слід визнати принципову неможливість деривативів та інших документів, що посвідчують алеаторні зобов'язання, виступати в ролі цінного паперу і в подальшому розглядати їх в доктрині та здійснювати правове регулювання в межах договірного права (різновид алеаторних правочинів). Позитивним в такому випадку є те, що не приходиться руйнувати догматів романо-германської теорії цінних паперів. Негативним слід визнати відсутність режиму спрощеної оборотоздатності, зокрема для деривативів, обіг прав, що ними посвідчуються, може здійснюватися в загальному цивільно-правову порядку (активна або пасивна цесія, делегація, законна цесія тощо).

2) **Новаторський**. Цілком можливо визнати деривативи окремим об'єктом цивільних прав. Оскільки вони не можуть бути визнані цінними паперами, проте вони високо ліквідні та придатні для обігу, то слід виділити їх в окрему групу об'єктів цивільних права. Позитивним є те, що деривативи стають оборотоздатними (на них не поширюватимуться правила про заміну сторін в зобов'язанні), за умови, що законодавець створить відповідний правовий режим та внесе відповідні зміни до ЦК, деривативи матимуть свій особливий правовий режим, до того ж знову ж таки не потрібно переступати через класичні підходи. Негативним є те, що такий підхід не сприятиме систематизації нормативного матеріалу в ЦК, адже навіть виділення деривативів як окремого об'єкту цивільних права призведе до того, що більшість норм про цінні папери поширюватимуться на деривативи (обіг, правило про публічну достовірність та інші норми, що стосуються всього інституту цінних паперів, а таких норм в законодавстві досить значна кількість). Як стверджує Суханов Є.О. об'єкти цивільних прав відрізняються один від одного правовим режимом [14, с. 234]. Деривативи вочевидь, навіть будучи виділені в самостійні

об'єкти, не будуть мати особливого режиму, оскільки на них поширюватимуться загальні норми про цінні папери. На нашу думку не варто невиправдано множити правові режими. До того ж недосконаліть такого підходу ми можемо простежити з досвіду Республіки Казахстану. Про недоцільність роздільного правового режиму цінних паперів та строкових контрактів ведуть мову і окремі російські дослідники.

3) **Радикальний**. Реформувати застарілі догми цивілістики та визнати деривативи цінними паперами. Позитивний момент полягає в тому, що деривативи будуть визнані особливою групою цінних паперів, так наприклад товаророзпорядчі цінні папери також мають свою особливість, адже вони посвідчують взаємні права та обов'язки, проте більшість цивілістів практично не оспорюють їх цінно-паперової природи, тому що такий підхід доцільний як з практичної так і теоретичної точок зору. На деривати поширюватиметься загальний правовий режим цінних паперів. Негативним є те, що доведеться відступити від догматів теорії цінних паперів та визнати можливість посвідчення цінним папером алеаторного права. На нашу думку останній підхід є найбільш оптимальним, а два попередні є деструктивними для розвитку ринку похідних фінансових інструментів.

1. Агарков М.М. Учение о ценных бумагах / М.М. Агарков. – М.: Центр ЮрИнфоР, 1994. – 82с.

2. Тімуш І.С. Цивільно-правове регулювання ризикових (алеаторних) договорів: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня кандидата юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / І.С. Тімуш – Київ, 2004. – 21 с.

3. Васнёв В.В. Природа уловного обязательства: автореф. дис. на соиск. ученой степени канд. юрид. наук: 12.00.03: «гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / В.В. Васнёв – Санкт Петербург, 2013. – 30 с.

4. Нерсесов Н.О. Избранные труды по представительству и ценным бумагам в гражданском праве / Н.О.Нерсесов. – М.: Статут, 2000. – 286 с. («Классика российской цивилистики»).

5. Цитович П.П. Труды по торговому и вексельному праву. В 2 т. Т. 1: Учебник торгового права. К вопросу о слиянии торгового права с

гражданским / П.П. Цитович. – М.: Статут, 2005. – 460 с. («Классика российской цивилистики»).

6. Мурзин Д.В. Ценные бумаги как юридические конструкции гражданского права: автореф. дис. на соиск. ученой степени канд. юрид. наук: 12.00.03: «гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / Д.В.Мурзин – Екатеринбург, 2001. – 23с.

7. Яроцький В. Л. Цінні папери в механізмі правового регулювання майнових відносин (основи інструментальної концепції): монографія / В. Л. Яроцький. – Х.: Право, 2006. – 544 с.

8. Безклубий І.А. Теоретичні проблеми банківських правочинів: дис. ... доктора юрид. наук: 12.00.03 / Безклубий Ігор Анатолійович. – К., 2005. – 451с.

9. Вакулина Г.А. Ценные бумаги как объекты гражданских прав: автореф. дис. на соиск. ученой степени кандидата юрид. наук: 12.00.03: «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / Г.А. Вакулина – Москва, 1992. – 16 с.

10. Белов В. А. Ценные бумаги в российском гражданском праве: учебное пособие по специальному курсу: в 2 томах. - Изд.: «ЮрИнфоР», 2007. – 809 с.

11. Коваленко О.В. Игры и пари в гражданском законодательстве Российской Федерации: автореф. дис. на соиск. ученой степени кандидата юрид. наук: 12.00.03: «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / О.В. Коваленко – Москава, 2010. – 27 с.

12. Габов А.В. Проблемы гражданско-правового регулирования отношений на рынке ценных бумаг: автореф. дис. на соиск. ученой степени доктора юрид. наук: 12.00.03: «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / А.В. Габов - Владивосток, 2010. – 39 с.

13. Кириллова А.В. Виды субъективных гражданських прав, удостоверямых ценными бумагами: автореф. дис. на соиск. ученой степени кандидата юрид. наук: 12.00.03: «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / А.В. Кириллова - Владивосток, 2011. – 22 с.

14. Суханов Е.А. Объекты права собственности // Закон. 1995. N 4. С. 94 - 98.

В статті аналізуються проблеми посвідчення алеаторних цивільних прав в змісті різних видових конструкцій цінних паперів. Домінуючою виступає думка про неможливість посвідчення алеаторних цивільних прав в змісті різних видових конструкцій цінних паперів. Майбутнє концепції алеаторних цивільних прав в змісті різних видових конструкцій цінних паперів систематизовано в три висновки: консервативний, інноваційний, радикальний.

Ключові слова: алеаторні права, алеаторні зобов'язання, похідні цінні папери, похідні фінансові інструменти, лотерейний білет.

Козык В.Е. Удостоверение алеаторных прав ценными бумагами

В статье анализируются проблемы удостоверения алеаторных гражданских прав в содержание различных видовых конструкций ценных бумаг. Доминирует мысль о невозможности удостоверения алеаторных гражданских прав в содержание различных видовых конструкций ценных бумаг. Будущие концепции алеаторных гражданских прав в содержании различных видовых конструкций ценных бумаг систематизировано в три вывода: консервативный, инновационный, радикалный.

Ключевые слова: алеаторные права, алеаторные обязательства, производные ценные бумаги, производные финансовые инструменты, лотерейный билет.

Kozyk V.Y. The incorporation of risky rights by valuable papers.

The article deals with the problems of incorporation of risky civil rights into the contest of different kinds of the valuable papers. The domination of the thought about impossibility of certificate of risky civil law rights by all kinds of valuable papers constructions in the civil law science and the theory of valuable papers is claimed. The future of the conception of risky civil rights incorporation into the contest of different kinds of the valuable papers is systemized into three conclusions: conservative, innovative, radical.

Keywords: risky rights, risky obligations, derivative valuable papers, derivative financial instruments, lottery note.

Козлов А.М.

ПРАВОВИЙ СТАТУС ДЕРЖАВНОГО ЗАМОВНИКА У ДОГОВОРІ ПОСТАВКИ ТОВАРІВ ЗА ДЕРЖАВНИМ ЗАМОВЛЕННЯМ

УДК: 347.4

Актуальність теми.Договори у яких бере участь держава, або державні органи, установи, організації завжди були предметом особливої уваги суспільства, оскільки ці суб'єкти за своєю правовою природи наділений специфічними повноваженнями, і при тому повинні відповідати вимогам, які держава сама встанов-

лює для всіх суб'єктів цивільних правовідносин і несуперечити їм. Сторони, а саме державний замовник, у договорі поставки товарів за державним замовленням не є винятком з цього правила.

Ступінь наукової розробки проблеми. Дослідження окремих аспектів даної проблеми проводили В.В. Луць, І.І. Банасевич, В.С. Щербина, Г.В. Пронська, О.А. Беляневич, Я.В. Петруненко та інші.

Метою цієї статті є визначення особливості участі державного замовника у договорі поставки товарів за державним замовленням.

Виклад основного матеріалу. Враховуючи ч.1 ст.40 Закону України «Про здійснення державних закупівель» у якій вказано, що договір про закупівлю укладається в письмовій формі відповідно до положень Цивільного кодексу України (далі – ЦК) та Господарського кодексу України (далі – ГК) з урахуванням особливостей визначених цим Законом. Отже, відповідно до положень ст.712 ЦК та ст.. 265 ГК сторонами договору поставки є відповідно покупець та постачальник.

Покупцем в договорі поставки товарів за державним замовленням враховуючи особливості правовідносин, які виникають у сфері державних закупівель, що передбаченні у Законах України «Про здійснення державних закупівель» від 10.04.2014 (далі – Закон про здійснення державних закупівель), «Про оборонне державне замовлення» від 3.03.1999 р. (далі - Закон про державне оборонне замовлення), «Про державний матеріальний резерв» від 24.01.1997 р. (далі - Закон про державний матеріальний резерв) та інших нормативних актах, де назва покупець не застосовується, а натомість використовується термін **замовник**.

Поняття державний замовник зустрічається у ГК в ч.2 ст. 13 де зазначається, що державний контракт укладається між державним замовником та виконавцем державного замовлення. Так, у Законі України «Про державне замовлення для задоволення пріоритетних державних потреб», який втратив чинність у зв'язку з прийняття у 2014 році нового закону «Про здійснення держаних закупівель», державним замовником визначалось Верховна Рада

України та інші центральні органи державної влади України, Рада міністрів Автономної Республіки Крим, обласні, Київська та Севастопольська міські державні адміністрації, державні організації та інші установи - головні розпорядники коштів державного бюджету.

Відповідно ж до Закону про здійснення державних закупівель замовники –це органи державної влади та органи місцевого самоврядування, а також юридичні особи (підприємства, установи, організації) та їх об'єднання, які забезпечують потреби держави або територіальної громади, якщо така діяльність не здійснюється на промисловій чи комерційній основі за наявності однієї з таких ознак:

юридична особа є одержувачем бюджетних коштів та уповноважена розпорядником бюджетних коштів на здійснення заходів, передбачених бюджетною програмою, в межах такого фінансування;

органи державної влади чи органи місцевого самоврядування або інші замовники володіють більшістю голосів у вищому органі управління юридичної особи;

у статутному капіталі юридичної особи державна або комунальна частка акцій (часток, паїв) перевищує 50 відсотків.

До замовників також належать замовники, визначені впункті 1 частини першої статті 1 Закону України«Про особливості здійснення закупівель в окремих сферах господарської діяльності», а саме:

- юридичні особи, які провадять діяльність у будь-якій із сфер, визначенихстаттею 2цього Закону;
- суб'єкти господарювання, які провадять діяльність у будь-якій із сфер, визначених статтею 2 цього Закону, та відповідають хоча б одній з таких ознак:
- органам державної влади, органам влади Автономної Республіки Крим, органам місцевого самоврядування належить частка у статутному капіталі суб'єкта господарювання у розмірі більш ніж 50 відсотків або такі органи володіють більшістю голосів у вищому органі суб'єкта господарювання чи правом призна-

чати більше половини складу виконавчого органу чи наглядової ради суб'єкта господарювання;

- наявність спеціальних або ексклюзивних прав;

Державний замовник укладає відповідні договори завжди від імені держави або органу місцевого самоврядування, стороною договору є саме він.[1-3] Боржником за зобов'язанням, які випливають з такого договору, є саме держава, до такого висновку можна прийти виходячи з положень ст.167 та ст.174 ЦК. Тому, наприклад, при ліквідації установи,яка виступала державним замовником за договором, зобов'язання, що випливає з договору, не припиняється, оскільки воно виникло і залишається не у ліквідованої юридичної особи, а безпосередньо у держави.

Але зауважимо, що договори на здійснення державного замовлення замовник укладає від свого імені, а не від імені держави (п.4 ч.1. ст.1 Законупро здійснення державних закупівель).

Державний замовник є ключовою фігурою у процесі розміщення державного замовлення. Однією з найважливіших його функцій є забезпечення потреби держави або територіальної громади. (п.4 ч.1. ст.1 ЗУ Про здійснення державних закупівель).

У зв'язку із здійсненням вказаної функції державний замовник наділений правами приймати рішення про вибір способу розміщення процедури замовлення (ст. 12 Закону про здійснення державних закупівель), здійснювати процедури закупівлі, передбачені частиною першою статті 12, із використанням електронних засобів, укладати договори про закупівлю відповідних товарів і послуг виключно з тими учасниками, з якими укладено рамкову угоду (ч.5 ст.13 Закону про здійснення державних закупівель)

Передбачені Законом про здійснення державних закупівель, також особливі обов'язки державного замовника, в тому числі: відмовлятися від укладення контракту з постачальником при встановленні зазначених у Законі фактів, зокрема:

1) він має незаперечні докази того, що учасник або учасник попередньої кваліфікації пропонує, дає або погоджується дати прямо чи опосередковано будь-якій посадовій особі замовника, іншого державного органу винагороду в будь-якій формі (пропо-

зиція щодо найму на роботу, цінна річ, послуга тощо) з метою вплинути на прийняття рішення щодо визначення переможця процедури закупівлі або застосування замовником певної процедури закупівлі;

2) службову (посадову) особу учасника або учасника попередньої кваліфікації, яку уповноважено учасником або учасником попередньої кваліфікації представляти його інтереси під час проведення процедури закупівлі, фізичну особу, яка є учасником або учасником попередньої кваліфікації, було притягнуто згідно із законом до відповідальності за вчинення у сфері державних закупівель корупційного правопорушення;

3) суб'єкт господарювання (учасник або учасник попередньої кваліфікації) протягом останніх трьох років притягувався до відповідальності за порушення, передбачене пунктом 4 частини другої статті 6, пунктом 1 статті 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції», у вигляді вчинення антиконкурентних узгоджених дій, які стосуються спотворення результатів торгів (тендерів);

4) фізична особа, яка є учасником або учасником попередньої кваліфікації, була засуджена за злочин, вчинений з корисливих мотивів, судимість з якої не знято або не погашено у встановленому законом порядку;

5) службова (посадова) особа учасника або учасника попередньої кваліфікації, яку уповноважено учасником або учасником попередньої кваліфікації представляти його інтереси під час проведення процедури закупівлі, була засуджена за злочин, вчинений з корисливих мотивів, судимість з якої не знято або не погашено у встановленому законом порядку;

6) пропозиція конкурсних торгів (кваліфікаційна, цінова пропозиція) подана учасником процедури закупівлі, який є пов'язаною особою з іншими учасниками процедури закупівлі та/або з членом (членами) комітету з конкурсних торгів замовника;

7) учасник або учасник попередньої кваліфікації визнаний у встановленому законом порядку банкрутом та відносно нього відкрита ліквідаційна процедура.(ст.17 Закону про здійснення державних закупівель)

Також, замовник може прийняти рішення про відмову учаснику, якщо:

1) учасник або учасник попередньої кваліфікації має заборгованість із сплати податків і зборів (обов'язкових платежів);

2) учасник або учасник попередньої кваліфікації не провадить господарську діяльність відповідно до положень його статуту;

3) учасник або учасник попередньої кваліфікації зареєстрований в офшорних зонах. Перелік офшорних зон встановлюється Кабінетом Міністрів України.

Виключним правом державного замовника, якого немає, в тому числі, і в уповноваженого органу, є право підписувати договір про здійснення державних закупівель.

Правовий статус державного замовника, за загальним правилом, не залежить від специфіки поставки в рамках конкретної закупівлі товарів. У той же час деякі зміни в його статусі спостерігаються під час розміщення оборонного замовлення, при поставці матеріальних цінностей до державного матеріального резерву, а також при особливості здійсненні закупівель в окремих сферах господарської діяльності.(Наприклад поставка військової техніки, окремо визначеній військовій частині).

У ст. 8 Закону про державний матеріальний резервта ст. 7 Закону про державне оборонне замовлення сказано, що розміщення відповідних замовлень (тобто замовлень на поставку матеріальних цінностей до державного резерву та державного оборонного замовлення) здійснюється відповідно до Закону про здійснення державних закупівельз урахуванням особливостей, встановлених зазначеними законами.

Коло суб'єктів, які можуть виступати державними замовниками оборонного замовлення, досить обмежене.

У відповідності зі ст. 1 Закону Про державне оборонне замовлення державними замовниками оборонного замовлення визначаються Кабінетом Міністрів України центральні органи державної виконавчої влади, інші органи – головні розпорядники бюджетних коштів. Так, постановою Кабінетів Міністрів України

«Про питання державного оборонного замовлення» від 27 квітня 2011р. уповноваженим центральним органом визначаєтьсяМіністерство економічного розвитку і торгівлі-щодо координації діяльності з реалізації державного оборонного замовлення, а державними замовниками з оборонного замовлення, Міністерство внутрішніх справ, Міністерство доходів і зборів, Міністерство економічного розвитку і торгівлі, Міністерство інфраструктури, Міністерство оборони, Міністерство промислової політики, Державну службу з надзвичайних ситуацій, Державну пенітенціарну службу, Служба безпеки, Служба зовнішньої розвідки, Державне космічне агентство, Адміністрацію Державної прикордонної служби, Адміністрацію Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації, Головне управління розвідки Міністерства оборони, Управління державної охорони.

Основні функції державного замовника з оборонного замовлення зазначені у ст. 4 Закону про державне оборонне замовлення. Багато із зазначених у цій статті функцій притаманні тільки державному замовнику оборонного замовлення: наприклад, організація та проведення державних випробувань дослідних зразків (комплексів, систем) озброєння та військової техніки; затвердження конструкторської документації для здійснення серійного виробництва озброєння і військової техніки та ін.

Можна припустити, що правовий статус державного замовника з оборонного замовлення відрізняється від правового статусу «звичайного» державного замовника за Законом України Про здійснення державних закупівель». На особливі вимоги до суб'єктного складу, в тому числі до замовника, при розміщенні державного оборонного замовлення вказують, зокрема, М.І. Брагінський і В.В. Вітрянский[4, с.180]. Існує і протилежна думка, так, наприклад А.Г. Тищенко вважає, що статус замовника, який розмістив державне оборонне замовлення і статус замовника який розмістив замовлення комп'ютерної техніки для потреб сільської школи, нічим не відрізняються[5]. На Наш погляд дана думка є помилковою, оскільки до замовника з оборонного державного замовлення встановлюються повноваження, які характерні тільки йому, і обумовленні специфікою предмету закупівлі.

Відповідно до ч. 1 ст. 8 Закону про державний матеріальний резерв державним замовником на поставку матеріальних цінностей до державного резерву є центральний орган виконавчої влади, що здійснює управління державним резервом (зараз - Міністерство економічного розвитку і торгівлі України), або його територіальні органи в межах повноважень, встановлених розпорядженням зазначеного органу виконавчої влади.

Подібно до функцій державного замовника з оборонного замовлення, у державного замовника на поставку матеріальних цінностей до державного резерву також є специфічні, властиві тільки йому функції: наприклад, з управління системою державного резерву, формування пропозицій до проекту бюджету на відповідний рік по структурі витрат системи державного резерву та ін.

У зазначеного державного замовника є специфічні обов'язки (наприклад, по своєчасному освіженню (оновленню) матеріальних цінностей державного матеріального резерву).

Незважаючи на наявність окремого Закону України «Про особливості здійснення закупівель в окремих сферах господарської діяльності» від 24 травня 2012р., будь-якої особливої специфіки у правовому статусі державних замовників в окремих сферах господарської діяльності для державних потреб немає.

Основними функціями державних замовників є: конкурсний відбір виконавців державного замовлення; укладання державних контрактів з виконавцями державного замовлення; гарантія оплати виконавцям державного замовлення товарів, яка поставляється для задоволення державних потреб на умовах, що визначаються державним контрактом.

Відповідно, замовником за договором поставкам товарів за державним замовленням виступає держава в особі відповідного державного органу влади.

Отже, замовником як зазначалось вище є Верховна Рада України та інші центральні органи державної влади України, Рада міністрів Автономної Республіки Крим, обласні, Київська та Севастопольська міські державні адміністрації, державні організації та інші установи - головні розпорядники коштів держав-

ного бюджету. Розпорядниками державного бюджету виступають - органи державної влади, органи влади Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування, інші органи, установи, організації, визначені Конституцією та іншими актами законодавства України, а також установи чи організації, утворені у встановленому порядку органами державної влади, органами влади Автономної Республіки Криму чи органами місцевого самоврядування та уповноважені на отримання державних коштів, взяття за ними зобов'язань і здійснення платежів, а також підприємства та їх об'єднання (Закону про здійснення державних закупівель)

Вказані суб'єкти права відрізняються від звичайних юридичних осіб цивільного права тим, що створюються на основі публічно - правового (владно - розпорядчого) акту і переслідують у своїй діяльності публічні (громадські) цілі, а також мають певні владні повноваження.

Проте особливий статус держави як суб'єкта цивільного права визначається і проявляється не в його відносинах з іншими суб'єктами - фізичними і юридичними особами, а в природі його існування і створення. Особливі якості правосуб'єктності держави, що виникають з об'єднання в одній структурі і політичній організації, наділеній владними повноваження, і суб'єкта господарювання, не повинні змінювати природу регульованих цивільним правом відносин, в яких бере участь держава, перетворити їх на відносини з елементами влади – підпорядкування[6, с.151].

Відповідно, держава не завжди виступає в правовому житті як суб'єкт примусової влади. В деяких випадках з міркувань практичної доцільності вона відмовляється від своїх переваг і займає рівноправне положення з приватними особами, тобто підкоряється тим же самим нормам права, яким підпорядковані вони у своїх взаємних відносинах. При цьому, необхідно підкреслити, що для публічно - правових відносин істотно важливе не те, що суб'єктом в нім є державна влада, а сам характер вступу її у правовідношення[7, с.105].

Відповідні договори спрямовані на задоволення тих чи інших державних потреб, а не конкретних потреб органів влади,

тому їх стороною є безпосередньо публічно-правове утворення ─ держава, а не той чи інший орган влади [4, с.179; 8, с.118]. Для з'ясування питання про те, хто ж є учасником цивільних відносин – держава чи відповідний орган державної влади, А.С. Довгерт пропонує виходити з наступного: якщо орган державної влади виконує покладені на нього державою функції, то у відповідних цивільних відносинах цей орган є представником держави і набуває цивільних прав і обов'язків для держави. Тобто учасником цих відносин є держава Україна. Якщо ж орган державної влади діє у цивільних відносинах з метою матеріального та іншого забезпечення здійснення відповідної державної політики (орендує приміщення, працівників, платить за газ, електроенергію тощо), то учасником цивільних відносин виступає саме цей орган. Більше того, вчений пропонує відходити від практики надання міністерствам, відомствам, іншим органам влади та місцевого самоврядування статусу юридичних осіб та піти шляхом багатьох країн світу, де в цивільних відносинах виступають не вказані органи, а безпосередньо держава або громада, до яких, в разі спору, подають цивільні позови. [9, с.118-121]

Необхідно погодитись із думкою Л. Бондаренка про те, що держава – це універсальна політико-управлінська система в суспільстві, яка виконує публічні функції і виступає як цілісний суб'єкт і як система взаємопов'язаних інститутів і структур, що здійснюють його функції. Її основною ознакою завжди є публічна влада. Участь держави у цивільних правовідносинах зумовлена саме цим, тобто реалізацією публічних завдань, що стоять перед нею. Навряд чи правильною є точка зору про те, що держава, беручи участь у цивільних правовідносинах, добровільно відмовляється від використання влади. Оскільки держава має ознаку публічної влади, її участь у цивільно-правових відносинах, заснованих на принципі юридичної рівності та вільному волевиявленні їх учасників, руйнує цей принцип. До відносин же заснованих на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони іншій стороні, цивільне законодавство не застосовується (ст. 1 ЦК). Можливо саме для уникнення зазначеного протиріч-

чя законодавець сприйняв традиційну теорію держави і в новому ЦК не відніс ні державу, ні територіальні громади, ні інші публічно-владні утворення до юридичних осіб публічного права [10, с.35] і визначив, що ці публічно-владні утворення набувають та здійснюють цивільні права та обов'язки через органи державної влади та органи місцевого самоврядування.

Цікавою є думка про те, що відносини, в яких державі протистоять організації і громадяни, є предметом цивільного права лише постільки, поскільки обидві їх сторони виступають як рівні суб'єкти.[1, с.135]

Висновки.Проаналізувавши законодавство стосовно правового статусу державного замовника можна виділити наступні характерні риси:

- державним замовником завжди виступає органи державної влади та органи місцевого самоврядування, та юридичні особи, які фінансуються за рахунок бюджету, або юридичні особи в управлінні яких приймає держава або орган місцевого самоврядування за умов визначених законодавством;
- державний замовник наділяється специфічними правами та функціями, які можуть відрізнятись один від одного залежно від предмету закупівлі;
- договір поставки товарів за державним замовленням завжди підписує державний замовник, а у разі ліквідації державного замовника виконання зобов'язання покладається на державу;
- державний замовник сам обирає процедуру здійснення державної закупівлі;
- держава та інші органи місцевого самоврядування в цивільно-правових відносинах виступають на рівних правах з іншими їх учасниками - фізичними і юридичними особами.У взаємовідношенні сторін цивільного правовідношення мають бути відсутні будь-які елементи управління, жодна із сторін не виступає як орган влади - сторони в цьому правовідношенні рівноправні.

1. Брагинский М. И. Участие Советскогогосударства в гражданскихправоотношениях / М. И. Брагинский. – М., 1981. – 192 с.

2. Дойников И.В. Государственноепредпринимательство: учебник / И. В. Дойников. – М. : Приор, 2000. – 240 с.

3. Колесников И.В. Государство, государственный орган, государственныйзаказчик –ктоявляетсясторонойгосударственногоконтракта? / И. В. Колесников // Право и политика. – 2007. – № 4. – С. 8–16.

4. Брагинский М. И. Договорное право. – Кн. 3. Договоры о выполнение работ и оказании услуг / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М., 2008. – 1058 с.

5. Тищенко А.Г. О некоторых проблемах размещения государственного оборонного заказа // Право в Вооруженных Силах. – 2006. – №6. – С. 30–31.

6. Филиппов П.М. Публично-правовые образования в современных хозяйственно-правовых отношениях / П. М. Филиппов, А. Ю. Кийко, А. П. Елисеев. – Уфа: ОН и РИО УЮИ МВД РФ, 2005. – 289 с

7. Черепахин Б.Б. Труды по гражданскому праву / Б. Б. Черепахин. – М.: Статут, 2001. – 479 с.

8. Суханов Е.А. Об ответственности государства по гражданско-правовым обязательствам / Е. А. Суханов // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. – 2001. – № 3. – С. 118–119.

9. Цивільний кодекс України : науково-практичний коментар / [А. С. Довгерт, Н. С. Кузнєцова, В. В. Луць та ін.] ; за ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. – К.: Істина, 2004. – 928 с.

10. Бондаренко Л. Цивільно-правовий аналіз юридичних осіб публічного права / Л. Бондаренко // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 12. – С.35-37.

Козлов А. М. Правовий статус державного замовника у договорі поставки товарів за державним замовленням.

Стаття присвячена дослідженню правового статусу державного замовника у договірних відносин поставки товарів за державним замовленням.

Ключові слова: договір поставки, державне замовлення, державний замовник.

Козлов А. Н. Правовой статус государственного заказчика в договоре поставки товаров по государственному заказу.

Статья посвящена исследованию правового статуса государственного заказчика вдоговорных отношений поставки товаров по государственному заказу.

Ключевые слова: договор поставки, государственный заказ,государственный заказчик.

Kozlov A. M. The legal status of the state customer on the agreement of goods supplying of the state order

The article is dedicated to research of the legal status of the state customer in contractual relationson the agreement of goods supplying of the state order.

Keywords: supply agreement, state order, substantial conditions of the agreement, commodity, products.

Логвінова М.В.

СУДОВА ПРАКТИКА РОЗГЛЯДУ ЦИВІЛЬНИХ СПРАВ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ ВСТАНОВЛЕННЯМ ПРАВОВОГО РЕЖИМУ МАЙНА ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ-ПІДПРИЄМЦЯ, НАБУТОГО ЗА ЧАС ШЛЮБУ

УДК 347.626.4

Постановка проблеми. Із появою в національному законодавстві такого суб'єкта господарювання як фізична особа-підприємець, виникає чимало практичних питань щодо правового режиму його майна. Особливо ця проблема загострюється під час вирішення судами справ про визнання майна, придбаного фізичною особою-підприємцем за час перебування у шлюбі, спільною сумісною власністю подружжя. Неоднакове застосування судами норм ст. 61 Сімейного кодексу України (далі – СК України) [1] спровокували суперечливі за змістом, проте чинні на сьогодні рішення Конституційного Суду України від 19.09.2012 року №17-рп/2012 у справі за конституційним зверненням приватного підприємства «ІКІО» щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 61 Сімейного кодексу України (далі – рішення КСУ) [2] та Постанова Пленуму Верховного Суду України від 21.12.2007 року №11 «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя» (далі – Постанова Пленуму ВСУ №11).[3]

Ступінь наукової розробки. Дослідженню правового режиму майна подружжя, один з яких є суб'єктом господарювання, присвячена не одна наукова розвідка. Такі вітчизняні науковці як Т.О.Ариванюк, О.В.Дзера, І.В.Жилінкова, І.М.Кучеренко, Я.В. Новохатська, Я.М.Романюк, З.В.Ромовська, І.В.Спасібо-Фатєєва, Н.Ю.Христенко доктринально «підсилили» положення сімейного

законодавства щодо розуміння природи майнових правовідносин подружжя. Водночас неоднакове застосування судами норм СК України в черговий раз засвідчує потребу в розробці чіткого підходу до визначення правового режиму майна фізичної особи-підприємця, набутого за час шлюбу.

Метою статті є визначення з врахуванням наявної судової практики правового режиму майна подружжя, придбаного за час шлюбу, в результаті здійснення одним із подружжя підприємницької діяльності.

Виклад основного матеріалу. Згідно з ч. 3 ст. 368 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [4] майно, набуте подружжям за час шлюбу, є їхньою спільною сумісною власністю, якщо інше не встановлено договором або законом. Майно, набуте в результаті спільної праці та за спільні грошові кошти членів сім'ї, є їхньою спільною сумісною власністю, якщо інше не встановлено договором, укладеним у письмовій формі.

Відповідно до ст.61 СК України об'єктом права спільної сумісної власності подружжя може бути будь-яке майно, за винятком виключеного з цивільного обороту. Об'єктом права спільної сумісної власності є заробітна плата, пенсія, стипендія, інші доходи, одержані одним із подружжя.

Отже, керуючись законом, можна стверджувати, що незалежно від того, є фізична особа підприємцем, чи ні, майно, придбане нею в процесі здійснення підприємницької діяльності, є спільною сумісною власністю подружжя.

Аналогічну позицію займає й Конституційний Суд України. Так, згідно з рішенням КСУ від 19.09.2012 року №17-рп-2012 основою майнових відносин подружжя є положення про те, що майно, набуте подружжям за час шлюбу, належить дружині та чоловікові на праві спільної сумісної власності незалежно від того, що один з них не мав з поважної причини (навчання, ведення домашнього господарства, догляд за дітьми, хвороба тощо) самостійного заробітку (доходу); вважається, що кожна річ, набута за час шлюбу, крім речей індивідуального користування, є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя (ст. 60 СК України).

Відповідно положення частини першої статті 61 СК України треба розуміти так, що статутний капітал та майно приватного підприємства є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя.

При цьому на сьогодні всупереч позиції Конституційного Суду України діє пункт 29 Постанови Пленуму ВСУ №11, згідно якого відповідно до положень статей 57, 61 СК України, ст. 52 ЦК України майно приватного підприємства чи фізичної особи – підприємця не є об'єктом спільної сумісної власності подружжя. Водночас відповідно до п. 17 Постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ №5 від 07.02. 2014 року «Про судову практику в справах про захист права власності та інших речових прав» [5] розглядаючи позови, пов'язані з правом спільної власності, суди повинні виходити з того, що відповідно до статті 368 ЦК України спільна власність двох або більше осіб без визначення часток кожного з них у праві власності є спільною сумісною власністю. Так, спільною сумісною власністю, зокрема, є: майно, набуте подружжям за час шлюбу, якщо інше не встановлено договором або законом (статті 60–74 СК України); майно, набуте в результаті спільної праці та за спільні грошові кошти членів сім'ї, якщо інше не встановлено договором, укладеним у письмовій формі.

В цьому контексті варто наголосити, що користуючись загальними правилами юридичної сили нормативно-правових актів, рішення і висновки Конституційного Суду України рівною мірою є **обов'язковими до виконання** (ст. 69 Закону України від 16.10.1996 року «Про Конституційний Суд України» [6]). Натомість положення ст.36 Закону України від 07.07.2010 року «Про судоустрій та статус суддів» [7] сформульовані досить конкретно – постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (в певній мірі правонаступник Пленуму Верховного суду України щодо повноваження давати судам роз'яснення з питань законодавства на основі узагальнення судової практики та аналізу судової статистики) носять **рекомендаційний характер.**

Не зважаючи на чіткість підходу законодавця в питанні регулювання правового режиму майна подружжя, суди допускають не однакове застосування до конкретних життєвих ситуацій положень ст. 61 СК України.

Так, колегія суддів судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВСС України) в ухвалі від 23.11.2011 року дійшла висновку, що:

«Відмовляючи у позові про визнання за позивачем права власності на S частину 20/100 частин комплексу торгівельних павільйонів сьомої черги павільйону №2, загальною площею 19,2 кв.м., вартістю 68110 грн., суд першої інстанції виходив з того, що відповідно до ст. ст. 57, 61 СК України, п. 29 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ майна подружжя» № 11 від 21.12. 2007 року, майно приватного підприємства чи фізичної особи-підприємця не є об'єктом спільної сумісної власності подружжя, інший із подружжя має право тільки на частку одержаних доходів від цієї діяльності.

Скасовуючи рішення суду першої інстанції в частині відмови в задоволенні вимоги про поділ 20/100 частин комплексу торгівельних павільйонів та задовольняючи позов у вказаній частині, при цьому стягнувши вартість S частини торгових вітрин, суд апеляційної інстанції виходив з того, що сторони набули права спільної сумісної власності на спірне нежитлове приміщення, а той факт, що придбавалося воно для зайняття ОСОБА_5 підприємницькою діяльністю та фактично з такою метою використовується правового значення не має». [8]

Колегія суддів судової палати у цивільних справах ВСС України в ухвалі від 11.12.2013 року погодилася з висновками апеляційного суду в тому, що:

«висновки суду першої інстанції, що ОСОБА_2, як фізична особа - підприємець за договором купівлі-продажу придбала об'єкт нерухомості, як фізична особа – підприємець, сплатила за

нього особисті кошти та використовувала придбане майно при здійсненні підприємницької діяльності, суперечать фактичним обставинам справи та вимогам законодавства.

Відповідно до договору купівлі-продажу від 21.12.2004 р., продавець ОСОБА_5 продала, а покупець ОСОБА_2 купила 15/100 часток приміщень та споруд дитячого оздоровчого табору, що знаходяться у АДРЕСА І, продаж здійснено за 151048 грн., які покупець сплатив продавцю повністю. Вбачається, що при укладанні договору купівлі-продажу ОСОБА_2 діяла як фізична особа, договір не містить будь-яких посилань на фізичну особу-підприємця або реквізити підприємця.

При укладанні вказаного договору ОСОБА_1, будучи чоловіком покупця ОСОБА 2, давав згоду своїй дружині на купівлю вказаного об'єкта нерухомості за гроші,що були предметом спільної сумісної власності.

За таких підстав висновок суду першої інстанції про те, що спірний об'єкт нерухомості був придбаний ОСОБА_2 як фізичною особою-підприємцем не є спільною сумісною власністю подружжя є помилковим». [9]

Колегія суддів судової палати у цивільних справах ВСС України в ухвалі від 19.06.2014 року констатує, що:

«в силу ч.2 ст. 61 СК України доходи ОСОБА_1, одержані ним від здійснення підприємницької діяльності в період шлюбу з позивачем, є спільними коштами подружжя, а не його особистими коштами...

Зважаючи на наведені вимоги закону, а також враховуючи наявну нотаріально посвідчену заяву позивача про надання згоди на придбання земельної ділянки під автомийку, надану у відповідності до ч.ч.1-3 ст. 65 СК України, суд першої інстанції дійшов обґрунтованого висновку про те, що земельна ділянка несільськогосподарського призначення площею 0,12 га для обслуговування пункту автомийки легкових автомобілів, придбана 14.12.2004 року ОСОБА_1 як приватним підприємцем за кошти, сформовані за рахунок спільної сумісної власності подружжя». [10]

Водночас колегія суддів судової палати у цивільних справах ВСС України в ухвалі від 16.07.2014 р. чітко визначає, що:

«суд першої інстанції та апеляційний суд обґрунтовано дійшли до висновку, що оскільки спірне нежитлове приміщення та земельна ділянка під ним придбана ОСОБА_2 для здійснення підприємницької діяльності та за кошти, отримані від підприємницької діяльності, на спірні об'єкти нерухомості: нежитлову будівлю та земельну ділянку не розповсюджується режим спільного сумісного майна подружжя». [11] Такий висновок суду був зроблений незважаючи на наявні нотаріально посвідчені згоди одного з подружжя, надані нотаріусу при укладенні договорів купівлі-продажу, як нежитлового приміщення, так і земельної ділянки, на придбання цього майна за рахунок спільних коштів подружжя.

Зі змісту вищевказаних судових рішень вбачається неоднакове застосування як судами першої інстанції, так і судом касаційної інстанції, одних і тих самих норм матеріального права у подібних правовідносинах, яке полягає в тому, що в одних випадках суди погодилися з тим, що на об'єкти нерухомості не поширюється режим спільного сумісного майна подружжя, оскільки є майном фізичної особи-підприємця, а в інших випадках суди виходили із того, що майно фізичної особи-підприємця є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя.

В контексті окресленого, варто акцентувати увагу на статусі фізичної особи-підприємця. Так, керуючись ст. 42 Конституції України, ст. 50 ЦК України, ст. 128 Господарського кодексу України (далі – ГК України) [12] можна стверджувати, що кожний громадянин, який бажає реалізувати своє конституційне право на підприємницьку діяльність, після проходження відповідних реєстраційних та інших передбачених законодавством процедур не втрачає і не змінює свого статусу фізичної особи, якого він набув з моменту народження, а лише набуває до нього нової ознаки – «підприємець».

Відповідно до роз'яснення Міністерства юстиції України від 14.01.2011 року статус фізичної особи-підприємця – це юридичний статус, який засвідчує право особи на здійснення підприємницької діяльності, а саме: самостійною, ініціативною,

систематичною, на власний ризик господарською діяльністю, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку.[13]

Таким чином, прибуток, одержаний одним із подружжя, який реалізує свою здатність до праці шляхом самостійної, на власний ризик підприємницької діяльності, в контексті норми ч. 2 ст. 61 СК України є нічим іншим як об'єктом права спільної сумісної власності.

Аналогічну позицію займають Т.О.Ариванюк, І.М.Кучеренко, які під майном, належним подружжям за час шлюбу розуміють грошові кошти, одержані від участі у суспільному виробництві, підприємницької та іншої суспільно-корисної діяльності, майно, придбане за рахунок їх спільних коштів тощо.[14, с.4; 15, с.57]

Будучи суб'єктом господарювання, фізична особа - підприємець має право укладати договори, пов'язані із здійсненням підприємницької діяльності. В результаті виконання договірних зобов'язань фізична особа-підприємець може придбавати певне майно та відповідно набувати на нього право власності.

В таких випадках, керуючись ч. 2 ст. 61 СК України, слід пам'ятати, що майно, яке придбавається одним із подружжя як фізичною особою-підприємцем за час шлюбу, придбавається за кошти, сформовані за рахунок спільної сумісної власності подружжя.

Крім того, статтею 369 ЦК України врегульовані особливості здійснення права спільної сумісної власності, в тому числі й подружжя. Зокрема, співвласники майна, що є у спільній сумісній власності, володіють і користуються ним спільно, якщо інше не встановлено домовленістю між ними. Розпоряджання майном, що є у спільній сумісній власності, здійснюється за згодою всіх співвласників. У разі вчинення одним із співвласників правочину щодо розпорядження спільним майном вважається, що він вчинений за згодою всіх співвласників. Згода співвласників на вчинення правочину щодо розпорядження спільним майном, який підлягає нотаріальному посвідченню та (або) державній реєстрації, має бути висловлена письмово і нотаріально посвідчена.

Згідно з ч. 2 ст. 65 СК України при укладенні договорів одним із подружжя вважається, що він діє за згодою другого з подружжя. Ч. 3 ст. 65 СК України закріплено, що для укладення одним із подружжя договорів, які потребують нотаріального посвідчення і (або) державної реєстрації, а також договорів стосовно цінного майна, згода другого з подружжя має бути подана письмово. Згода на укладення договору, який потребує нотаріального посвідчення і (або) державної реєстрації, має бути нотаріально засвідчена.

Таким чином, для укладення договорів, пов'язаних, наприклад, із купівлею земельної ділянки, будинку, квартири, гаражу, іншої нерухомості, фізична особа-підприємець, яка перебуває у шлюбі, повинна одержати нотаріально посвідчену згоду другого з подружжя на вчинення відповідних дій.

В цьому контексті варто зауважити, що факт придбання певного майна на ім'я суб'єкта господарювання не є підставою для визнання цього майна об'єктом права особистої приватної власності фізичної особи-підприємця. Спільною сумісною власністю подружжя, що підлягає поділу (статті 60, 69 СК України, ч. 3 ст. 368 ЦК України), відповідно до частин 2, 3 ст. 325 ЦК України можуть бути будь-які види майна, за винятком тих, які згідно із законом не можуть їм належати (виключені з цивільного обороту), незалежно від того, на ім'я кого з подружжя вони були придбані чи внесені грошовими коштами, якщо інше не встановлено шлюбним договором чи законом (п. 23 Постанови Пленуму ВСУ №11).

При цьому слід відмітити, що чинне законодавство не виокремлює такого суб'єкта права власності як фізична особа-підприємець та не містить норм щодо права власності фізичної особи-підприємця. Законодавство лише встановлює, що фізична особа-підприємець відповідає за своїми зобов'язаннями усім своїм майном, на яке відповідно до закону може бути звернено стягнення (ч.2 ст. 128 ГК України).

Отже, суб'єктом права власності визнається саме фізична особа, яка може бути власником будь-якого майна, крім майна, що не може перебувати у власності фізичної особи. При цьому

правовий статус фізичної особи-підприємця не впливає на правовий режим майна, що перебуває у його власності.

Не змінює статус майна, придбаного за час шлюбу фізичною особою-підприємцем, як спільного сумісного майна подружжя, факт придбання його для здійснення підприємницької діяльності. На практиці в таких ситуаціях суди нерідко визнають майно об'єктом права власності суб'єкта підприємницької діяльності. [16, с. 44] Слід зауважити, що метою здійснення підприємницької діяльності є інтереси сім'ї – одержання доходів від такої діяльності для поповнення сімейного бюджету. Той факт, що фізична особа-підприємець придбаває майно для здійснення нею підприємницької діяльності і фактично з такою метою в подальшому використовує, правового значення не має, оскільки закон не забороняє подружжю використовувати належне їм майно для здійснення одним із них підприємницької діяльності (ст. 320 ЦК України). До того ж, укладені фізичною особою-підприємцем договори можна розглядати як такі, що укладаються в інтересах сім'ї. Відповідно до ч. 3 ст. 61 СК України якщо одним із подружжя укладено договір в інтересах сім'ї, то гроші, інше майно, в тому числі гонорар, виграш, які були одержані за цим договором, є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя.

Висновки. Вирішуючи в судовому порядку питання про визнання майна, набутого за час шлюбу фізичною особою-підприємцем, об'єктом спільної сумісної власності подружжя та його подальший поділ, слід враховувати наступне:

1) нормою ч. 2 ст. 61 СК України чітко визначено, що об'єктом права спільної сумісної власності є заробітна плата, пенсія, стипендія, інші доходи, одержані одним із подружжя. Таким чином, доходи, одержані одним із подружжя за час шлюбу від здійснення ним підприємницької діяльності, є спільними коштами подружжя, а не його особистими коштами;

2) сам по собі факт придбання певного майна на ім'я фізичної особи-підприємця не може бути підставою для визнання цього майна об'єктом права особистої приватної власності суб'єкта господарювання;

3) не змінює статус майна, придбаного одним із подружжя в результаті здійснення підприємницької діяльності, як спільного сумісного майна подружжя, факт придбання його для здійснення підприємницької діяльності. Слід зауважити, що метою здійснення підприємницької діяльності є інтереси сім'ї – одержання доходів від такої діяльності для поповнення сімейного бюджету. Той факт, що один із подружжя є фізичною особою–підприємцем і майно придбавалося ним для здійснення нею підприємницької діяльності і фактично з такою метою в подальшому використовувалося, правового значення не має.

З огляду на зазначене, майно придбане за час шлюбу одним із подружжя як фізичною особою-підприємцем, є спільною сумісною власністю подружжя.

1. *Сімейний кодекс України від 10.01.2002 року № 2947-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 21–22. – Ст. 135.*
2. *Рішення Конституційного Суду України від 19.09.2012 р. №17-рп/2012 у справі за конституційним зверненням приватного підприємства «ІКІО» щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 61 Сімейного кодексу України// Вісник Конституційного Суду України. - № 6. – 2012. – С. 7-12.*
3. *Постанова Пленуму Верховного Суду України від 21.12. 2007 року № 11 «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя» // Вісник Верховного Суду України. – 2008. – № 1.*
4. *Цивільний кодекс України від 16.01.2003 року № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.*
5. *Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ №5 від 07.02.2014 року «Про судову практику в справах про захист права власності та інших речових прав» [Електронний ресурс] // Режим доступу: http://sc.gov.ua/ua/postanovi_za_2014_rik.html*
6. *Закон України від 16.10.1996 року «Про Конституційний Суд України» [Електронний ресурс] // Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/422/96-%D0%B2%D1%80*
7. *Закон України від 07.07.2010 року «Про судоустрій та статус суддів» [Електронний ресурс] // Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2453-17*

8. *Ухвала колегії суддів судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 23.11.2011 року [Електронний ресурс] // Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/20204899*
9. *Ухвала колегії суддів судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11.12.2013 року [Електронний ресурс] // Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/35949849*
10. *Ухвала колегії суддів судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 19.06.2014 року [Електронний ресурс] // Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39407256*
11. *Ухвала колегії суддів судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 16.07.2014 року [Електронний ресурс] // Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua*
12. *Господарський кодекс України від 16.01.2003 року № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18–22. – Ст. 144.*
13. *Роз'яснення Міністерства юстиції України від 14.01.2011 року «Статус фізичної особи-підприємця: проблеми застосування законодавства» [Електронний ресурс] // Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/n0012323-11*
14. *Ариванюк Т.О. Правове регулювання відносин власності між подружжям: автореф. дис. на здоб. наук. ст. канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / Ариванюк Тетяна Олексіївна. – К., 2002. – 20 с.*
15. *Кучеренко І.М. Право спільної сумісної власності подружжя на майно, що використовується в підприємницькій діяльності / І.М. Кучеренко // Наукові засади та практика застосування нового Сімейного кодексу України. Матеріали Круглого столу. 25 травня 2006 р., м. Київ. – Х.: Ксилон, 2007. – 212 с.*
16. *Романюк Я.М. Цивільно-правові наслідки договорів, укладених одним із подружжя/ Я.М. Романюк // Вісник Верховного суду України - №7 (131). – 2011. – С. 42-48.*

Логвінова М.В. Судова практика розгляду цивільних справ, пов'язаних із встановленням правового режиму майна фізичної особи-підприємця, набутого за час шлюбу

Стаття присвячена дослідженню правового режиму майна подружжя, придбаного за час шлюбу, в результаті здійснення одним із подружжя підприємницької діяльності. Аналіз доктрини приватного права та матеріалів судової практики дозволяє авторові констатувати, що майно придбане за час шлюбу

одним із подружжя як фізичною особою-підприємцем, є спільною сумісною власністю подружжя.

Ключові слова: майно, подружжя, судова практика, фізична особа-підприємець, спільна сумісна власність подружжя.

Логвинова М.В. Судебная практика рассмотрения гражданских дел, связанных с установлением правового режима имущества физического лица-предпринимателя, приобретенного во время брака

Статья посвящена исследованию правового режима имущества супругов, приобретенного во время брака, в результате осуществления одним из супругов предпринимательской деятельности. Анализ доктрины частного права и материалов судебной практики позволяет автору констатировать, что имущество приобретено во время брака одним из супругов как индивидуальным предпринимателем, является общей совместной собственностью супругов.

Ключевые слова: имущество, супруги, судебная практика, физическое лицо-предприниматель, общая совместная собственность супругов.

Logvinova M.V. Legal practice civil proceedings relating to the establishment of the legal regime of property individual entrepreneur acquired during the marriage

The article is dedicated to the legal regime of marital property acquired during the marriage, as a result of one of the spouses entrepreneurship. Analysis private law doctrine and case law reveals that the property acquired during the marriage by one spouse as an individual entrepreneur is the common property of the spouses.

Keywords: property, spouse, court practice, individual entrepreneur, common property of the spouses.

Мартинюк Н.Р.

ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ХОЛДИНГІВ І ХОЛДИНГОВИХ КОМПАНІЙ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ ІНОЗЕМНИХ ДЕРЖАВ

УДК 334.758.4

Недостатність правового регулювання такого цивільно-правового об’єднання юридичних осіб як холдинг у національному законодавстві, зумовлює потребу звернутися до іноземної практики вирішення цього питання.

Важливість дослідження даної наукової проблематики зумовлена необхідністю вивчення закордонного досвіду розвитку і становлення законодавства про холдинги з метою імплементації окремих положень до національного законодавства.

У науковій юридичній літературі розгляду цих питань присвятили свої праці такі вчені як: Ю. А. Слюсаренко, І. В. Бейцун, М. І. Кулагін, І. О. Парфенов, С. І. Мармазова, Я. М. Грітанс, І.С.иткіна.

Мета цієї статті полягає в проведенні порівняльно-правової характеристики холдингів і холдингових компаній за законодавством іноземних країн.

У сучасній світовій системі суб'єктів приватно-правових відносин загальновизнаною є важлива роль холдингів і холдингових компаній, які пройшли тривалий шлях еволюції і сучасного розуміння цих правових конструкцій.

Російський вчений М. І. Кулагін, зазначив, що для сучасної капіталістичної економіки характерна поява різного роду об'єднань юридично самостійних суб'єктів (як правило юридичних осіб), пов'язаних відносинами економічної залежності [6, с.138-152]. Такі об'єднання в законодавстві та юридичній доктрині називаються по-різному: «пов'язані підприємства», «системи компаній», «організації організацій», «товариства товариств», «товариства другого ступеню», а також «групи компаній» або просто «групи»[15, с.162].

У США, Великій Британії, Ірландії, які належать до англоамериканської системи права, такі об'єднання так і називаються холдингами. У континентальному законодавстві Німеччини вони отримали найменування пов'язаних підприємств, до числа яких відносяться, зокрема, концерни[15, с.169]. У Франції об'єднані відносинами економічної залежності і контролю юридичні особи іменуються групами товариств або холдинговими групами[7, с.61].

При певній поширеності в зарубіжному законодавстві понять «холдингу» і «холдингової компанії», як держательської компанії дуже часто в науковій доктрині і в бізнес-практиці багатьох країн термін «холдинг» використовується для позначення не тільки материнської, а всієї сукупності компаній, що мають холдингові зв'язку. Так, наприклад, у французькій юридичній літературі і на практиці серед груп компаній розрізняють групи холдингового

типу, холдингові групи або просто холдинги[7, с.61]. У доктрині і правозастосовчій практиці Ірландії холдинг (Holding) розуміють як об'єднання, яке включає в себе холдингову (основну) компанію і компанії, що знаходяться під її контролем[15, ч.2 с.162]..

Якщо порівняти правове забезпечення холдингів в нашій країні і в світі, то в багатьох розвинених державах відсутні спеціальні законодавчі акти про холдинги, у тому числі в Німеччині, Франції, Великій Британії, Бразилії, Ірландії. У цих країнах правове забезпечення об'єднань юридичних осіб здійснюється за допомогою законодавства, що регулює організаційно-правові форми учасників таких об'єднань.

Наприклад, у Німеччині законодавче регулювання створення та діяльності холдингових компаній і концернів здійснюється Акціонерним законом (1965р.) і Законом «Про товариства з обмеженою відповідальністю» (1892р.), в Бразилії - Законом про акціонерні товариства (1976р.). Спеціальне законодавство про об'єднання холдингового типу є, наприклад, у Новій Зеландії та Австрії[8, с.174].

У Великій Британії корпоративне законодавство включає Закон про компанії 2006р. (раніше діяв закон про компанії 1989р.). Закон про партнерство 1907 р.; Закон про партнерство з обмеженою відповідальністю 1907р.; Закон про угоди з цінними паперами учасників компанії 1985р.; Закон про злиття компаній 1985р..

Основними організаційно-правовими формами корпоративного бізнесу у Великобританії є: партнерство з необмеженою відповідальністю учасників (general partnership) - аналог повного товариства (у Великобританії не є юридичною особою); партнерство з обмеженою відповідальністю учасників (limited partnership) - аналог командитного товариства; компанія з обмеженою відповідальністю за номінальною вартістю акції / паю учасників (a company limited by shares); компанія з відповідальністю, обмеженою учасниками сумою гарантій (a company limited by guarantee); компанія з необмеженою відповідальністю учасників (an unlimited company). Компанії можуть бути публічними і приватними. У публічних компаніях обов'язковий мінімальний

розмір статутного капіталу з вказівкою на те, що компанія є публічною, передача акцій в публічних компаніях є вільною, в приватних компаніях тільки своїм акціонерам, а третім особам - тільки за згодою акціонерів[9, с.154].

В статті 1159 Закону про компанії Великобританії (2006р.), холдинг визначається таким чином: «Компанія є дочірньою компанією (subsidiary) іншої компанії, що є холдингом, якщо:

а) холдинг володіє більшістю голосів в ній;

б) холдинг її учасником і має право призначати або усувати більшість її ради директорів,

в) холдинг її учасником і самостійно контролює, відповідно до угоди з іншими учасниками, більшість голосів в ній;

г) або вона є дочірньою компанією іншої компанії, яка в свою чергу теж є дочірньою компанією іншої компанії.

Компанія є дочірньою компанією, що знаходиться під повним контролем іншої компанії (wholly owned subsidiary), якщо її членом є тільки материнська компанія, а дочірні підприємства або особи цієї материнської компанії діють від її імені або її дочірніх підприємств[17].

Також, статтею 136 розділу 4 Закону про компанії 2006р., передбачено заборону на участь дочірньої компанії в холдинговій (материнській) компанії. Причому встановлено, що будь-який розподіл чи передача акцій холдингової компанії дочірній є нікчемним. Виключення становить, якщо:

- дочірня компаніє виступає як правонаступник (спадкоємець) або довірений власник холдингової компанії;
- дочірня компанія виступає офіційним дилером в операціях з цінними паперами.

В тому випадку, якщо дочірня компанія набула акції з порушення існуючих вимог, вона може залишатись учасником холдингової компанії, але з позбавленням права голосу по акціях на загальних зборах учасників холдингової компанії[17].

В законодавстві Німеччини поняття холдингової компанії взагалі відсутнє, а об'єднання юридичних осіб називають пов'я-

заними підприємствами де особливе місце займають так звані концерни.

У законодавстві Німеччини холдингова компанія розглядається як пануюче підприємство концерну, який у свою чергу, є об'єднанням незалежних підприємств, що пов'язані системою участі, договорами про фінансування, виробничо-технологічне співробітництво.

Німецький вчений Т. Келлер дає таке визначення холдингу: «Під холдингом або холдинговою компанією потрібно розуміти підприємство, головною сферою діяльності якого є розрахована на тривалий термін дольова участь в одному або кількох самостійних в правовому відношенні інших підприємствах»[10, с.19].

В якості предмета діяльності статутами більшості

холдингів визначається придбання та розпорядження інвестиціями або частками участі. Формулюючи, таким чином, предмет своєї діяльності, холдинги отримують право керівництва групою підприємств. У функціональному плані холдинг, як вищий орган-керівництва, здійснює: службову функцію (контроль, координацію, консультування підлеглих підприємств); функцію фінансування і частково виробничу функцію (вирішення господарських завдань підпорядкованих підприємств у сфері планування, права, кадрів, інформації, статистики, маркетингу та ін.)[11, с.23].

В Німеччині холдинги виступають, переважно, в формі акціонерного товариства (Aktiengessellschaft - AG), але не рідко і в формі товариства з обмеженою відповідальність (Gessllschaft mit beschrankter Haftung - GMBH). При цьому діяльність холдингів у формі АГ регулюється законом про акціонерні товариства 1965р., а холдингів у формі ГМБХ – законом про товариства з обмеженою відповідальністю 1892 р.[2, с.45].

Так, згідно ст.15 Закону Німеччини про акціонерні товариства пов'язаними підприємствами є юридично самостійні підприємства, які по відношенню один до одного є підприємствами, які находяться у володінні підприємства з переважаючою участю, є підприємствами з переважаючою участю, залежними та володарюючими підприємствами, підприємствами концерну, підприєм-

ствами, що беруть взаємну участь чи є сторонами договору між підприємствами[13, с.6].

Стаття 18 вищевказаного закону визначає концерном об'єднання пов'язаних між собою підприємств, які об'єднанні під єдиним керівництвом внаслідок укладення договору про підкорення або без укладення такого.

Основними видами концернів є договірні і фактичні. Підставою для перших є відповідний договір про підпорядкування згідно якого одне підприємство підпорядковує управління своєю діяльністю іншому підприємству в якого виникає права давати обов'язкові для виконання вказівки залежному підприємству. Всі інші концерни вважаються фактичними[1, с.26-27].

В акціонерному законі Німеччини 1965 р. встановлені певні обмеження для підприємств, які взаємно беруть участь в об'єднанні. Згідно ст. 19 зазначеного Закону підприємствами, які беруть участь - є підприємства з організаційно-правовою формою господарського товариства з місцезнаходженням на території країни, пов'язані в силу належності кожному з них більше чверті частки іншого підприємства. Відповідно до ст. 20 Акціонерного закону Німеччини кожне із підприємств, які беруть взаємну участь, зобов'язано негайно письмово повідомити іншому підприємству про розмір своєї участі і про любі зміни щодо участі. Також існує і загальне положення, яке передбачає обов'язок кожного підприємства, якому належить більше чверті частки чи голосів в іншому товаристві, негайно інформувати про це товариства, в якому береться участь. При цьому права, які належать товариству, що виникають з участі в капіталі іншого товариства, не можуть здійснюватись в період часу до такого повідомлення (ст. 21 Акціонерного закону Німеччини)[16, с.270-272].

Холдингові компанії Франції відіграють активну роль у процесі злиття банківського капіталу з промисловим. Організаційною формою функціонування фінансового капіталу є фінансові групи, керівництво якими здійснюється за допомогою холдингових компаній[12, с.127]. Такими фінансовими групами, як «BNP Paribas», «GDF Seuz», «Credit Agricole», «Société Générale» нале-

жить значне місце у французькій економіці, а велика частина їх активів розміщена за межами країни.

Основними організаційно-правовими формами корпоративних відносин в корпоративному законодавстві Франції є: повне товариство (societe en nom collective); просте командитне товариство (societe en commandite simple); товариство з обмеженою відповідальністю (societe a responsabilite limitee - SARL); акціонерне товариство (societe anonyme - SA) - звичайне, не користується громадськими заощадженнями і користується громадськими заощадженнями; акціонерно-командитне товариство; акціонерне товариство спрощеного типу; товариство з обмеженою відповідальністю, яке належить одній особі. З метою регулювання відносин між юридично незалежними, але економічно взаємозалежними юридичними особами у французькому акціонерному за-законодавстві введено поняття «група» (group)[9, с.154].

Щодо розмежування дочірніх та холдингових компаній, Торговий кодекс Франції (Code de commerce) регулює зв'язки між товариствами і містить терміни "філіал" (очевидно від латинського латинського filius – син) і "товариства, які мають участь". Підприємство визнається філіалом, якщо інше товариство володіє понад половиною капіталу першого (більше 50%). В тому разі якщо одне товариство володіє від 10 до 50 % капіталу іншого товариства – то перше товариство розглядається як таке, що має участь в іншому (ст.ст. 233-1, 233-2 Торгового кодексу Франції)[18].

Товариство визнається таким, що контролює іншу компанію якщо:

1) прямо чи побічно володіє частиною капіталу, що дає йому більшість голосів на загальних зборах іншого товариства;

2) самостійно володіє більшістю голосів в іншій компанії в силу договору, укладеного з іншими учасниками чи акціонерами і це не суперечить інтересам компанії;

3) якщо воно фактично визначає за допомогою голосів, якими володіє, рішення загальних зборів цього товариства;

4) якщо воно є учасником або акціонером іншої компанії і може призначати або усувати більшість членів органів управлін-

ня, менеджменту або нагляду (ст. 233-3 Торгового кодексу Франції)[18].

Передбачається, що контроль існує у випадку володіння товариством прямо чи непрямо понад 40 % голосів та за умови, що жоден інший учасник чи акціонер не володіє прямо чи непрямо більш значною частиною голосів[1, с.24].

Законодавство Франції також містить обмеження щодо взаємної участі. Так, ст. 358 Закону Франції "Про торгові товариства" встановлює заборону акціонерному товариству володіти акціями іншого акціонерного товариства, якщо останнє володіє в свою чергу частиною його статутного капіталу, що перевищує 10%. За відсутності згоди товариство, яке володіє менш значною частиною статутного капіталу іншого, повинно відступити свою частку. У випадку рівності часток участі – кожне з товариств повинно зменшити свій вклад до розміру, що не перевищує 10 % статутного капіталу іншого[1, с.142].

Що стосується історичної батьківщини класичних керуючих холдингів - Сполучених Штатів Америки, то там в силу специфіки державного устрою відсутнє єдине для всіх штатів законодавство, що визначає правове становище корпорацій і холдингів. Відтак, такі об'єднання юридичних осіб реєструються та функціонують в штатах з найбільш пільговими податковими режимами та спрощеними процедурами реєстрації. Історично склалось так, що такими штатами та Делавер та Нью–Джерсі[8, с.273].

Разом з тим створення і функціонування корпоративних організаційно-правових форм регламентується законами штатів і Законом про партнерство 1969р. . У штаті Нью-Йорк діє Закон про підприємницькі корпорації 1963 р., ; в штаті Делавер - Загальний Закон про корпорації штату Делавер 1967 р.; в штаті Каліфорнія - Загальний Закон про корпорації 1977 р. У штаті Колорадо в 1968 р. був прийнятий Закон про компанії з обмеженою відповідальністю, обіг цінних паперів регулюється федерацією (Закон про цінні папери 1933 р., Закон про обіг цінних паперів 1934 р.). Закони про компанії з обмеженою відповідальністю існують у багатьох штатах США. При цьому в основі законів про підприємницькі

корпорації більшості штатів США лежить зразковий закон про підприємницькі корпорації 1969 р. (з наступними змінами 1984 р.), прийнятий Американської асоціацією юристів.

Основні організаційно-правові форми корпоративного бізнесу в США: партнерство з необмеженою відповідальністю учасників (general partnership) - аналог повного товариства (у США - не є юридичною особою); партнерство з обмеженою відповідальністю учасників (limited partnership) - аналог командитного товариства; компанія з обмеженою відповідальністю (limited liability company); корпорація - аналог акціонерного товариства - корпорації відкритого типу, або публічні корпорації (publicly held corporation), і корпорації закритого типу (close corporation). Корпорації відкритого типу включають: муніципальні корпорації, районні корпорації, « корпорації, засновані для суспільних потреб»[9, с.154].

Американський професор Роберт Хемілтон наводить таке значення холдингової компанії: «холдингова компанія - це корпорація, яка володіє більшістю акцій однієї або більше інших корпорацій»[14, с.595].

Залежно від процентної участі холдингової компанії в статутному капіталі асоційованого підприємства останні поділяються на види. Розмір такої участі визначається Кодексом про бізнес корпорації штату і може відрізнятись залежно від штату.

Загалом, на прикладу штату Нью-Йорк можна відзначити такі види залежних підприємств: афілійована особа (affiliate) – особа, яка прямо або непрямо через одного або більше посередників, контролює або контролюється, чи знаходиться під спільним контролем з обумовленою особою; асоційована особа (associate) – будь-яка організація чи корпорація, 10% голосуючих акцій будь-якого класу якої прямо чи непрямо контролюються чи тримаються іншою особою; який має таке саме місце проживання як вказана особа; дочірня особа (subsidiary) – будь-яка особа, більшістю голосуючих акцій якої прямо чи непрямо володіє інша особа (п. 1, 3, 16 ст. 912 Кодексу про бізнес корпорації Нью–Йорку)[19].

Повністю залежною дочірньою компанією визнається компанія, 95% голосуючих акцій якої прямо чи непрямо контролюються чи утримуються іншою особою, яка визнається батьківською (parent corporation), якщо це банк, то ця кількість дорівнює 75%[5, с.19-20].

Наведене свідчить, що законодавство про холдинги в більшості країн знаходиться на етапі становлення. Норми, що регулюють відносини між економічно залежними компаніями, як правило, розпорошені по багаточисельним актам різної галузевої приналежності. В ряді країн видано акти, що регламентують оригінальні інститути, які використовуються для правового оформлення групи[6, с.141-142].

Разом з тим, очевидно, що в законодавстві оглянутих іноземних країн, для визнання компанії холдинговою основна роль надається визначенню ознаки контролю над іншими товариствами. Хоч правове становище холдингів в різних країнах теж регулюються по-різному, в дечому такі положення є спільними і деякі з таких ознак доцільно було б запозичити та внести в українське законодавство.

На підставі аналізу законодавства вищевказаних країн можна дійти висновку про те, що холдингова (від англійського слова to hold – тримати) компанія – це компанія, яка прямо чи непрямо володіє контрольними пакетами акцій (часток) інших компаній та/або більшістю голосів в органі управління іншої компанії з метою контролю та управління їхньою діяльністю.

На основі вищевказаного, в українському законодавстві пропонується встановити критерії для розмежування дочірньої та холдингової компанії в залежності від наявних ознак контролю, які теж необхідно закріпити законодавчо. Такими критеріями, зокрема, можуть бути: можливість юридичної особи призначати або звільняти виконавчий, контролюючий та управлінський орган іншої юридичної особи, а також самостійно визначати долю рішень загальних зборів такої особи.

Доцільно також розробити механізм правового регулювання договірного порядку створення холдингів, який на даний час вза-

галі відсутній. Він може полягати в тому, що між юридичними особами буде укладатись договір про підкорення (чи договір про управління), відповідно до якого одна юридична особа (холдингова компанія) бере на себе обов'язок здійснювати управління діяльністю іншої юридичної особи (дочірньої компанії), визначати напрямки розвитку, а дочірня компанія зобов'язана виконувати такі розпорядження і перераховувати холдинговій компанії частину прибутку.

1. *Бейцун І.В. Об'єднання юридичних осіб в цивільному праві: порівняльно-правовий аналіз: дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / І.В. Бейцун; Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. - К., 2006. – 228с.*
2. *Мармазова С. И. Гражданско-правовые проблемы управления холдингом: дис. канд. юрид. наук: 12.00.03 / С.И. Мармазова; Российская правовая академия. – М., 2003 – 181с.*
3. *Парфенов И. А. Управление холдингом в нефтегазовом комплексе (правовые аспекты): дис…канд. юрид. наук:12.00.13 / И.А. Парфенов; Тюменский государственный университет. – Т., 1999. – 184с.*
4. *Плинк Я.В. Правовое обслуживание предпринимательских объединений в России и за рубежом: дис…канд. юрид. наук.: 12.00.11 / Я.В. Плинк Московская государственная юридическая академия – М., 2000. – 200с.;*
5. *Лукач І. В. Правове становище холдингових компаній: монографія / І.В. Лукач. - К.: Юрінком Інтер, 2008. - 240 с.*
6. *Кулагин М. И. Избранные труды./ И.М. Кулагин.- М.: Статут (в серии «Классика российской цивилистики»), 1997. – 330 с.;*
7. *Герасимов О. А. Подходы к проблеме финансово-промышленной интеграции в зарубежной юридической науке / О.А. Герасимов // Бизнес. Менеджмент. Право. – Екатеринбург, 2004. – № 3. – С. 61;*
8. *Шиткина И.С. Холдинги: правовое регулирование и корпоративное управление: научно-практ. изд. / И. С. Шиткина - М. : Волтерс Клувер, 2008. - 616 с.;*
9. *Гританс Я. М. Корпоративные отношения: правове регулирование организационно-правовых форм: научно-практ. изд. / Я. М. Гританс – М.: – Волтерс Клувер, 2005. – 154 с.;*
10. *Келлер Т. Концепции холдинга. Организационные структуры и управление./ Т. Келлер – Обнинск, ГЦИПК. -1996. – С. 60;*

11. *Азроянц Э. А., Ерзнкян Б. А. Холдинги. Книга 1. Холдинговые компании: особенности, опыт. Проблемы, перспективы: монография / Э.А. Азроянц, Б.А. Ерзнкян – М.: НИИУ, 1992. – 122 с.*
12. *Довгань Л. Є., Пастухова В. В., Савчук Л. М. Корпоративне управління: Навчальний посібник/ Л.Є. Довгань, В.В. Пастухова, Л.М. Савчук. – К.: Кондор, 2007. – 174 с.*
13. *Яковлева Т. Ф., Дубовицкая Е. А. Закон об акционерных обществах Германии. Параллельные русский и немецкий тексты / Aktiengesetz. Paralleler russischer und deutscher Text – М.: Волтерс Клувер, 2009. – 407 с.;*
14. *Hamilton Robert W. Corporations. 3-rd Edition. University of Texas School of Law. – West Publishing Co. St. Paul. Minn., 1992. –595 с.;*
15. *Германское право. Часть 2. Торговое уложение и другие законы: Пер. с нем./ Серия «Современное зарубежное и международное частное право». – М., 1996. – 413 с.;*
16. *Торговое уложение Германии/ Федеративная Республика Германия. Законы. - (Германские и европейские законы). Кн. 2: Торговое уложение Германии. Закон об акционерных обществах. Закон об обществах с ограниченной ответственностью. Закон о производственных и хозяйственных кооперативах – М.: Волтерс Клувер, 2005. – 595 с.*
17. *The Companies Acts 2006. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/section/1159;*
18. *Commercial Code of France. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=uk&c=32&r=3037;*
19. *2010 New York Business Corporation Code. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://law.justia.com/codes/new-york/2010/bsc/article-9/912/*

Мартинюк Н.Р. Порівняльно-правова характеристика холдингів і холдингових компаній за законодавством іноземних країн.

В статті автор характеризує правове регулювання холдингів і холдингових компаній, аналізує критерії розмежування дочірньої та холдингової компанії за законодавством іноземних країн.

Ключові слова: холдинг, холдингова компанія, об'єднання юридичних осіб, пов'язані підприємства, група компаній.

Мартынюк Н.Р. Сравнительно-правовая характеристика холдингов и холдинговых компаний по законодательству зарубежных стран.

В статье автор проводит характеристику правового регулирования холдингов и холдинговых компаний, приводит анализ критериев для разграничения дочерней и холдинговой компании по законодательству зарубежных стран.

Ключевые слова: холдинг, холдинговая компания, объединение юридических лиц, связанные предприятия, группа компаний.

Martynyuk N.R. Comparative legal description of holdings and holding companies under the laws of foreign countries.

In this article the author conducted the characteristic of regulation of holdings and holding companies, an analysis of criteria for differentiation between a subsidiary and a holding company under the laws of foreign countries.

Keywords: holding, holding company, association of legal entities, related company, group of companies.

Русин О.Ю.

ПРЕДСТАВНИЦТВО ЮРИДИЧНИХ ОСІБ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

УДК 347.965.43

Актуальність теми. Судове (процесуальне) представництво є важливим правовим інститутом і предметом численних науково-теоретичних досліджень. Водночас у науці цивільного процесуального права тема представництва залишається однією із найбільш дискусійних, оскільки серед вчених не існує єдиного підходу як до визначення процесуального представництва, так і до розуміння правової природи, змісту інституту цивільного процесуального представництва, класифікації представництва на види, визначення суб'єктного складу представників, об'єкту правовідносин за участю представників, підстав їх виникнення, правового становища представників, обсягу їх повноважень тощо. Одним з важливих напрямків досліджень з вказаної тематики є питання представництва інтересів юридичних осіб в цивільному судочинстві.

Стан дослідження. Окремі аспекти судового представництва неодноразово висвітлювались в радянській літературі, працях сучасних вітчизняних та зарубіжних науковців (В.В. Комарова, Я.А. Розенберга, М.К. Треушнікова, І.А. Павлуника, С.Я. Фурси, М.С. Шакарян, М.Й. Штефана, В.С. Щербини, С.А. Чванкіна та ін.). Однак в літературі висловлюються достатньо неоднозначні погляди з питання представництва юридичних осіб в цивільному процесі (т.з. „статутного представництва"), аж до повного запе-

речення подібного виду судового представництва. Так, одні вчені вважають, що керівник, а також інші особи, віднесені законом, статутом або положенням, до органів юридичної особи, не є в суді її представником, а їх дії, пов'язані із захистом прав і законних інтересів даної організації, є діями самої юридичної особи [1, с. 90-91; 2, с. 350]. Інші науковці вважають, що органи юридичних осіб виступають в суді в якості законних представників [3, с. 145-146; 4]. Існує також точка зору, згідно якої органи, що ведуть справи колективних утворень в суді, займають самостійне процесуальне положення [5, с. 24-25; 6, с. 135]. Вказані розбіжності, а також зміни законодавчого регулювання та розвиток правової науки обумовлюють необхідність подальшого розгляду питань статутного представництва.

Мета дослідження. Виходячи з викладеного, в доктрині цивільного процесуального права назріла необхідність проаналізувати положення чинного законодавства та висловлювані в літературі думки щодо статутного представництва з метою вироблення єдиного бачення цього виду представництва. Дане дослідження має на меті визначити поняття, зміст та особливості представництва юридичних осіб в цивільному процесі, а також сформувати пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства з даного питання.

Основний виклад. Як уже вказувалося, одним із видів судового представництва, який окремими авторами виділяється в межах його класифікації за підставами виникнення, є статутне представництво. В найбільш узагальненому вигляді його можна визначити як представництво юридичної особи, яке здійснюється на підставі її установчих документів. Відповідно до частини 1 статті 57 ГК України, до таких документів належать рішення про утворення юридичної особи або засновницький договір, а у випадках, передбачених законом, - статут (положення). Відповідно до частини 3 статті 38 ЦПК України, юридичних осіб представляють їх органи, що діють у межах повноважень, наданих їм законом, статутом чи положенням, або їх представники. З вказаного можна зробити висновок, що законодавством чітко

розмежовано поняття „орган юридичної особи" та „представник юридичної особи". На думку П.Ф. Немеша, це свідчить про те, що на офіційному рівні законодавець усвідомлює те, що орган, який представляє інтереси юридичної особи, не вправі вважатися представником у звичайному розумінні цього слова [7, с. 24-25]. Необхідність відокремлювати органи юридичної особи від її представників відзначають й інші автори [2, с. 350].

Водночас, згідно частини 1 статті 42 ЦПК України, повноваження представників сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, мають бути посвідчені, зокрема, довіреністю юридичної особи або документами, що посвідчують службове становище і повноваження її керівника. При цьому можна погодитись з тим, що подібні положення законодавства є дещо суперечливими, оскільки, з одного боку, органи юридичної особи не віднесено до числа представників, а з іншого – до числа представників юридичної особи віднесено їх керівників [4].

В.В. Комаров відзначає з цього приводу, що в теорії цивільного процесуального права зазначене положення законодавства щодо представництва юридичних осіб тлумачиться неоднозначно, що обумовлюється відсутністю чіткої правової регламентації участі та правового статусу органів управління юридичних осіб, які беруть участь у судовому процесі. Утім домінуючою є думка, що органи управління юридичної особи не є її процесуальними представниками в класичному розумінні цього інституту, оскільки орган юридичної особи та сама юридична особа становлять єдиний суб'єкт права, а дії органів юридичних осіб є діями самої юридичної особи, що обумовлено організаційно-структурною та функціональною єдністю юридичної особи. Тому дії (зокрема, процесуальні у цивільному судочинстві) органів управління юридичної особи необхідно розглядати як дії самої юридичної особи, а не її представника [2, с. 350; 8, с. 111-116].

На думку Р.А. Сидорова, незважаючи на наявність спільних рис між цими юридичними поняттями, їх схожість є тільки зовнішньою, а насправді процесуальне положення судового представника та органу юридичної особи різне, що обумовлено

різним змістом цих правових явищ. Перед органом юридичної особи в цивільному процесі ставляться дещо інші, значно ширші, цілі, ніж перед судовим представником, і захист прав та законних інтересів організації в суді, як правило, не головна серед них. Відмінність також можна провести за суб'єктним складом, за об'єктом, за підставами виникнення повноважень і т.д. [4].

В судовому процесі, однак, захист інтересів юридичної особи здійснює конкретна фізична особа, а тому постає питання про її статус: в яких випадках вона повинна ототожнюватись з органом юридичної особи, а в яких – розглядатись як представник в контексті положень статті 38 ЦПК України.

З даного питання слід враховувати, що органи управління юридичної особи можуть бути одноосібними та колегіальними; при цьому, виходячи з аналізу чинного законодавства (статті 97, 99 ЦК України), одноосібним органом юридичної особи виступає її керівник (директор, голова та ін.), а колегіальними органами є правління, дирекція тощо [2, с. 350].

На думку П.Ф. Немеша, неприпустимим з точки зору теорії та практики є ототожнення у цивільному процесі керівника юридичної особи та її представника, оскільки це абсолютно різні за статусом учасники цивільного процесу, хоча формально, виходячи з положень статті 42 ЦПК України, вони і розглядаються як такі, що представляють юридичну особу [7, с. 24-25].

Свого роду „лакмусовим папірцем" з даного питання пропонується вважати незастосування в судовій практиці до правовідносин за участю керівника юридичної особи положень матеріального права щодо обмежень його повноважень, зокрема неможливості діяти одночасно в інтересах декількох суб'єктів (ч. 3 ст. 238 ЦК України) [2, с. 350-351; 9, с. 31-32]. Таким чином, можна погодитись з твердженнями, що одноосібний орган юридичної особи (керівник підприємства, установи, організації) не є процесуальним представником, а тому діє в процесі без спеціального оформлення повноважень згідно документів, які посвідчують його службове становище. Наявні достатні підстави для розмежування інституту судового представництва і представни-

цтва юридичних осіб їх одноосібним органом управління – функціональним представником, враховуючи особливості юридичних осіб як суб'єктів права, які набувають права та виконують обов'язки через свої органи управління [2, с. 351; 8, с. 131-132].

Виходячи з вказаного, на сьогодні з даного питання в меншості знаходяться ті науковці, які продовжують розглядати участь одноосібних органів юридичної особи (керівників) в суді в якості представників. Так, Г.Л. Осокіна вважає, що одноосібний виконавчий орган організації корпоративного типу (директор, генеральний директор, президент), що діє в суді від її імені без довіреності, є прикладом статутного представництва [10, с. 262-263]. На нашу думку, подібна точка зору не є обґрунтованою з огляду на вказане вище і не можна погодитися з тлумаченням статутного представництва як представництва юридичних осіб їхніми органами [6, с. 134]. Аналогічно, не можна погодитися з тими авторами, котрі розглядають подібні випадки як законне представництво [3, с. 145-146; 4]. Як зазначив П.Ф. Немеш, називати представництво юридичної особи її органами законним представництвом є абсолютно є неприпустимим, виходячи з того, що собою являє законне представництво у цивільному судочинстві [7, с. 24-25]. На думку І.О. Табак, дискусію із цього питання слід вважати припиненою із запровадженням в законодавство формулювання на зразок „справи юридичних осіб ведуть в суді їхні органи або їхні представники", яким розмежовано діяльність в суді органів юридичних осіб та їх представників [6, с. 134].

Більш неоднозначною є ситуація, коли орган управління юридичної особи є колегіальним. Як зазначає В.В. Комаров, у разі якщо юридична особа має лише колегіальний орган, то брати участь у процесі вона може також доручивши виконання представницьких повноважень одному з членів цього колегіального органу або іншій особі [2, с. 351-352]. З свого боку хотілось б відзначити, що подібна практика делегування рішенням колегіального органу юридичної особи права здійснювати окремі повноваження його членам достатньо поширена, однак її не можна вважати правильною, оскільки по своїй суті відповідна діяльність

уповноваженої особи, на нашу думку, і є представництвом. Крім того, потребують додаткового підтвердження повноваження такої особи, що не є керівником, шляхом видачі довіреності, оскільки чинне законодавство (ст. 42 ЦПК України) не визнає подібні рішення про делегування повноважень в якості підтверджуючих повноваження представників документів. Виходячи з викладеного, позитивно можна оцінити положення білоруського законодавства, в якому дане питання отримало своє вичерпне врегулювання. Так, згідно частини 2 статті 70 ЦПК Республіки Білорусь [11], колегіальні органи управління юридичних осіб ведуть справи в суді через представників. При цьому, згідно частини 2 статті 72 ЦПК Республіки Білорусь, представники колегіальних органів управління юридичних осіб підтверджують свої повноваження в суді випискою з протоколу засідання відповідного органу управління. Щодо останнього, то такі положення білоруського законодавства можна піддати критиці, оскільки конкретна фізична особа повинна представляти в суді організацію в цілому, а не її колегіальний орган управління, а тому підтверджуючі повноваження документи повинні видаватись від імені самої юридичної особи в загальному порядку.

Крім вказаного, можлива дещо інша ситуація, коли статутними документами юридичної особи передбачено представництво її інтересів в суді посадовою особою, що взагалі не входить до складу органів управління (заступник директора з правових питань, керівник юридичної служби та ін.). Ще один випадок, на який вказується в літературі, - представництво вищестоящою організацією інтересів нижчестоящої відповідно до статутних документів [12, с. 42]. Так, згідно частини 2 статті 8 Закону України „Про споживчу кооперацію", спілки споживчих товариств, виходячи з делегованих їм прав, можуть представляти і захищати інтереси споживчих товариств, їх членів та обслуговуваного населення у відповідних державних та інших органах. Виходячи з положень статті 120 Господарського кодексу України, такі господарські об'єднання як асоціації та концерни можуть бути наділені їх членами представницькими повноваженнями щодо

захисту інтересів членів цих об'єднань. Зрозуміло, що, в першу чергу, такі делеговані повноваження знаходять своє закріплення в установчих документах подібних об'єднань, які і виконують роль вищестоящих організацій.

Ряд авторів в цих випадках веде мову про статутне представництво, зокрема Я.А. Розенберг відносив до нього ведення в цивільному процесі справ юридичних осіб одним із членів їх колегіальних органів [13, с. 42]. Аналогічної точки зору дотримується І.А. Павлуник, вважаючи, що в даному випадку в процесі діє не безпосередньо орган юридичної особи, а уповноважений представник цього органу (його член) [12, с. 154]. С.Н. Абрамов вважав статутним представництвом ведення справ юридичних осіб їх вищестоящими органами [12, с. 42; 14, с. 115].

Дещо подібну позицію займає С.А. Чванкін, який веде мову про законне представництво юридичних осіб, яке випливає з положень законодавства та статутів юридичних осіб. Як його приклад він розглядає положення статті 48 Закону України „Про господарські товариства" щодо права голови правління акціонерного товариства без доручення здійснювати дії від імені товариства, а інших члени правління – відповідно до статуту; в цьому контексті виділяється представництво вищестоящих організацій (органів) від імені та в інтересах нижчестоящих організацій (органів), зокрема відповідно до статті 8 Закону України „Про споживчу кооперацію" [15, с. 126-127].

Зрозуміло, що в суді певна фізична особа, яка не є керівником-одноосібним органом управління, буде діяти від імені та в інтересах відповідної організації, при цьому вона не може розглядатись як її орган, а крім того, виходячи з положень статті 42 ЦПК України, не вправі посилатися на установчі документи як підставу для допуску до участі в процесі. В даному випадку необхідно представити судові належним чином оформлену довіреність. В літературі такі випадки пропонується розглядати як договірне представництво [6, с. 139; 7, с. 24-25;], однак такі твердження є непереконливими. Як вже вказувалось, довіреність є документом, що підтверджує повноваження, однак у випадку

договірного представництва матеріально-правовими підставами виникнення відповідних відносин є договір (цивільно-правовий або трудовий). В даному ж випадку підставою для видачі довіреності є положення статутних документів. Як відомо, юридичними фактами, що обумовлюють виникнення або припинення процесуальних відносин представництва є юридичні процесуальні факти (процесуальні дії) або юридичний склад (сукупність юридичних фактів), які опосередковують матеріально-правові підстави (передумови); при цьому в більшості випадків матеріально-правові передумови передують появі процесуальних юридичних фактів або ж є безпосередньою підставою їх виникнення.

Таким чином, доцільно погодитися з тими авторами, які під статутним представництвом розуміють надання юридичною особою повноважень діяти від свого імені іншій особі шляхом включення відповідних положень в свій статут чи інші установчі документи [9, с. 31-34] в тому контексті, що їх положення є матеріально-правовою підставою для виникнення відносин судового представництва. При цьому вважаємо безпідставним ототожнювати статутне представництво з представництвом, яке здійснюється без довіреності, оскільки, виходячи з положень чинного законодавства, такою можливістю наділений лише керівник юридичної особи.

Враховуючи поширеність на практиці випадків здійснення представництва юридичних осіб, а також вказані вище науково-теоретичні суперечності щодо його врегулювання в чинному процесуальному законодавстві України, очевидною стає необхідність його вдосконалення. З цією метою вважаємо за необхідне внести зміни до чинних редакцій статей 38 та 42 ЦПК України щодо:

- врегулювання питання про участь юридичної особи в судовому процесі шляхом прямого закріплення в статті 38 ЦПК України положень про ведення справ юридичних осіб у суді керівниками як одноосібними органами юридичної особи або представниками, а також про необхідність залучення судового представника для реалізації функцій колегіальних органів управління;

- вилучення з статті 42 ЦПК України положень щодо документів, які підтверджують повноваження керівника як органу управління юридичної особи та вміщення відповідних положень у статті 38 ЦПК України.

Враховуючи викладене в наступній редакції пропонується викласти:

- частину 3 статті 38 ЦПК України: „3. Справи юридичних осіб у суді ведуть їхні органи, що діють у межах повноважень, наданих їм законом, статутом чи положенням, або їх представники. Керівник юридичної особи як орган управління діє на підставі документів, що посвідчують його службове становище і повноваження. Колегіальний орган управління юридичної особи діє в суді через представника юридичної особи";

- пункт 2 частини 1 статті 42 ЦПК України: „2) довіреністю юридичної особи."

Висновки. Підсумовуючи викладене, під статутним представництвом слід розуміти вид судового представництва, яке в обов'язковому порядку виникає на підставі статуту чи інших установчих документів юридичної особи і передбачає ведення її справ в суді членом колегіального органу управління чи іншою посадовою особою. При цьому положення відповідних установчих документів є обов'язковою матеріально-правовою передумовою для виникнення відносин судового представництва. Водночас слід розмежовувати статутне представництво з представництвом, яке здійснюється без довіреності керівником юридичної особи як одноосібним органом управління, оскільки його дії слід розглядати як діяльність самої юридичної особи.

1. *Ильинская И.М. Судебное представительство в гражданском процессе / Ильинская И.М., Лесницкая А.Ф. – М., 1964. – 240 с.*
2. *Курс цивільного процесу: підручник / В.В. Комаров, В. А. Бігун, В. В. Баранкова та ін.; за ред. В. В. Комарова. – Х.: Право, 2011. – 1352 с.*
3. *Чечот Д.М. Участники гражданского процесса / Чечот Д.М. – М., 1960. – 190 с.*
4. *Сидоров Р.А. Представительство в гражданском процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.15 / Роман Анатольевич Сидоров.*

– Тверь, 2003. – 28 с. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http: //lawtheses.com/

5. Алехина С.А. Участие Российской Федерации, субъектов РФ, муниципальных образований в гражданском процессе: автореф. дис.... канд. юрид. наук / Алехина Светлана Алексеевна. – М., 2001. – 25 с.

6. Табак И.А. Новые положения судебного представительства в гражданском судопроизводстве: дис. ... канд. юр. наук: 12.00.15 / Ирина Александровна Табак. – Саратов, 2006. – 30 с.

7. Немеш П.Ф. Розмежування законного представництва та інших видів представництва у цивільному процесі, що не пов'язані з видачею довіреності / П.Ф. Немеш // Адвокат. – № 7 (130). – 2011. – С. 23-25.

8. Цивільне право України [Текст]: підручник / за заг. ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – Т. 1. – С. 111-116.

9. Выговская Н. Гражданско-правовое представительство от имени юридического лица / Н. Выговская, И. Булгаков // Корпоративный юрист. – 2010. – № 3. – С. 31–34.

10. Осокина Г.Л. Курс гражданского судопроизводства России. Общая часть: Учебное пособие. – Томск: Изд-во Том. ун-та, 2002. – 616 с.

11. Гражданський процесуальний кодекс Республики Беларусь от 10.12.1998 г. // [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://pravo.by/

12. Павлуник І.А. Представництво в цивільному процесі: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Павлуник Ігор Анатолійович. – К., 2002. – 199 с.

13. Розенберг Я.А. Представительство в советском гражданском процессе / Розенберг Я.А. – Рига, 1974. – 132 с.

14. Абрамов С.Н. Советский гражданский процесс: Учебник для юридических школ / Абрамов С.Н. – М.: Госюриздат, 1952. – 420 с.

15. Чванкін С.А. Добровільне представництво у цивільному процесі України: дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Чванкін Сергій Анатолійович. – Одеська національна юридична академія. – О., 2005. – 226 с.

Русин О.Ю. Представництво юридичних осіб в цивільному процесі

В даній статті розглядаються питання щодо представництва юридичних осіб в суді як окремого різновиду судового представництва за особливостями підстав його виникнення. Під статутним представництвом слід розуміти вид судового представництва, яке в обов'язковому порядку виникає на підставі статуту чи інших установчих документів юридичної особи і передбачає ведення її справ в суді членом колегіального органу управління чи іншою посадовою особою.

Ключові слова: судове представництво, представник юридичної особи, статутне представництво.

Русын О.Ю. Представительство юридических лиц в гражданском процессе

В данной статье рассматриваются вопросы представительства юридических лиц в суде как отдельный вид судебного представительства исходя из особенностей оснований его возникновения. Под уставным представительством следует понимать вид судебного представительства, которое в обязательном порядке возникает на основании устава или других учредительных документов юридического лица и предусматривает ведение его дел в суде членом коллегиального органа управления или другим должностным лицом.

Ключевые слова: судебное представительства, представитель юридического лица, уставное представительство.

Rusyn O.Y. Representative office of legal entities in the civil procedure

Entities representation questions in court are considered in the given article as a variety of judicial representation. We mean a type of judicial representation under the statutory representation . It arises up on the basis of the regulations or a legal entity's other constitutional documents. In this case a member of collective organ of management or other public person represents interests of an organization in court. We should distinguish legal representation from an entity's activity of the governing body.

Keywords: judicial representation, representative of legal entity, regulation representation.

Сліпченко С.О.

ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ «ВІДЧУЖЕННЯ» У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

УДК 349.41

Незважаючи на те, що термін «відчуження» є широко вживаним у юридичній літературі та законодавстві[1], а окремі види відчуження неодноразово ставали предметом наукового дослідження [1, 2, 3, 4, 5], його поняття продовжують наповнювати різним змістом та визначають різні межі його застосування як у законодавстві, так і в теорії права.

Ураховуючи, що поняття цивільного обороту визначається як коло обставин, які здатні опосередковувати динаміку цивільних

1 Наприклад, у Цивільному кодексі України про відчуження прямо згадується більш ніж у 50-ти статтях, іще більша кількість норм опосередковано вказує на цей спосіб обороту.

правовідносин, то значення розуміння відчуження, яке, відповідно до ст. 178 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), є елементом цивільного обороту, важко переоцінити. Адже це дозволить установити межі застосування поняття як «відчуження», так і «цивільного обороту».

Метою даної статті є постановка деяких наукових проблем визначення поняття «відчуження», які потребують теоретичного вирішення. У межах роботи буде порушено лише питання меж застосування терміна «відчуження», зміст його поняття та об'єкт відчуження.

Як зазначається у юридичній літературі, слово «відчуження» означає, що дещо, яке було своїм, стає чужим. Відчужувати – значить перетворювати своє на чуже [2].

У цілому сприймаючи подібне розуміння наведених слів вважаємо, що воно потребує певного уточнення. У теорії права та чинному законодавстві слово «відчуження» може вживатися у трьох самостійних значеннях: як певний стан присвоєності (відчуженості) благ, як підстава виникнення стану відчуженості, як процес відчуження.

Розглядаючи стан присвоєності, Є. О. Суханов стверджує, що відчуження – це ставлення (відношення) осіб до певних об'єктів як до чужих, як до таких, що їм не належать [6, с. 7–8]. Погоджуючись з позицією вченого зазначимо, що у такому значенні слово «відчуження» часто використовується чинним цивільним законодавством України. Наприклад, у ч. 2 ст. 334 ЦК України мова йде про вже відчужене майно. Тим самим законодавець вказує на стан, коли об'єкт уже став чужим для особи, якій належав. У цивільному законодавстві зустрічаються випадки і більш прямої вказівки на стан відчуженості благ. Зокрема, ч. 2 ст. 332 ЦК України передбачає випадок, що коли особа самочинно переробила чужу річ, тобто ту, яка їй не належить, то вона є у стані відчуженості. Узагальнюючи вищенаведене, можна зазначити, що стан відчуженості об'єкта від суб'єкта може бути виражено вербально як «не моє», «не наше», «чуже», «їхнє» і т. п.

Що стосується відчуження як правової підстави, то воно являє собою коло юридичних фактів, з якими пов'язано припинен-

ня стану присвоєності та виникнення відчуженості об'єкта від суб'єкта. Інакше кажучи, це обставини реальної дійсності, які породжують стан відчуженості певного блага стосовно особи, якій воно належало. Наявність таких обставин означають зміну стану присвоєності, коли об'єкт «з мого», «нашого», «не вашого» переходить у стан «не мого», «не нашого», «чужого мені або нам». У такому значенні це слово (відчуження) також використовується чинним цивільним законодавством. Наприклад, у п. 1 ч. 1 ст. 346 ЦК України відчуження передбачено як підстава припинення права власності. У п. 4 ч. 1 ст. 453, п. 2 ч. 1 ст. 454, ч. 2 ст. 779 ЦК України це слово також використано у значенні юридичного факту.

Відчуження як процес відчуження – це сукупність послідовних дій, спрямованих на виникнення стану відчуженості. Очевидно, що завершення процесу відчуження вказує на появу відчуження-підстави, що тягне за собою зміну стану присвоєності, робить об'єкт чужим для особи, якій він належав. У такому значенні слово «відчуження», наприклад, використано в абз. 2 ч. 3 ст. 166, ч. 2 ст. 348, ст. 350 ЦК України.

Не викликає сумнівів, що наведені значення відчуження взаємопов'язані між собою та кожне попереднє є передумовою виникнення наступного. Наприклад, належне завершення процесу відчуження вказує на появу підстави, яка породжує стан відчуженості об'єкта, тобто стан, коли благо стає чужим для його попереднього володільця. Разом з тим, їх ототожнення було б помилковим. Мова має йти не про різні функції єдиного явища (відчуження), а про різні явища, що поєднані одним терміном, але не збігаються за змістом.

Відчуженню як процесу завжди властива певна процедура, тобто встановлений набір, спосіб і порядок здійснення певних дій, їх оформлення та коло учасників. Так, наприклад, «Порядок відчуження об'єктів державної власності», затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 6 червня 2007 р. № 803, передбачає наступну процедуру: підготовка та подання пропозиції стосовно відчуження майна, опрацювання цих документів, при-

йняття рішення про надання згоди та погодження на відчуження майна, визначення способу та умов проведення відчуження, проведення заходів щодо визначення потенційних покупців, порядок та спосіб фіксації учасників аукціону, підготовка та проведення продажу майна на аукціоні, укладення договору з організатором аукціону, погодження протоколу аукціону, оголошення переможця тощо. Порядок також визначає строки та учасників вчинення тих чи інших дій процесу відчуження об'єктів державної власності. При цьому, розглядаючи процес відчуження державного майна, І. А. Селіванова наголошує на тому, що порядок відчуження Фондом державного майна України значно відрізняється від порядку, коли таке відчуження здійснюється господарюючими суб'єктами, яким майно передано власником на різних правових режимах [5]. У свою чергу, зовсім інша процедура відчуження передбачена ст. 334 ЦК України. Вона відрізняється не тільки суб'єктним складом, а й способами, порядком здійснення певних дій (методикою).

Залежно від установленої процедури, учасниками процесу відчуження можуть бути особи як приватного, так і публічного права, як юридично рівні суб'єкти, так і ті, що перебувають між собою у владному підпорядкуванні. Відповідно, порядок може бути приватноправовим або публічно-правовим, а дії носити характер як адміністративних актів, так і правочинів або їх сукупності [3; 7, с. 73–74]. Саме відповідність установленій процедурі, суб'єктному складу, послідовності певних дій, їх повноті, способу вчинення та фіксації, передбаченим строкам і термінам і є критерієм оцінки процесу відчуження. Його належне завершення свідчить про виникнення підстави відчуження, яка завжди породжує цивільно-правові наслідки. І навпаки. Відсутність або дефект будь-якого з елементів процедури відчуження вказує на відсутність або дефект відчуження-підстави. Тобто процес відчуження розпочався, але підстави відчуження не виникло, а отже, стан присвоєності не змінився.

Залежно від виду, підстави можна поділити на юридичні факти та юридичний склад. Вони є передумовами виникнення стану

відчуження та вказують на момент виникнення цього стану. Очевидно, що відчуження, як правова підстава, має свої характеристики, відмінні від процесу відчуження, та являє собою обставину (обставини) реальної дійсності, яка відбулася у часі.

Таким чином, розмежування змісту кожного з понять, що позначені терміном «відчуження», має не тільки теоретичне, а й практичне значення. Воно дозволяє не лише характеризувати та оцінювати кожне з правових явищ за допомогою ознак, характерних тільки йому, а й визначити межі застосування поняття цивільного обороту, в якому відчуження розглядається як один із його елементів. Так, розпочатий, але не завершений процес відчуження або здійснений з певними вадами, не може розглядатися як цивільний оборот. У такому випадку стверджувати, що об'єкт був у цивільному обороті, було б помилковим. Наявність такого юридичного факту як відчуження вказує на динаміку цивільних відносин. Стан відчуженості свідчить про статику цивільних відносин і зазвичай оформлюється за допомогою абсолютних прав.

Наведене вказує на необхідність більш глибокого дослідження кожного з явищ, які позначені терміном «відчуження» (стан, підстава, процес), виявлення ознак, характерних для кожного з них, що дозволить визначити межі застосування поняття «відчуження» як стану відчуженості, як підстави відчуження, як процесу відчуження.

Потребує більш детального дослідження і розуміння змісту поняття «відчуження» як певного стану, коли об'єкт цивільного права стає чужим для особи, якій він належав. На таку необхідність вказує результат використання «золотого правила тлумачення» [8, с. 255]. Його застосування дозволяє отримати два варіанти розуміння змісту поняття «відчуження» як певного стану.

Зважаючи на те, що слово «відчуження» є похідним від слова «чужий», то саме через розуміння останнього є можливість визначити поняття першого та проілюструвати варіанти розуміння змісту поняття «відчуження».

Тлумачні словники розкривають значення слова «чужий», як належний кому-небудь іншому, не власний, не свій [9]; не мій,

сторонній, власність іншого [10]. У свою чергу, вирази «не свій», «не мій» – вказують на те, що блага не належать собі (мені), не мають відношення до себе (мене) [11]. Незважаючи на те, що тлумачення, подане у словниках, спрямоване на цілісне розуміння слова «чужий», детальний аналіз його поняття дозволяє зробити два різні висновки.

Перший висновок. Якщо виходити з того, що чужий – це значить належний кому-небудь іншому, є власністю іншого, то необхідно визнати, що відчуження, як правова підстава, породжує стан, коли об'єкт цивільного права перестає належати, бути власним, своїм для однієї особи (декількох осіб) та одночасно стає належним іншій особі (особам), своїм, власним для останньої (останніх). Саме так пропонується розуміти відчуження і деякими вченими-цивілістами. Так, В. А. Бєлов зазначає, що відчуження є актом розпорядження суб'єктивним правом, метою та результатом якого є зміна його носія [12, с. 74]. А. О. Рибалов також стверджує, що відчужувач здійснює дії, які приводять до переносу права [13, с. 87]. Подібної думки дотримуються й інші дослідники [6, с. 7; 14, с. 18; 15, с. 11; 16, с. 14–15].

Таким чином, відповідно до наведеної точки зору, вербальний вираз стану відчуженості об'єкта цивільного права повинен набувати наступного вигляду: об'єкт належить не мені (не нам), а іншим особам, є для когось своїм, для мене – чужим. Подібним чином потрібно будувати вербальний вираз і підстав відчуження. Наприклад, відчуження – це обставина реальної дійсності (сукупність обставин реальної дійсності), з якою (якими) норми права пов'язують зміну стану присвоєності на відчуженість для одних осіб і стану відчуженості на присвоєність для інших, стосовно одного й того самого об'єкта.

Подібне застосування поняття відчуження (перенесення права від однієї особи до іншої, зміна носія права) можна спостерігати і в нормах цивільного законодавства України. Саме у такому значенні законодавець використовує термін «відчуження», наприклад, в абз. 2 ч. 3 ст. 166, ч. 2 ст. 334, ч. 6 ст. 351, ч. 3 ст. 413, абз. 2 ч. 2 ст. 735, ч. 1 ст. 832 ЦК України, ст. 1 Закону України «Про приватизацію державного майна» [17] тощо.

Другий висновок. Якщо виходити з того, що чужий – це значить: не власний, не свій, не мій, сторонній, що не належить собі (мені), не має відношення до себе (мене), то у такому випадку відчуження, як юридичний факт, породжує, на відміну від першого висновку, два можливі види стану відчуженості:

1) коли об'єкт цивільного права перестає належати, бути власним, своїм для однієї особи та водночас стає належним іншій особі, своїм, власним для останньої;

2) коли об'єкт цивільного права стає чужим для відчужувача, але при цьому ніким не присвоюється. Виникає об'єкт, який нікому не належить (наприклад, нічийна річ). У цьому випадку він також є не власним, не своїм, стороннім для відчужувача, не має відношення до нього, не належить йому.

Оскільки випадки використання законодавцем терміну «відчуження» для позначення перенесення стану присвоєності від однієї особи до іншої було проілюстровано на підтвердження першого висновку, де даний вид є єдино можливим, то зупинимося лише на пошуку законодавчого підтвердження другого виду стану відчуженості другого висновку.

У Податковому кодексі України [18] сформульовано поняття відчуження майна, як будь-які дії, унаслідок вчинення яких особа в порядку, передбаченому законом, втрачає право власності на майно, що належить їй, або право користування, зокрема, природними ресурсами, що у визначеному законодавством порядку були їй надані у користування (п. 14.1.31 ст. 14 Кодексу). Аналіз наведених норм дозволяє звернути увагу на те, що законодавець вказує лише на припинення стану присвоєності (втрачає право власності або право користування) для певної особи. Але зовсім не наголошує на перенесенні (виникненні) цього стану на іншого суб'єкта, про зміну його носія. Очевидно, що подібне визначення дозволяє розглядати як відчуження не тільки правочини, спрямовані на перехід стану присвоєності, а й випадки відмови від свого права (ч. 3 ст. 12 ЦК України), відмови власника від права власності (п. 2 ч. 1 ст. 346 ЦК України), адже об'єкт (право) також стає не власним, не своїм, не моїм, а значить – чужим.

Опосередковане підтвердження того, що законодавець розглядає відчуження і як відмову від права на об'єкт, можна виявити також в інших нормах цивільного законодавства України. Так, наприклад, у ч. 3 ст. 413 ЦК України встановлюється заборона на відчуження права користування земельною ділянкою державної або комунальної власності, наданою для забудови, та винятки дії цієї заборони. При цьому законодавець уточнює, яке саме відчуження мається на увазі – це відчуження іншим особам. Критичний аналіз змісту наведеної норми дозволяє зробити наступний висновок.

Якщо відчуження – це завжди перенесення стану присвоєності об'єкта права від однієї особи до іншої, зміна носія права, то уточнення «іншим особам» є зайвим. Це стає очевидним, якщо на місце терміна «відчуження» помістити його поняття[2]. Тоді вираз «право користування земельною ділянкою … не може бути відчужено … іншим особам…» набуває наступного вигляду: «право користування земельною ділянкою … не може бути перенесено (надано) однією особою іншим особам… іншим особам…». Виникає певна тавтологія, повторення, логічна помилка, яку потрібно усунути.

Якщо ж у змісті норми помилки немає, то вираз «відчужено іншим особам» вказує на один із двох видів відчуження. Один – це адресне відчуження, при якому об'єкт стає чужим для особи, від якої він відчужується, але обов'язково стає чиїм-небудь, кому-небудь своїм. Другий – це відчуження, при якому об'єкт стає чужим для особи, від якої він відчужується, але не стає своїм для кого-небудь іншого. Тобто виникає нічийне благо. Подібні уточнення містяться у ч. 6 ст. 351, ч. 3 ст. 407 ЦК України.

До розуміння відмови від об'єкта (прав на нього), як виду відчуження, приходимо і в результаті застосування телеологічного методу тлумачення ч. 2 ст. 47 ЦК України. Наведена норма спрямована на охорону найбільш значущих інтересів особи, яка була оголошена померлою. Поставлена мета досягається шляхом заборони спадкоємцям відчужувати протягом п'яти років неру-

2 Зміст поняття «відчуження», для його візуалізації, за текстом виділимо курсивом.

хоме майно, що перейшло до них у зв'язку з відкриттям спадщини. Очевидно, що встановлена заборона відчуження нерухомого майна повинна охоплювати не тільки перенесення стану присвоєності цих об'єктів, а й відмову від них. Адже у разі відмови спадкоємців від права власності на таке майно (ч. 3 ст. 347 ЦК України), наприклад, через рік після його виникнення, може ускладнитися повернення цього майна у натурі (ч. 2 ст. 335, ч. 4 ст. 48 ЦК України) або взагалі зашкодити інтересам особи, яка була оголошена померлою, але з'явилася упродовж 5 років після такого оголошення.

На думку про існування такого стану відчуження, коли об'єкт цивільного права стає чужим для особи, якій він належав, але при цьому ніким не присвоюється, хай навіть і нетривалий час, наштовхує й зміст ст. 353 ЦК України. Аналіз наведеної норми дає можливість визначити поняття реквізиції, як примусового відчуження майна, що здійснюється за обставин, з метою, на підставах, у порядку та за умов, установлених (передбачених) законом. Підводячи шляхом логічного спрощення це поняття під більш абстрактне, можна зробити умовивід, що реквізиція – це відчуження.

Відповідно до ч. 3 ст. 353 ЦК України, реквізоване майно переходить у власність держави або знищується. Застосовуючи до ч. 3 ст. 353 ЦК України правило логічного перетворення, можна сформулювати представлену норму таким чином: «Майно, яке вже реквізовано (відчужено), надалі або переходить у власність держави, або знищується». Аналіз її змісту дозволяє стверджувати, що майно спочатку відчужується, тобто стає чужим для особи, у якої воно реквізується, втрачає стан присвоєності з боку кого б то не було, а вже потім реквізоване майно або присвоюється державою (переходить у власність держави), або знищується без присвоєння. Висловлюючись іншими словами, ст. 353 ЦК України передбачає, що в результаті реквізиції майно спочатку стає нічиїм, а вже потім переходить у власність держави або у стані нічийного знищується. Таким чином, за допомогою використаної у ст. 353 ЦК України мовної форми, законодавець дає всі підстави

дійти висновку, що відчуження – це не завжди адресна зміна стану присвоєності блага.

Незважаючи на зовнішню схожість розуміння змісту поняття «відчуження» як певного стану, коли об'єкт цивільного права стає чужим для особи, якій він належав, між наведеними двома висновками існує істотна відмінність. Так, якщо відчуження розуміється лише як факт перенесення стану присвоєності від однієї особи до іншої, то цей спосіб цивільного обороту (відчуження) повинен охоплювати лише правозмінюючі юридичні факти. Відмова ж від права та позбавлення права без перенесення його на іншу особу, не є відчуженням та не входить до поняття цивільного обороту. У свою чергу, заборона та обмеження на відчуження благ не поширюється на можливість відмовитись від стану їх присвоєності або бути позбавленим цього стану без перенесення його на інших осіб.

Якщо ж це не лише факт перенесення стану присвоєності об'єкта від однієї особи до іншої, а й припинення стану присвоєності без перенесення, то зміна стану «мій, свій» на «не мій, але нічий», а в подальшому «нічий» на «чий-небудь» також є оборотом. Тоді заборона та обмеження на відчуження майна повинна поширюватися на можливість відмовитись від стану його присвоєності або бути позбавленим його без перенесення на інших осіб, а відчуження, як правова підстава зміни стану присвоєності, повинно охоплювати не лише правозмінюючі юридичні факти, а й деякі правоприпиняючі та правопороджуючі.

Отже, встановлення змісту поняття «відчуження» як певного стану, коли об'єкт цивільного права стає чужим для особи, якій він належав, дозволить у подальшому визначитися з межами застосування поняття «цивільний оборот», видами такого способу цивільного обороту, як відчуження, розуміння примусового відчуження тощо.

Потребує визначення те, що підлягає відчуженню (об'єкт відчуження).

Аналіз юридичної літератури дозволяє виділити декілька підходів щодо того, що саме підлягає відчуженню. Так, В. В. Байбак

вважає, що здатність тих чи інших явищ бути об'єктами обороту, а значить і відчуження, нерідко вважається ознакою того, що вони виступають і об'єктами суб'єктивних прав [19, с. 21]. Тобто автор розглядає блага об'єктом відчуження. Подібний підхід висловлював також О. В. Куций [20]. Причому таку позицію можна умовно розділити на два її підвиди. Представники першого стверджують, що відчуженню підлягають тільки речі [7, с. 8]. Прибічники другого підвиду вважають, що відчужуватися можуть і деякі інші блага [21, с. 42]. У свою чергу, В. А. Бєлов стверджує, що відчуженню підлягають не об'єкти цивільних відносин, а суб'єктивні права на них [12, с. 74–75]. Подібної думки дотримуються й А. О. Рибалов [13, с. 78] та Ю. Є. Туктаров [22, с. 19–37]. Ці автори розглядають суб'єктивні права як елемент змісту правовідносин. Наведене вказує на те, що в теорії права об'єкт відчуження є спірною категорією.

Аналіз ст. 178 ЦК України дозволяє дійти висновку, що відчуженню підлягають саме об'єкти цивільних прав. Підтвердження цьому зустрічається і в інших нормах ЦК України. Так наприклад, у ст. 47, 321, 334, п. 6 ч. 346, 350 ЦК України йдеться про відчуження речей або сукупностей речей; у ст. 98 ЦК України – про майно, яке окрім речей може включати гроші, цінні папери (ст. 115, 576 ЦК України) тощо. Стосовно об'єктів законодавець використовує термін «відчуження» й у ст. 1 Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду» [23] та ст. 1 Закону України «Про приватизацію державного майна» [17].

Разом з тим, у цивільному законодавстві зазначається, що відчуженню підлягають і права. Це можуть бути, наприклад, майнові права чи інші відчужувані права, що мають грошову оцінку (ч. 2 ст. 115 ЦК України), частка у статутному (складеному) капіталі товариства, цінні папери, що засвідчують участь у товаристві, у порядку, встановленому законом (п. 4 ч. 1 ст. 116 ЦК України), такі речові права, як емфітевзис (ч. 2 ст. 407, 411 ЦК України), суперфіцій (ч. 2 ст. 413 ЦК України). Більше того, у ч. 4 ст. 423 ЦК України йдеться про відчуження особистих немайнових прав інтелектуальної власності, якщо такі випадки встановлені законом.

Така невизначеність ускладнює не тільки встановлення меж застосування поняття «відчуження», а й обсягу поняття «цивільний оборот». Адже якщо відчуженню підлягають права, то саме вони і є об'єктом цивільного обороту. Тоді стає незрозумілим значення ст. 178 ЦК України, яка встановлює види оборотоздатності об'єктів. Якщо поняття «відчуження» може застосовуватися і до об'єктів, і до прав на них, то яке з них стосується цивільного обороту, як вони між собою співвідносяться, чи може існувати відчуження прав без відчуження об'єктів і навпаки?

Таким чином, термін «відчуження» має досить широке використання, що ускладнює не тільки визначення його поняття, а й розуміння цивільного обороту як правового явища, визначення об'єктів, обмежених в обороті, вилучених з обороту, та тих, що перебувають у вільному обороті, визначення меж застосування поняття відчуження як способу цивільного обороту, та його відмінність від інших суміжних понять тощо. Наведене вказує на необхідність проведення подальших наукових досліджень поняття «відчуження».

1. Халбаева Т. Н. Сделки по отчуждению жилых помещений : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Т.Н. Халбаева. – Саратов, 2005. – 210 с.

2. Белов В. А. Отчуждение и приобретение по российскому Гражданскому кодексу [Електронний ресурс] / В. А. Белов // Законодательство. – 2006. – № 7. – Режим доступу : http://www.center-bereg.ru/316.html.

3. Пейчев К. П. Правове регулювання відчуження земельних ділянок : моногр. / К. П. Пейчев. – Х. : ХНУ імені В. Н. Каразіна, 2007. – 124 с.

4. Макарчук Н. В. Административно-правовое регулирование порядка принудительного отчуждения имущества для государственных и муниципальных нужд в Российской Федерации [Електронний ресурс] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.14 / Н. В. Макарчук. – М., 2007. – Режим доступу : http://www.mosgu.ru/nauchnaya/publications/2007/abstract/Makarchuk_NV/.

5. Селіванова І. Приватизація і відчуження державного майна: співвідношення понять [Електронний ресурс] / Ірина Селіванова // Право України. – 2009. – № 6. – Режим доступу : http://www.ilf-ua.com/ua/publications/articles/pryvatyzaciya_ta_vidchuzhennya_derzhmajna/.

6. Суханов Е. А. Лекции о праве собственности / Е. А. Суханов. –М. : Юридическая литература, 1991. – 240 с.

7. *Єлісєєва О. В. Цивільно-правові договори як підстави виникнення права приватної власності громадян : 12.00.06 : дис. ... канд. юрид. наук / О. В. Єлісєєва. – К., – 2006. – 240 с.*
8. *Черданцев А. Ф. Толкование права и договора : учеб. пособие для вузов / А. Ф. Черданцев. – М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2003. – 381 с.*
9. *Словник української мови. Академічний тлумачний словник (1970—1980) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://sum.in.ua/s/chuzhyj.*
10. *Толковый словарь живого великоруського языка Владимира Даля [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://slovari.yandex.ua/~%D0%BA%D0%BD%D0%B8%D0%B3%D0%B8/%D0%A2%D0%BE%D0%BB%D0%BA%D0%BE%D0%B2%D1%8B%D0%B9%20%D1%81%D0%BB%D0%BE%D0%B2%D0%B0%D1%80%D1%8C%20%D0%94%D0%B0%D0%BB%D1%8F/%D0%A7%D0%A3%D0%96%D0%9E%D0%99/.*
11. *Большой толковый словарь [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://tolkslovar.ru/s2730.html.*
12. *Белов В. А. Объект субъективного гражданского права, объект гражданского правоотношения и объект гражданского оборота: содержание и соотношение понятий / В. А. Белов // Объекты гражданского оборота : сб. ст. ; отв. ред. М. А. Рожкова. – М. : Статут, 2007. –С. 6 – 77.*
13. *Рыбалов А. О. Экономические блага и гражданский оборот / А. О. Белов // Объекты гражданского оборота : сб. ст. ; отв. ред. М. А. Рожкова. – М. : Статут, 2007. – С. 78 – 94.*
14. *Мамалуй А. П. К вопросу о внутренней структуре категории собственности / А. П. Мамалуй, А. А. Гриценко // Изв. АН СССР. Сер. экон.- 1978. – №1.– С.16–20.*
15. *Николайчук Л. М. Цивільно-правові договори як підстави виникнення права приватної власності громадян : 12.00.02 : дис. ... канд. юрид. наук / Л. М. Николайчук. – Івано-Франківськ, – 2004. – 188 с.*
16. *Астахова М. А. Оборот прав на результаты интеллектуальной деятельности : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / М. А. Астахова. – Екатеринбург. – СПб., 2007. – 23 с.*
17. *Про приватизацію державного майна : Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1992. – № 24. – Ст. 348.*
18. *Податковий кодекс України : Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВРУ). – 2011. – № 13–14, № 15–16, № 17. – Ст. 112.*
19. *Байбак В. В. Обязательственное требование как объект гражданского оборота / В. В. Байбак. – М. : Статут, 2005. – 222 с.*

20. *Куций О. В. Щодо проблеми обмеження цивільного обороту речей [Електронний ресурс] / О. В. Куций // Актуальні проблеми держави і права . – 2012. – Вип. 66. – С. 166–171. – Режим доступу : http://apdp.in.ua/v66/25.pdf.*
21. *Калаур І. Р. Цивільно–правовий договір як підстава виникнення права власності юридичної особи : 12.00.02 : дис. … канд. юрид. наук : / І. Р. Калаур. – Івано-Франківськ, – 2004. – 198 с.*
22. *Туктаров Ю. Е. Абстрактная модель передачи права собственности на движимые вещи / Ю. Е. Туктаров // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – М., 2006. – № 8. – С. 19–37.*
23. *Про приватизацію державного житлового фонду : Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1992. – № 36. – Ст. 524.*

Сліпченко С. О. Проблеми визначення поняття «відчуження» у цивільному праві

Метою даної статті є постановка деяких наукових проблем визначення поняття відчуження, які потребують теоретичного вирішення.

В результаті дослідження автор доходить висновку, що широке використання терміну «відчуження» ускладнює не тільки визначення його поняття, а й розуміння цивільного обороту як правового явища, визначення об'єктів, обмежених в обороті, вилучених з обороту та тих, що перебувають у вільному обороті, визначення меж застосування поняття «відчуження» як способу цивільного обороту, та його відмінність від інших суміжних понять тощо. Наведене вказує на необхідність проведення подальших наукових досліджень поняття «відчуження».

Ключові слова: відчуження, цивільний оборот

Слипченко С. А. Проблемы определения понятия «отчуждение» в гражданском праве

Целью данной статьи является постановка некоторых научных проблем определения понятия отчуждения, которые требуют теоретического решения.

В результате исследования автор приходит к выводу, что широкое использование термина «отчуждение» усложняет не только определение его понятия, но и понимание гражданского оборота, как правового явления, определение объектов ограниченных в обороте, изъятых из оборота и находящихся в свободном обороте, определение границ применения понятия отчуждения, как способа гражданского оборота и его отличие от других смежных понятий и тому подобное. Приведенное указывает на необходимость проведения дальнейших научных исследований понятие «отчуждения».

Ключевые слова: отчуждение, гражданский оборот

Slipchenko S. A. Problems definition of «alienation» in civil law

The purpose of this article is setting some scientific problems definition of alienation that require theoretical solution.

The study author concludes that the term «alienation» can be used in three distinct ways: as a condition alienation benefits (objects) as the basis of their state of alienation, as a process of alienation. Their identification would be a mistake. We should not talk about the different functions of a single phenomenon (exclusion), and the various phenomena that combined one term, but are not identical in content.

Found that require more detailed study and understanding of the meaning of «alienation» as a certain state, when the subject of civil law is alien to the person to whom it belonged. Indicates a need to use the result of «the golden rule of interpretation». Its application allows you to put two questions. It is always targeted alienation in which the object is alien to the person from whom he is alienated, but is sure to anybody who ever own, or it implies the exclusion, in which the object is alien to the person from whom he alienated, but not getting their for someone else. That is, there may be good that as a result of alienation belongs to no one?

Essential to define the subject of alienation. Revealed that in the legal literature, current legislation, the objects are treated as objects exclusion of civil rights and the rights to them. These two views are not only opposed but also among the supporters of each of them there is no unity.

This broad use of the term «alienation» is not only difficult to determine its concept and understanding and civilian traffic, as a legal phenomenon, Object limited in circulation, withdrawn from circulation and those in free circulation, defining the boundaries of the concept of alienation, as a way to civilian traffic and it differs from other related concepts like. The above points to the need for further research concept of «alienation».

Keywords: alienation, civil turnover

Шищак-Качак О.О.

ОСОБЛИВОСТІ ТА ПРАКТИЧНА ЦІННІСТЬ ПРАВОВИХ ПОЗИЦІЙ ВЕРХОВНОГО СУДУ УКРАЇНИ В ПРОЦЕСІ РЕГУЛЮВАННЯ СІМЕЙНИХ ВІДНОСИН

УДК 347.993 (477)

Постановка проблеми. Як відомо, правотворча функція судової влади тісно поєднана з правозастосовною та інтерпретаційною [1, с. 547]. Результати інтелектуально-вольової діяльності суду закріплюються в його правових позиціях. Сьогодні найбільш поширеними та затребуваними в практиці правозастосування є правові позиції вищих судових інстанцій, які виникають в процесі здійснення судочинства та управлінської (адміністративної) діяльності суду.

Проте, на законодавчому рівні відсутній механізм ефективного застосування та реалізації правових позицій суду в процесі регулювання сімейних відносин. Це зумовлено насамперед тим, що судова практика офіційно не визнана джерелом права. Тому питання дослідження особливостей правових позицій Верховного Суду України (далі - ВСУ) є актуальним та викликає значний науковий інтерес.

Ступінь наукової розробки. Дослідження правових позицій суду та судової практики в цілому у різний час здійснювали як представники теорії права, так і окремих галузевих юридичних наук. Це, зокрема, такі вчені як С. В. Васильєв (“Джерела цивільного процесуального права”), М. В. Мазур (“Акти органів судової влади як джерело конституційного права України”), Д. Ю. Хорошковська (“Роль судової практики в системі джерел права України: теоретико-правове дослідження”), С. В. Шевчук (“Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні”) тощо [2; 3; 4; 1].

Але в українській сімейно-правовій думці поки що відсутні комплексні теоретичні дослідження особливостей правових позицій ВСУ.

Мета статті полягає у дослідженні особливостей правових позицій суду та їх практичне значення в процесі регулювання сімейних відносин.

Основний матеріал. Правові позиції суду виникають в результаті інтелектуально-вольової діяльності суду щодо тлумачення змісту норм права та заповненні прогалин у чинному законодавстві [5, с.478]. Вони містять правові приписи щодо правильного розуміння змісту норм, а також правові принципи та інші положення, сформульовані на підставі тлумачення й покладені в основу вирішення питання [3, с. 7].

Правовим позиціям суду притаманні ряд особливостей, завдяки яким судова правотворчість і судова практика в цілому набуває рис джерела права.

Насамперед, це наявність елементів нормативної новизни. Для прикладу наведемо правові позиції ВСУ з приводу майна

осіб, які перебувають у фактичних шлюбних відносинах. Як зазначено в постанові ВСУ від 20 лютого 2012 року по справі №6-97цс11, встановлені ч.2 ст. 3 СК України виключення, згідно з якими подружжя вважається сім'єю і тоді, коли дружина та чоловік у зв'язку з навчанням, роботою, лікуванням, необхідністю догляду за батьками, дітьми та з інших поважних причин не проживають спільно, стосуються офіційно зареєстрованих шлюбів. Якщо особи, перебуваючи у фактичних шлюбних відносинах постійно не проживали разом, навіть із поважних причин й за наявності спільної часткової власності, листування, відвідин одне одного тощо, дія ст. 74 СК України з приводу майна, набутого ними за час спільного проживання як спільної сумісної власності, якщо інше не встановлено письмовим договором між ними, на них не поширюється [6].

При цьому правові позиції суду не суперечать чинному законодавству. Адже у ст. 74 СК України зазначено, що якщо жінка та чоловік проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі, майно, набуте ними за час спільного проживання, належить їм на праві спільної сумісної власності, якщо інше не встановлено письмовим договором між ними. На майно, що є об'єктом права спільної сумісної власності жінки та чоловіка, які не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі, поширюються положення глави 8 цього Кодексу [7].

Структура правових позицій суду не містить таких традиційних елементів, як гіпотеза, диспозиція і санкція. Це зумовлено тим, що процес конкретизації правової норми пов'язаний із розвитком її окремих структурних елементів [8, с.16].

Більшість правових позицій ВСУ мають комплексний характер. Він проявляється в тому, що в процесі тлумачення та судової правотворчості застосовуються норми інших галузей права (цивільного, трудового, кримінального тощо).

Виникнення правових позицій в процесі правозастосування й вирішення завдань правосуддя, зумовило появу таких ознак, як прогресивність, оперативність реагування на потреби суспільства, зміни в розвитку сімейних відносин [9, с.135].

Так, наприклад, завдяки уточненню та доповненню постанови Пленуму ВСУ №16 від 12.06.1998 "Про застосування судами деяких норм Кодексу про шлюб та сім'ю України" змісту ст. 32 КпШС щодо обов'язків подружжя по взаємному утриманню, правом на стягнення аліментів були наділені і чоловіки, яким надано відпустку по догляду за дитиною або будь-хто з батьків, який у зв'язку з доглядом за спільною дитиною-інвалідом віком до вісімнадцяти років, спільною дитиною-інвалідом першої групи з дитинства був вимушений залишити роботу і не працює й потребує матеріальної допомоги (абз. 1 п. 21) [10; 11].

В подальшому, при розробці СК України, вищезазначене доповнення ВСУ було закріплено в ст. ст. 86, 87 (право чоловіка на утримання у разі проживання з ним дитини та право на утримання того з подружжя, з ким проживає дитина-інвалід) [7].

Відповідно, судова практика здійснювала і здійснює вплив на розвиток сімейного законодавства.

Однак, сьогодні в практиці тлумачення вищими судовими інстанціями норм права існує проблема з приводу повного та чіткого обґрунтування правових позицій суду. Це, в свою чергу, призводить до появи неоднозначних й суперечливих судових рішень, які негативно впливають на процеси становлення єдиної, стабільної судової практики та довіри суспільства до судової системи загалом.

Така ситуація свого часу виникла з приводу тлумачення ст. 61 СК України щодо об'єктів спільної сумісної власності подружжя ВСУ та Конституційним Судом України (далі - КСУ).

Проаналізуємо це питання детальніше.

Відповідно до п. 28 постанови Пленуму ВСУ №11 від 21.12.2007 "Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя" №11 (далі Постанови №11), вклад до статутного фонду господарського товариства не є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя. До такого висновку суд приходить посилаючись на ст. 12 Закону України "Про господарські товариства", в якій закріплено

правило про те, що "…власником майна, переданого йому засновниками і учасниками, є саме товариство" [12].

Логічно виникає питання з приводу правових наслідків передання майна, яке перебуває у спільній сумісній власності подружжя до статутного фонду господарського товариства. Оскільки, відповідно до ст. 60 СК України, кожна річ (майно), набута за час шлюбу є об'єктом спільної сумісної власності подружжя [7]. На жаль, чіткої й однозначної відповіді на поставлене питання у Постанові №11 немає.

У абз. 2 п. 28 постанови йде мова про те, що " виходячи зі змісту частин 2, 3 ст. 61 СК, якщо вклад до статутного фонду господарського товариства зроблено за рахунок спільного майна подружжя, в інтересах сім'ї, той з подружжя, хто не є учасником товариства, має право на поділ одержаних доходів. У разі використання одним із подружжя спільних коштів усупереч ст. 65 СК інший з подружжя має право на компенсацію вартості його частки" [12].

Так, позиція суду з приводу того, що не може бути власником на один і той же об'єкт і господарське товариство, і подружжя є правильною. Оскільки, це негативно впливатиме на здійснення господарської діяльності.

Однак, доцільно було б п. 28 Постанови доповнити положенням про права чоловіка (дружини) на компенсацію вартості внесеного майна, або отримання доходів господарського товариства.

Наступне положення постанови (п. 29) закріплює правило про те, що відповідно до положень статей 57, 61 СК, 52 ЦК, майно приватного підприємства чи фізичної особи-підприємця не є об'єктом спільної сумісної власності подружжя. Інший з подружжя має право тільки на частку одержаних доходів від цієї діяльності [12].

При цьому, в процесі тлумачення норм права, ВСУ не враховано положення ст. 60 та п. 2 ст. 62 СК (якщо один із подружжя своєю працею і (або) коштами брав участь в утриманні майна, належного другому з подружжя, в управлінні цим майном чи догляді за ним, то дохід (приплід, дивіденди), одержаний від цього

майна, у разі спору за рішенням суду може бути визнаний об'єктом права спільної сумісної власності подружжя) [7].

Отже, в результаті неоднозначного тлумачення ВСУ законодавчих положень виникла парадоксальна ситуація: потреба в додатковому роз'ясненні правових позицій суду. Окрім того, це зумовило появу різних за змістом та правовими наслідками судових рішень судів загальної юрисдикції. В зв'язку з чим КСУ здійснив офіційне тлумачення положень частини першої статті 61 СК України у справі за конституційним зверненням приватного підприємства "ІКІО" [13].

На думку КСУ, приватне підприємство (або його частина), засноване одним із подружжя, - це окремий об'єкт права спільної сумісної власності подружжя, до якого входять усі види майна, у тому числі вклад до статутного капіталу та майно, виділене з їх спільної сумісної власності.

В аспекті конституційного звернення положення частини першої статті 61 СК України треба розуміти так, що статутний капітал та майно приватного підприємства є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя [13].

Наявність у судовій практиці правових позицій вищих судових інстанцій, зміст яких є суперечливим, несе у собі серйозну проблему: дестабілізація судової практики та відсутність довіри населення до судової системи загалом. В результаті це не вирішує основного завдання: розроблення єдиного підходу до вирішення аналогічних судових справ. Відповідно, у практиці правозастосування виникає ситуація, коли внесення спільного майна подружжя до статутного фонду різних ЮО може породити різні правові наслідки. А це, як відомо, в правовому суспільстві є неприпустимим.

Таким чином, як доказує практика, судова правотворчість реально існує в судовій системі. Однак, на сьогодні вона потребує значного удосконалення з приводу обґрунтування правових позицій суду.

Для забезпечення стабільності судової практики важливим є також врахування судом правових позицій, винесених раніше, тобто послідовність у прийнятті рішень.

Про це, зокрема, зазначено у окремій думці судді КСУ В.М. Кампа стосовно рішення КСУ у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремого положення частини другої статті 211 СК України (справа про різницю у віці між усиновлювачем та дитиною). На його думку, КСУ при ухваленні рішення не врахував своїх попередніх правових позицій щодо питань вікових цензів та обмежень (принципів доцільності, співмірності встановлених вікових обмежень з метою, що їх обумовлює, а також врахування крім віку, суттєвих індивідуальних якостей особи): рішення від 18 квітня 2000 року N 5-рп/2000 (справа про віковий ценз); рішенні від 7 липня 2004 року N 14-рп/2004 (справа про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу); рішення від 16 жовтня 2007 року N 8-рп/2007 (справа про граничний вік перебування на державній службі та на службі в органах місцевого самоврядування) [14].

Пізніше, положення законодавства щодо встановлення максимального граничного віку між усиновлювачем та усиновленою дитиною не більше сорок п'ять років, яке було визнане конституційним, відповідно до рішення КСУ було скасоване Законом України "Про внесення змін до Сімейного кодексу України щодо усиновлення" від 9.09.2011 року. Однак, можливо, прийняття цього закону було не потрібно, якщо б КСУ ухвалюючи рішення дотримувався вимог щодо послідовності (врахування загальних принципів, закріплених в попередніх правових позиціях) та обґрунтованості своїх висновків [15].

Висновки. Таким чином, правові позиції суду відіграють важливу роль щодо врегулювання сімейних відносин.

Враховуючи результати дослідження особливостей правових позицій суду як на теоретичному, так і практичному рівнях, а також напрацювання вчених у цій сфері, спробуємо дати авторське

розуміння категорії правові позиції суду як об'єктивовану форму вираження і закріплення судового розсуду з елементами нормативної новизни, які виникають в процесі здійснення судочинства та адміністративної (управлінської) діяльності суду, задля правильного розуміння правових норм та однакового підходу до розгляду деяких категорій справ за умов законодавчої невизначеності.

1. *Шевчук С. Судова правотворчість : світовий досвід і перспективи в Україні / С. Шевчук. – К. : Реферат, 2007. – 640.*
2. *Васильєв С. В. Джерела цивільного процесуального права України : традиції й інновації : монографія / С. В. Васильєв. – Х. : Еспада, 2013. – 432 с.*
3. *Мазур М. В. Акти органів судової влади як джерело конституційного права України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 "Конституційне право; муніципальне право" / М. В. Мазур. – Х., 2004. – 20 с.*
4. *Хорошковська Д. Ю. Роль судової практики в системі джерел права України: теоретико-правове дослідження : дис. ...канд. юрид. наук : 12.00.01 / Дарина Юріївна Хорошковська. – К., 2006. – 194 с.*
5. *Популярна юридична енциклопедія [Текст] : енциклопедія / Кол. авт.: В.К. Гіжевський, В.В. Головченко ... В.С. Ковальський (кер.), та ін. - К. : Юрінком Інтер, 2002. - 528 с.*
6. *Постанова Верховного Суду України від 20.02.2012 року № 22207362 по справі №6-97цс11 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/22207362*
7. *Сімейний кодекс України від 10.01.2002 року № 2947-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. - № 21. – Ст. 135.*
8. *Судебная практика в советской правовой системе / [С. Н. Братусь, А. Б. Венгеров, И. Н. Кузнецов и др.] ; под. ред. С. Н. Братусь. – М. : Юридическая литература, 1975. – 328 с.*
9. *Романюк Я. М., Бейцун І. В. Правова природа обов'язковості рішень ВСУ та вдосконалення механізму забезпечення єдності судової практики / Я. М. Романюк, І. В. Бейцун // Право України. - 2012. - №11-12. – С. 122-136.*
10. *Про застосування судами деяких норм Кодексу про шлюб та сім'ю України : постанова Пленуму Верховного Суду України №16 від 12.06.1998 року [Електронний ресурс] . – Режим доступу : http://www.uazakon.com/document/spart70/inx70453.htm*

11. *Кодекс про шлюб та сім'ю України від 20.06.1969 р. № 2006-VII // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1969. - №26. – Ст. 204.*
12. *Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя : постанова Пленуму Верховного Суду України №11 від 21.12.2007 року [Електронний ресурс] . – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0011700-07*
13. *Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням приватного підприємства "ІКІО" щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 61 Сімейного кодексу України від 19. 09 вересня 2012 року №17-рп/2012 по справі № 1-8/2012 // Офіційний вісник України. – 2012. - №75. – Ст. 3038.*
14. *Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України окремого положення частини другої статті 211 СК України (справа про різницю у віці між усиновлювачем та дитиною) від 03.02.2009 року № 3-рп/2009 по справі № 1-4/2009 // Вісник Конституційного суду України. – 2009. - № 2. – Ст. 22.*
15. *Про внесення змін до Сімейного кодексу України щодо усиновлення : Закон України від 09.09.2011 року № 3738-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2012. - № 19-20. – Ст. 172.*

Шищак-Качак О. О. Особливості та практична цінність правових позицій Верховного Суду України в процесі регулювання сімейних відносин

Стаття присвячена дослідженню особливостей правових позицій Верховного Суду, їх вплив на формування сімейного законодавства та значення в процесі регулювання сімейних відносин. Здійснюється порівняння правових позицій судів щодо тлумачення об'єктів спільної власності подружжя.

Ключові слова: правові позиції суду, судова правотворчість, нормативна новизна, об'єкти спільної сумісної власності подружжя.

Шищак-Качак О. О. Особенности и практическая ценность правовых позиций Верховного Суда Украины в процессе регулирования семейных отношений

Статья посвящена исследованию особенностей правовых позиций Верховного Суда, их влияние на формирование семейного законодательства и значение в процессе регулирования семейных отношений. Осуществляется сравнение правовых позиций судов относительно толкования объектов общей совместной собственности супругов.

Ключевые слова: правовые позиции суда, судебное правотворчество, нормативная новизна, объекты общей совместной собственности супругов.

Shyschak-Kachak O. O. Features and practical value of the legal opinions of the Supreme Court of Ukraine in the regulation of family relations

The article investigates features of the legal positions of the Supreme Court, their impact on the family law and importance in the regulation of family relations. The author makes the comparison between the legal positions of the courts as to the interpretation of joint matrimonial property.

Keywords: legal opinions of the court, judicial law-making, regulatory novelty, joint matrimonial property.

Яворська І.М.

ПРАВОВІ ЗАСАДИ ГАРМОНІЗАЦІЇ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ З ПРАВОМ ЄС У СФЕРІ РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ТОВАРИСТВА

УДК 341.64

Постановка проблеми. Гармонізація законодавства України з правом ЄС у сфері регулювання діяльності компаній почалася з визнання цієї сфери однією з пріоритетних відповідно до Угоди про партнерство та співробітництво (надалі – УПС). Завданням гармонізації права компаній в рамках Європейського Союзу було забезпечення свободи створення компаній, їх переміщення, перетворення, забезпечення захисту прав акціонерів, третіх осіб, кредиторів. Становлення права компаній в Європейському Союзі почалося ще з кінця 60-х років і триває до сьогодні. Так, однією з останніх директив було прийнято директиву про права акціонерів.

Відповідно до УПС гармонізація розглядалась як одна з важливих умов для зміцнення економічних зв'язків між сторонами. Сьогодні гармонізація законодавства є однією з передумов забезпечення економічної інтеграції та політичної асоціації. Ані Лісабонський договір, ані Угода про асоціацію [2] не дають визначення поняття гармонізації. Угода оперує різними термінами, такими як зближення, гармонізація законодавства. Стаття 387 Угоди про асоціацію передбачає, що гармонізація здійснюється у сфері заснування і діяльності компаній, корпоративного управління, а також щодо бухгалтерського обліку та аудиту.

Таким чином, гармонізація у сфері регулювання діяльності юридичних осіб має комплексний характер, оскільки охоплює

врегулювання питань, пов'язаних з організацією корпоративного управління, бухгалтерського обліку, аудиту. Завданням такої гармонізації є забезпечення повноцінного функціонування ринкової економіки та стимулювання торгівлі.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Окремим аспектам розглядуваного питання присвячено праці В. Муравйова, О. Кібенко, О. Вінник, В. Бездітного та інших дослідників права ЄС та корпоративного права ЄС зокрема.

Мета статті. Враховуючи необхідність запровадження конкретних змін, передбачених Угодою про асоціацію, потребують розгляду окремі питання щодо зазначеної проблематики.

Виходячи з теми дослідження необхідно прослідкувати етапи та засади гармонізації законодавства України з правом ЄС у сфері регулювання діяльності компаній, окреслити окремі проблемні питання, які необхідно врахувати під час подальшого нормо проектування у розглядуваній сфері.

Виклад основного матеріалу. На відміну від УПС, Угода про асоціацію визначає принципи та завдання гармонізації законодавства, якими є: забезпечення захисту акціонерів, кредиторів та третіх осіб; розвиток ефективної політики корпоративного управління відповідно до міжнародних стандартів. До нововведень угоди в цій частині належить положення про те, що сторони намагатимуться покращити обмін інформацією між національним реєстром та бізнес реєстром держав-членів ЄС. Контроль і моніторинг покладатиметься на Раду асоціації, яка повинна збиратись з метою проведення моніторингу стану адаптації законодавства не рідше одного разу на рік.

Відповідно до мети поступового наближення законодавства Рада асоціації буде форумом для обміну інформацією про законодавчі акти України та ЄС, чинні, та ті, що перебувають на стадії підготовки. Додатки XXIII – XXV передбачають різні терміни наближення законодавства України до права ЄС – від 2 до 5 років, визначаючи акти, у відповідність до яких воно повинно бути приведеним. Серед визначених додатками директив, до числа таких, що потребують впровадження в законодавство України можна

віднести директиву №2007/36/ ЄС про реалізацію окремих прав акціонерів компаній, внесених у реєстр; директиву № 2007 /14/ ЄС, яка визначає детальні правила впровадження окремих положень директиви № 2004/109/ ЄС про гармонізацію вимог щодо прозорості по відношенню до інформації про емітентів, чиї цінні папери допускаються до торгів на регульованих ринках.

В рамках гармонізації законодавства постає питання про подання непрямих позовів, спрямованих на запобігання відчуження активів товариства шляхом укладення угод з третіми особами. Так, цілком слушно зауважує Н. Івануха [5, с.34-35], що у національному законодавстві повинно бути закріпленим положення щодо визнання права акціонера на оспорювання правочину, щодо якого існує інтерес, і який порушує інтереси цього акціонера, які слід вважати тотожними інтересам акціонерного товариства. Цікаво, що як суб'єкт регуляторної політики у цьому процесі бере участь конституційний суд.

Істотним кроком у напрямку залучення коштів в розвиток українського бізнесу є можливість розміщення акцій українських емітентів за кордоном. Так, проект Рішення про затвердження порядку надання дозволу на розміщення та/або обіг цінних паперів українських емітентів за межами України передбачає виконання низки вимог та отримання дозволу Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку [3, с.13].

До нововведень на ринку цінних паперів відносимо встановлення «пруденційного нагляду», який введено як форму державного регулювання ринку цінних паперів [4]. Введено в дію Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення законодавства про цінні папери». Основними завданнями пруденційного нагляду є запобігання настанню неплатоспроможності професійними учасниками фондового ринку через ряд заходів з метою забезпечення інтересів інвесторів. Перелік пруденційних нормативів таким чином встановлено для кожного виду пруденційної діяльності.

Має місце і надмірна зарегульованість або ж наділення органів влади надлишковими повноваженнями. Як приклад, повнова-

ження Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку погоджувати відповідні кандидатури керівників фондових бірж, депозитаріїв, статус фондової біржі, депозитарію.

Українське законодавство характеризується значною деталізацією щодо регулювання окремих інститутів функціонування товариств. Як приклад, доволі детальною видається регулювання процедури рекламування цінних паперів. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення законодавства про цінні папери».

У розвинутих країнах цими повноваженнями наділені саморегулівні організації на ринку цінних паперів (СРО) [6].

9 квітня 2012 у Верховній Раді України було зареєстровано законопроект № 10312 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України», яким передбачено створення особливого виду підприємств, виключним видом діяльності яких є надання послуг з виконання функцій виконавчого органу юридичних осіб та/або надання послуг щодо управління такими юридичними особами (управління поточною діяльністю, ведення бухгалтерського обліку, виробничо-технічного, фінансового управління). Такий досвід використовують відомі компанії – «Меріот» «Редісон», «Інтер Контінентал». Зазначені відносини по управлінню підприємством повинні бути оформлені договором про передачу повноважень виконавчого органу юридичної особи так званому представнику у цих відносинах на основі договору –іншій юридичній особі. Закон не передбачає передачі отриманих повноважень з управління іншій юридичній особі.

Таким чином, в рамках оновлення корпоративного законодавства приблизно починаючи з кінця 90-х років у законодавстві України в сфері регулювання діяльності товариств відбулися істотні зміни. Ці зміни отримали закріплення у Законі України «Про господарські товариства» та знайшли відображення у прийнятому Законі України «Про цінні папери і фондовий ринок». Згодом окремі інститути, що існували в рамках гармонізованого права ЄС, увійшли до Цивільного кодексу України 2004 року, зокрема щодо функціонування компаній у складі однієї особи.

Спрямованим на мінімізацію корпоративних конфліктів та покращення управління компаніями став Закон України «Про акціонерні товариства» [1], який запровадив поділ акціонерних товариств, визначив порядок їх створення, деталізував процедуру проведення загальних зборів різного виду, повноваження органів акціонерного товариства; засади перетворення товариств, та інші питання.

Висновки. Визначені в Угоді цілі асоціації установлюють нові вимоги до гармонізації законодавства України, перетворюючи її на головний правовий інструмент інтеграції країни до внутрішнього ринку Союзу. Угода про асоціацію робить наголос на регуляторній гармонізації, котра має реалізовуватися шляхом реформування механізму її здійснення задля підвищення його ефективності. Відповідними повноваженнями у цій сфері наділяються спільні органи співробітництва. Зокрема, Рада асоціації може оновлювати чи змінювати Додатки до Угоди (I-XLIIL), беручи до уваги еволюцію права ЄС та чинних стандартів, закріплених у міжнародних актах, що стосуються сторін (ст. 463). Протягом трьох років із дати набрання чинності Угоди про асоціацію Україна мусить оперативно створити незалежний державний орган, наділений повноваженнями для забезпечення гармонізації законодавства України з нормами права ЄС, визначеними у директивах Союзу (згідно з Додатком XXIX до глави 6 розділу V Угоди).

Підсумовуючи викладене, до питань, які залишились невирішеними можна віднести:

- незначні строки, встановлені законодавством для приведення документів товариства у відповідність до вимог законодавства;
- часті зміни законодавства, що регулюють обіг цінних паперів, насамперед щодо реєстрації права власності на цінні папери;
- необхідність прийняття підзаконних актів Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку на виконання відповідних положень законів;
- подекуди надмірне регулювання з боку держави тих положень чи інститутів, які могли бути врегульованими всередині товариства, оскільки тенденцією розвитку сучасного корпоративно-

го права ЄС є наділення товариств правом самостійно регулювати зазначені питання.

З огляду на це можна стверджувати, що внаслідок процесу гармонізації законодавства України з правом ЄС, товариства повинні отримати більш широкі повноваження щодо регулювання внутрішніх питань функціонування товариства, а пропозиції саморегулюючих організацій на ринку цінних паперів необхідно враховувати в процесі нормо-проектування. Зазначене, в свою чергу, сприятиме підвищенню конкурентоспроможності українських підприємств та залученню іноземних інвестицій.

1. Закон України «Про акціонерні товариства»: прийнятий 17 вересня 2008 року № 514-XI // Електронний ресурс. – Режим доступу: http:// zakon4.rada.gov.ua/laws/show/514-17

2. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії та їхніми державами-членами з іншої сторони // Електронний ресурс. – Режим доступу: www.kmu.gov.ua/control/puplish

3. Бездітний В. Розміщенння Цінних паперів українських емітентів за кордоном / В. Бездітний // Юридична газета. - 5 березня 2013 р. - №10.-с.13

4. Бездітний В., Бутовченко К. Нововведення на фондовому ринку /В. Бездітний, К. Бутовченко // Юридична газета. – 19-26 лютого 2013 р. - № 08-09

5. Івануха Н. Можливість подання непрямого позову як спосіб захисту прав акціонерів в Україні / Н Івануха // Юридична газета.-5 березня 2013 р. -№10.-с.34-353.

6. Суркіна А. Система корпоративного управління / А. Суркіна // Юридична газета.- 22 січня 2013 року.-№3

Яворська І.М. Правові засади гармонізації законодавства України з правом ЄС у сфері регулювання діяльності товариств

У статті досліджено правові засади гармонізації законодавства України з правом Європейського Союзу у сфері регулювання діяльності товариств. В контексті зобов'язань, передбачених Угодою про асоціацію між Україною та Європейським Союзом зосереджено увагу на окремих питаннях функціонування товариств, які необхідно врахувати під час нормо-проектування у сфері регулювання діяльності товариств.

Ключові слова: право товариств, гармонізація права Європейського Союзу, Угода про асоціацію

Яворская И. М. Правовые основы гармонизации законодательства Украины с правом ЕС в сфере регулирования деятельности обществ

В статье исследованы правовые основы гармонизации законодательства Украины с правом Европейского Союза в сфере регулирования деятельности компаний в контексте обязательств, предусмотренных Договором об ассоциации между Украиной и Европейским Союзом. Главное внимание уделено отдельным вопросам функционирования компаний, которые необходимо принять во внимание в процессе нормопроектирования.

Ключевые слова: право компаний, гармонизация права Европейского Союза, Договор об ассоциации

Jaworska I.M. Legal basis of approximation of Ukrainian law to the EU Law in the area of company law regulation

The article is a research of legal basis of approximation of Ukrainian law to the EU Law in the area of company law regulation in the context of Ukraine's obligations under the EU-Ukraine Association Agreement. The main focus is laid on the various aspects of functioning of companies, which should be taken into consideration in the process of legal regulation.

Keywords: company law, legal approximation of Ukrainian law to the EU law, Association Agreement.

ПРОБЛЕМИ ОХОРОНИ НАВКОЛИШНЬОГО ПРИРОДНЬОГО СЕРЕДОВИЩА. ЗЕМЕЛЬНЕ ТА АГРАРНЕ ПРАВО

Грабар Г.М.

АКТУАЛЬНІ ПРАВОВІ ПИТАННЯ ПРИВАТИЗАЦІЇ ЗЕМЕЛЬНИХ ДІЛЯНОК, ЩО ПЕРЕБУВАЮТЬ У КОРИСТУВАННІ ГРОМАДЯН

УДК 349.412.24

Постановка проблеми. Приватизація земель як важлива складова формування засад ринкової економіки в Україні спрямована на розширення сфери застосування інституту приватної власності на землю. Вона виступає одним з головних чинників започаткування та розширення приватного сектора в усіх галузях економіки держави.

Відповідно до земельного законодавства, приватизація земель фактично розпочалася із прийняттям Закону України «Про форми власності на землю» від 30 січня 1992 року № 2073-XII [1], яким поряд із державною запроваджена і приватна форма власності на землю. Передачу земельних ділянок, що перебувають у користуванні громадян, у їх власність вперше врегулював Декрет Кабінету Міністрів України (далі – КМУ) «Про приватизацію земельних ділянок» від 26 грудня 1992 року № 15-92 [2]. Згодом приписи ч. 3 ст.116, ч.ч. 1 та 2 ст. 118 Земельного кодексу України (далі – ЗК України) замінили названий Декрет КМУ у сфері регулювання відносин із приватизації земельних ділянок, що перебувають у користуванні громадян. Враховуючи неодноразові зміни, що були внесені до земельного законодавства, є необхідність у розробці пропозицій щодо удосконалення правового регулювання процедури приватизації земельних ділянок.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. В юридичній науці питанню правового регулювання приватизації земельних ділянок, що перебувають у користуванні громадян, приділено значну увагу. Серед наукових досліджень, які безпосередньо стосуються даної проблематики, варто виокремити праці В.І. Андрейцева, С.В. Гринька, П.Ф. Кулинича, Р.І. Марусенка, А.М. Мірошниченка, К.О. Настечко, М.В. Шульги та інших науковців. У своїх працях науковці розкривали питання щодо правового регулювання приватизації земельних ділянок, набуття власності на земельні ділянки. Проте недослідженим залишилося питання процедури приватизації земельних ділянок, що перебувають у користуванні громадян.

Метою статті є з'ясування основних правових питань, що виникають при приватизації земельних ділянок, що перебувають у користуванні громадян, зокрема щодо процедури такої приватизації.

Виклад основного матеріалу. В юридичній літературі приватизацію земель визначають як сукупність здійснюваних суб'єктами приватизації дій та заходів, спрямованих на трансформацію форми власності земель, при якій відбувається перехід земельних ділянок з публічної (суспільної) власності, суб'єктами якої є держава та територіальні громади, у приватну власність фізичних та юридичних осіб [3, с. 44]. Приватизацію земельних ділянок прийнято розрізняти у широкому і вузькому аспектах.

У першому аспекті приватизацією вважається будь-який перехід земельних ділянок з публічної власності (державної або комунальної) до приватної власності громадянина або приватної юридичної особи. Прикладом такої приватизації може виступати, скажімо, продаж вільної від забудови земельної ділянки, яка перебуває в державній чи комунальній власності, суб'єкту для здійснення підприємницької діяльності.

Приватизація земель у вузькому розумінні полягає лише у переході права власності на земельну ділянку від держави чи територіальної громади до громадянина або приватної юридичної особи, якщо зазначена земельна ділянка вже знаходилася у ко-

ристуванні цих суб'єктів. За загальним правилом, ця приватизація здійснюється на безоплатній основі.

Названі різновиди приватизації земельних ділянок мають як спільні, так і відмінні риси. Спільним слід вважати те, що приватизація в обох цих випадках пов'язана з трансформацією державної або комунальної власності на землю і виникненням права приватної власності. Разом з тим, відмінності між цими процесами полягають у наступному. Приватизація у широкому розумінні включає будь-яку передачу земельної ділянки від держави чи територіальної громади у власність громадянина чи приватної юридичної особи. Приватизація у вузькому розумінні включає лише перехід права на конкретну земельну ділянку державної чи комунальної власності, яка вже знаходиться у користуванні відповідного суб'єкта.

Частини 1 та 2 ст. 118 ЗК України встановлюють порядок (процедуру) безоплатної приватизації земельних ділянок, що перебувають у користуванні громадян. В.І. Андрейцев визначає таку процедуру, як «спрощену модель приватизації» [4;с. 275].

Отже, розглянемо процедуру безоплатної приватизації земельної ділянки, що перебуває у користуванні суб'єкта приватизації, визначивши наступні стадії:

1. Подання заяви про приватизацію земельної ділянки, що перебуває у користуванні, з доданими до неї технічними матеріалами та документами, що підтверджують розмір, призначення та місце розташування земельної ділянки, до відповідної ради або адміністрації. Технічними матеріалами та документами, що підтверджують розмір земельної ділянки, є дані БТІ, документи, що посвідчують права на землю (витяги з реєстрових, погосподарських, земельно-шнурових книг тощо).

Важливо також визначити яке користування земельною ділянкою, як передумову її приватизації, має на увазі законодавець. На наш погляд, враховуючи положення ч. 2 ст. 118 ЗК України, за якими рішення приймається *«на підставі технічних матеріалів та документів, що підтверджують розмір земельної ділянки»,* органи, які приймають рішення щодо приватизації, повинні вихо-

дити із того чи правомірно заявник використовує земельну ділянку. Якщо ж земельною ділянкою особа користується без правовстановлюючих документів спрощена процедура приватизації не може бути застосована.

Стосовно використання земельних ділянок без правовстановлюючих документів П.Ф. Кулинич відмічає, що значна кількість українських громадян цілком правомірно отримали за рішенням відповідних органів влади земельні ділянки і користуються ними, але так і не спромоглися з різних причин отримати державний акт на землю. Так, наприклад, значна частина селян у радянський період отримали у постійне користування присадибні земельні ділянки за рішенням правлінь колгоспів і наказами директорів радгоспів, побудували на них жилі будинки і продовжують використовувати землю за призначенням. Проте державних актів на землю вони не мають, оскільки земля надавалася їм не за рішенням органів влади, а за рішенням керівництва сільськогосподарських підприємств. Конституційний Суд України своїм рішенням від 22 вересня 2005 р. визнав п. 6 Постанови Верховної Ради України «Про земельну реформу», неконституційним, у якому йшлося про те, що громадяни, підприємства, установи й організації, які мають у користуванні земельні ділянки, надані їм до введення у дію Земельного кодексу Української РСР, повинні до 15 березня 1994 року оформити право власності або право користування землею, в іншому випадку після закінчення вказаного строку раніше надане їм право користування земельною ділянкою втрачається. Це означає, що особи, котрі розпочали фактично використовувати певні земельні ділянки ще до 1990 р., але не мають документів про право власності на такі ділянки, зобов'язані замовити виготовлення відповідних документів у прийнятні для них строки. І до отримання таких документів держава визнає їх право на землю. Прикладом визнання права власності на земельну ділянку без відповідних документів, може бути й те, що відповідно до Декрету Кабінету Міністрів України «Про приватизацію земельних ділянок» від 26 грудня 1992 р. право власності на земельну ділянку визнавалося не з моменту отримання державного акту на

право власності на землю, а з моменту прийняття відповідною радою рішення про передачу громадянину земельної ділянки у власність. У цьому випадку право власності підтверджувалося витягом з протоколу рішення відповідної ради [5; с. 3].

Слід розглянути також ст. 119 ЗК України. За змістом вказаної статті громадяни, які добросовісно, відкрито і безперервно користуються земельною ділянкою протягом 15 років, але не мають документів, які свідчили б про наявність у них права на цю земельну ділянку, можуть звернутися до органу державної влади або органу місцевого самоврядування з клопотанням про передачу такої ділянки у власність або надання у користування [6]. Зміст даної норми викликає багато запитань. Зокрема, Р.І. Марусенко зазначає, що в ній не розкривається умова «добросовісності» користування земельною ділянкою. Можливо, мається на увазі усвідомлення особою того, що земельна ділянка не належить іншим особам, а користування ніби є правомірним і не порушує прав інших осіб. Виконання цієї вимоги фактично є неможливим, адже відповідно до ч. 1 ст. 84 ЗК у державній власності перебувають усі землі України, крім земель комунальної та приватної власності [7; с. 46].

Що стосується «відкритого» та «безперервного» користування, то варто відмітити, що це оціночні поняття, що мають бути певним чином засвідчені, але порядок такого «засвідчення» законом не передбачений. Щодо процедури набуття земельної ділянки за набувальною давністю застосовуємо ч.2 ст. 119 ЗК, в якій вказано, що передача земельної ділянки у власність або у користування громадян на підставі набувальної давності здійснюється в порядку, встановленому цим Кодексом. Тобто, якщо мова йде про набуття земельної ділянки у власність, то застосовуємо ст. 118 ЗК, щодо набуття в оренду –ст.. 123 ЗК та Закон України « Про оренду землі» від 06.10.1998 № 161-XIV. Виникає закономірне запитання, чи не простіше відразу звернутися за набуттям земельної ділянки відповідно до ст. 118 ЗК, яка визначає процедуру приватизації земельної ділянки, що перебуває у користуванні громадян, а не чекати 15 років.

Підсумовуючи викладене, можна констатувати, що користування земельною ділянкою, закріпленим ст. 119 ЗК, фактично унеможливлене. Додамо, що доведення настання набувальної давності є такою складною справою, що набагато простіше забути про ст.119 ЗК та просто звернутися до місцевої ради із клопотанням про приватизацію ділянки в загальному порядку (ст.. 118 ЗК). Набувальна давність може бути використана лише в тому випадку, якщо ще хтось претендує на ділянку.

2. Розгляд заяви відповідним органом та прийняття рішення про приватизацію земельної ділянки (ч. 2 ст. 118 ЗК України).

У випадку звернення до органу місцевого самоврядування передбачено місячний строк розгляду відповідної заяви. Так, ч. 5 ст. 46 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21.05.1997 № 280/97-ВР встановлено, що сесія ради скликається з питань відведення земельних ділянок не рідше ніж один раз на місяць. Якщо заявник звертається до відповідного органу виконавчої влади, то відповідно до ст. 20 Закону України «Про звернення громадян» від 02.10.1996 № 393/96-ВР звернення розглядаються і вирішуються у термін не більше одного місяця від дня їх надходження, а ті, які не потребують додаткового вивчення, - невідкладно, але не пізніше п'ятнадцяти днів від дня їх отримання. Даною нормою встановлено й максимальний термін розгляду заяв громадян, що становить сорок п'ять днів.

На підставі поданої заяви та доданих документів готується проект рішення про приватизацію земельної ділянки. Підготовлений проект рішення розглядається постійними комісіями з питань містобудування та регулювання земельних відносин та після погодження виноситься на розгляд місцевої ради (державної адміністрації) для прийняття відповідного рішення (розпорядження) та затвердження технічної документації. З 2013 року приватизація земельних ділянок, які перебувають у користуванні, здійснюється за технічною документацією щодо відновлення (встановлення) меж земельних ділянок в натурі (на місцевості).

У рішенні про передачу безоплатно у власність земельної ділянки зазначається її точний розмір, цільове призначення та кадастровий номер.

Відповідно до ч.10 ст. 118 ЗК у разі відмови органу виконавчої влади чи органу місцевого самоврядування у передачі земельної ділянки у власність або залишення заяви без розгляду питання вирішується в судовому порядку.

3. Державна реєстрація земельної ділянки.

Впровадження земельного кадастру дало можливість значно спростити процедуру державної реєстрації земельної ділянки. Для цього громадянин звертається до кадастрового реєстратора територіального органу Держземагентства із таким пакетом землевпорядної документації:

- копія документа, що посвідчує особу або копія документа, що посвідчує повноваження діяти від Вашого імені (договір, довіреність);
- копія документа про присвоєння податкового номера;
- розроблена технічна документація із землеустрою у паперовому вигляді та у формі електронного документу.

Подана заява на протязі 14 днів розглядається державним кадастровим реєстратором територіального органу Держземагентства у районі (місті), за наслідком чого, у разі, якщо подані документи складені вірно, а межі ділянки не порушують меж вже зареєстрованих ділянок, державний кадастровий реєстратор реєструє земельну ділянку у Державному земельному кадастрі і видає Витяг із Державного земельного кадастру про земельну ділянку із зазначенням у ньому кадастрового номеру.

Надалі ділянці присвоюється кадастровий номер та проводиться її реєстрація.

Відповідно до п. 2 розділу VII Закону України «Про державний земельний кадастр» від 07.07.2011 № 3613-VI, земельні ділянки, право власності (користування) на які виникло до 2004 року, вважаються сформованими незалежно від присвоєння їм кадастрового номера. У разі якщо відомості про зазначені земельні ділянки не внесені до Державного реєстру земель, їх державна реєстрація здійснюється на підставі технічної документації із землеустрою щодо встановлення (відновлення) меж земельної ділянки в натурі (на місцевості) за заявою їх власників (користува-

чів земельної ділянки державної чи комунальної власності). При цьому виникає необхідність проведення кадастрових зйомок.

Кадастрові зйомки, згідно із п. б ч. 2 ст. 198 ЗК України, включають погодження меж земельної ділянки із суміжними власниками та землекористувачами. Але саме тут на заявника може чекати проблема, оскільки власники (землекористувачі) суміжних земельних ділянок в силу різних причин можуть відмовитися від підписання акта погодження меж, а подекуди «сусідів» інколи неможливо знайти (наприклад, виїхали на проживання за межі України) [8; с. 474].

Саме з цих причин виникає потреба у судовому порядку вирішення таких ситуацій. Як свідчить практика, у позовних заявах формулювання позовних вимог є досить різними, наприклад: «усунути перешкоди в користуванні моєї … ділянки шляхом зобов'язання … погодити межі» або «дозволити … міській раді розглянути питання щодо приватизації земельної ділянки … без згоди», або «зобов'язати голову … сільської ради … підписати та затвердити акт встановлення та узгодження зовнішніх меж» (замість власника та землекористувача) [9, 10, 11] тощо.

Проте, на нашу думку, стадія погодження меж земельної ділянки є допоміжною, існує не завжди й спрямована на уникнення необов'язкових технічних помилок, а тому не повинна зупиняти процедуру приватизації. При цьому п.б ч.2 ст.198 ЗКУ просто вказує, що складовою кадастрових зйомок є «погодження меж земельної ділянки з суміжними власниками та землекористувачами». Із цього, як ми думаємо, зовсім не слідує, що у випадку відмови суміжного землевласника або землекористувача від підписання відповідного документу – акту погодження меж – слід вважати, що погодження меж не відбулося, і процедура приватизації має зупинитися. На наш погляд, погодження полягає у тому, щоб суміжнику було запропоновано підписати відповідний акт.

З огляду на це слід визнати правильною практику тих судів, які у разі виникнення спору не вважають саму по собі відсутність погодження меж земельної ділянки підставою для прийняття рішення про приватизацію незаконним, а також задовольняють по-

зови щодо погодження меж земельної ділянки, виходячи з того, що необхідно захистити право землекористування такого позивача.

4. Державна реєстрація права власності на земельну ділянку.

Після державної реєстрації земельної ділянки у Державному земельному кадастрі, права на неї мають бути зареєстровані у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно. Для цього заяву про державну реєстрацію прав на земельну ділянку в електронному вигляді від імені землевласника може подати державний кадастровий реєстратор. Коли заяву розглянуть, орган державної реєстрації прав надсилає державному кадастровому реєстратору свідоцтво та витяг з Державного реєстру речових прав на нерухоме майно для видачі заявнику. Тож, хоч державна реєстрація земельної ділянки та прав на неї проводитиметься в різних державних реєстрах та різними уповноваженими органами, створено умови для прискорення цих процедур.

Відповідно до ст.125 ЗК України, право власності на земельну ділянку виникає з моменту державної реєстрації цього права. Правові засади реєстрації визначаються Законом України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» від 01.07.2004 року №1952-IV. Висновки. Отже, розглянувши правове регулювання приватизації земельних ділянок, що перебувають у користуванні громадян, ми дійшли висновку, що позитивним видається факт застосування спрощеної процедури приватизації: з огляду на те, що земельна ділянка, якою особа користується, визначена в натурі, то за даною процедурою вже немає потреби у замовленні, розробці, погодженні, експертизі та затвердженні проекту відведення земельної ділянки; державна реєстрація права власності може здійснюватися за проханням землевласника і державним кадастровим реєстратором.

Щодо негативних аспектів слід зазначити, що при державній реєстрації земельної ділянки виникає проблема при погодженні меж земельної ділянки із власниками (землекористувачами) суміжних земельних ділянок, що може привести до фактичного зупинення процедури приватизації.

Проаналізувавши ст.ст. 118 та 119 ЗК, ми дійшли висновку, що набуття права власності на земельну ділянку за давністю користування є практично «нездійсненним», так як земельною ділянкою потрібно користуватися щонайменше 15 років, і ще потрібно довести «добросовісність», «відкритість» та «безперервність» такого користування. Значно простіше отримати земельну ділянку, що перебуває у користуванні громадян відповідно до ст. 118 ЗК, відповідно до якої потрібно надати лише правовстановлюючий документ, що посвідчує право користування земельною ділянкою.

1. Закону України «Про форми власності на землю»: прийнятий 30 січня 1992 року № 2073-XII // Електронний ресурс. – Режим доступу: http//zakon1.rada.gov.ua

2. Декрет Кабінету Міністрів України «Про приватизацію земельних ділянок»: прийнятий 26 грудня 1992 року № 15-92 // Електронний ресурс. – Режим доступу: http//zakon1.rada.gov.ua

3. Кулинич П.Ф. Правове регулювання приватизації земель // Земельне право України: підручник / за ред. М. В. Шульги. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – С. 89.

4. Андрейцев В.І. Земельне право і законодавство суверенної України: Актуальні проблеми практичної теорії. –К.: Знання, 2005. – 445 с.

5. Кулинич П.Ф. Посвідчити право власності треба, але як? / П.Ф. Кулинич // Юридична газета. –2007 . – № 24. – С. 4.

6. Земельний кодекс України: прийнятий 25 жовтня 2001 року № 2768-III 92 // Електронний ресурс. – Режим доступу: http//zakon1.rada.gov.ua

7. Марусенко Р.І. Запитуєте – відповідаємо. Набуття права на земельну ділянку за давністю користування (набувальна давність) / Р.І. Марусенко // Земельне право України: теорія і практика. –2008. –№ 3. – с.43-47.

8. Мірошниченко А.М., Марусенко Р.І. Науково-практичний коментар Земельного кодексу України. – К.: Алерта; Центр учбової літератури, 2011. – 520 с.

9. Справа №2-692/09, розглянута Смілянським міськрайсудом Черкаської обл. за позовом Г.В.І. до П.Г.С. про усунення перешкод в користуванні земельною ділянкою // Електронний ресурс. – Режим доступу:http://www.reyestr.court.gov.ua/

10. Справа №2-410/09, розглянута Соснівським райсудом м. Черкаси за позовом С.Є.П., З.П.П. до Л.Н.Ф. // Електронний ресурс. – Режим доступу:http://www.reyestr.court.gov.ua/

11. Справа №2-597/09, розглянута Кам'янським райсудом Черкаської обл. за позовом К.І.О. до Михайлівської сільради Кам'янського р-ну про зобов'язання здійснити приватизацію. // Електронний ресурс. – Режим доступу:http://www.reyestr.court.gov.ua/

Грабар Г.М. Актуальні правові питання приватизації земельних ділянок, що перебувають у користуванні громадян.

Стаття присвячена визначенню актуальних питань приватизації земельних ділянок, що перебувають у користуванні громадян. При дослідженні теми автором висвітлено позитивні та негативні аспекти приватизації земельних ділянок, що перебувають у користуванні громадян.

Ключові слова: приватизація земельних ділянок, орган реєстрації, давність користування, спрощена процедура приватизації земельних ділянок, право власності на землю.

Грабар Г.М. Актуальные правовые вопросы приватизации земельных участков, находящихся в пользовании граждан.

Статья посвящена определению актуальных вопросов приватизации земельных участков, находящихся в пользовании граждан. При исследовании темы автором освещены положительные и отрицательные аспекты приватизации земельных участков, находящихся в пользовании граждан.

Ключевые слова: приватизация земельных участков, орган регистрации, давность пользования, упрощенная процедура приватизации земельных участков, право собственности на землю.

Grabar G.M. Main legal issues of land privatization, which are used by citizens.

The article is devoted to the definition of current issues of land privatization, which are used by citizens. In the study the author highlights the positive and negative aspects of land privatization, which are used by citizens.

Keywords: land privatization, registration authority, prescription acquisitive, simplified procedure of land privatization, land ownership.

Мороз Г.В.

ПРАВОВІ АСПЕКТИ РЕАЛІЗАЦІЇ ГРОМАДСЬКИХ ЕКОЛОГІЧНИХ ІНТЕРЕСІВ В ПРОЦЕДУРІ ОЦІНКИ ВПЛИВУ НА ДОВКІЛЛЯ

УДК 349.6

В сучасному світі інтенсивного розвитку високих технологій та науково-технічного прогресу, все більших масштабів набуває забруднення і деградація навколишнього середовища, обмеженість життєво-важливих природних ресурсів стає особливо відчутною. Серед причин нестабільного екологічного становища

України - недосконаліть екологічного обґрунтування планів і проектів економічного розвитку. Держава щоденно видає дозволи на впровадження еколого-небезпечних об'єктів, оцінюючи екологічні ризики не завжди об'єктивно. Стратегія на безумовне задоволення економічних потреб суспільства без належного врахування екологічних чинників, в недалекій перспективі приречена на повний крах.

Кожен промисловий об'єкт впливає на стан навколишнього природного середовища, в свою чергу якість води, повітря, ґрунтів, продуктів харчування тощо мають безпосередній вплив на життя і здоров'я людей. Складовою частиною превентивних заходів в сфері екологічних відносин є процедура оцінки впливу на навколишнє середовище (далі – ОВНС) при здійсненні тієї чи іншої еколого-небезпечної господарської діяльності. ОВНС є обов'язковим елементом всіх стадій розробки проектних матеріалів на здійснення господарської та іншої діяльності, яка може негативно впливати на стан природних ресурсів, здоров'я і умови життя населення. З питання ОВНС науковцями та практиками проведено глибокі і багатосторонні дослідження [1-4 та ін.], що дало суттєві результати. Однак було б невірно стверджувати, що всі, навіть основні питання вирішені, і потреба в подальшому вивченні відсутня. ОВНС процедурно є складним комплексним процесом щодо виявлення характеру, інтенсивності і ступеня небезпеки впливу будь-якого виду планованої господарської діяльності на стан довкілля і здоров'я населення. Основною метою даної статті є дослідження одного із аспектів ОВНС, а саме правових механізмів представлення інтересів зацікавленої екологічної громадськості та визначення її ролі в процедурі оцінки впливу на довкілля.

Слід зазначити, що процедура ОВНС «західного типу» передбачає по можливості якнайповніше залучення громадськості до вирішення питання організації певної господарської діяльності на якомога ранній стадії [4, с.21]. Тобто, до складу матеріалів ОВНС запланованої чи здійснюваної діяльності обов'язково повинні включатися дані про громадську думку. Участь громад-

ськості в процесі ОВНС є, безумовно, важливою та бажаною складовою досягнення мети демократичного прийняття рішень, при цьому така участь повинна починатися вже на початкових стадіях планування певної діяльності та продовжуватися протягом усього процесу прийняття рішень про її реалізацію. Орхуська конвенція вимагає, «щоб у відповідному рішенні належним чином було враховано результати участі громадськості» (пункт 8 ст.6). На жаль, поки що практично відсутній досвід не просто фіксації громадських настроїв, а дій щодо їх модифікації та зміни у бажаному напрямі з метою забезпечення конструктивного розв'язання питань реалізації запланованої діяльності та уникнення безвихідного протистояння господарюючих суб'єктів. Взагалі, в системі оцінки впливу запланованої діяльності на навколишнє середовище відбулись суттєві зміни. У зв'язку із прийняттям Закону України від 17 лютого 2011 р. «Про регулювання містобудівної діяльності» спрощено порядок отримання дозволів на будівництво та виключено проекти будівництва щодо об'єктів, що становлять підвищену екологічну небезпеку, із переліку об'єктів державної екологічної експертизи. Ці зміни практично звели до мінімуму значення державної екологічної експертизи, яка традиційно розглядалась як форма попереджувального екологічного контролю. Для проектної документації на будівництво об'єктів, що становлять підвищену екологічну небезпеку, й надалі необхідно розробляти ОВНС згідно ДБН А.2.2-1-2003 «Склад і зміст матеріалів оцінки впливів на навколишнє середовище (ОВНС) при проектуванні і будівництві підприємств, будинків і споруд. Основні положення проектування», розроблені Українським державним головним інститутом «УкрНДІІНТВ» та схвалені рішенням науково-технічної ради Держбуду України від 9 грудня 2003 року № 89. Проте матеріали ОВНС тепер розглядаються разом із рештою проектної документації за процедурою містобудівної експертизи, в якій на сьогодні не беруть участі спеціально уповноважені органи (Мінприроди, Мінздоров'я), що створює реальні ризики значного промислового забруднення довкілля. Крім того, сучасна процедура ОВНС в Україні хоча й передбачає певні мінімальні можливості

участі громадськості в процесі розробки ОВНС, однак містобудівні дозвільні процедури не відповідають засадам демократії, оскільки не можуть забезпечити врахування думки громадськості на етапі планування та будівництва *конкретних промислових об'єктів.* Це призводитиме до конфліктів на місцевому рівні між населенням та інвесторами, сприятиме формуванню негативного іміджу як місцевих, так і центральних органів влади [5, с. 9]. Серед визнаних у колі науковців, членів громадських екологічних організацій та загалом - усієї зацікавленої громадськості форм участі громадськості у процедурі ОВНС, найбільш ефективними визнаються громадські (публічні) слухання, відкриті засідання, збори громадян за місцем проживання, звернення до органів державного контролю у сфері екології, участь у державній екологічній експертизі, зрештою - здійснення (тобто організація та проведення) громадської екологічної експертизи [6, с.126]. Виходячи зі змісту ст.21 Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності» на сьогодні фактично єдиною можливою формою громадської участі щодо врахування громадських інтересів під час розроблення проектів містобудівної документації на місцевому рівні (генеральних планів населених пунктів, планів зонування та детальних планів територій) є громадські слухання, які є найбільш конструктивною та результативною формою діалогу влади та громадськості, оскільки організовують, як правило, великі аудиторії зацікавлених осіб з наперед визначеними чіткими вимогами. Таким чином, Закон України «Про регулювання містобудівної діяльності» не закріплює права громадськості на участь у прийнятті рішень щодо будівництва окремих об'єктів. Відтак, сучасна процедура ОВНС в Україні не відповідає європейській системі, в якій основний акцент поставлено на екологічну складову процесу прийняття рішень щодо проектів будівництва. Ключовими принципами та елементам європейської моделі є гласність та врахування громадської думки.

Екологічна оцінка в ЄС становить собою процедуру, яка гарантує, що екологічні наслідки рішення про погодження певної діяльності беруться до уваги в процесі прийняття такого рішен-

ня. Екологічна оцінка може проводитися для окремих проектів, таких як дамби, автомагістралі, аеропорти або заводи, на підставі директиви 2011/92/ЄС (відома як Директива про «оцінку впливу на навколишнє середовище» - Директива про ОВНС) або для планів та/або програм на основі Директиви 2001/42/ЄС (відома як Директива про «стратегічну екологічну оцінку» - Директива про СЕО). Загальним принципом обох директив є забезпечення того, що плани, програми і проекти проходять оцінку впливу на навколишнє середовище до їхнього погодження або затвердження. Консультації з громадськістю є однією з ключових особливостей процедур екологічної оцінки [7, с.19].

У США та розвинених країнах Заходу ідеологія ОВНС базується, перш за все, на альтернативності (варіантності) господарських рішень протягом усього процесу їх прийняття від задуму (ідеї) і до вирішення питання про їх практичну реалізацію з метою оптимізації і раціоналізації насамперед капіталовкладень і уникнення безрезультатних витрат економічних ресурсів. Тобто, одним із основних завдань ОВНС «західного типу» є оцінка і аналіз діяльності, що планується через врахування усіх наявних обставин і ситуацій та вибору в кінцевому рахунку найбільш прийнятного напряму запланованої діяльності. Як зазначали Дж. Бонайн та С.М. Кравченко, «ОВНС одного проекту надто вузько розглядає альтернативи. Ширший розгляд може надати кращий варіант стратегії, таким чином забезпечуючи екологічно сталий розвиток. Більше того, негативним аспектом окремого розгляду проектів є те, що погіршується загальна оцінка їх впливу» [1, с.11-14]. Принцип альтернативності у процесі здійснення ОВНС – один із особливо важливих. Можливість його практичної реалізації достатньою мірою залежить від позиції, яку займає зацікавлена громадськість. І саме від активності, повноти та об'єктивності аргументації останньої залежить вибір найбільш доцільного способу реалізації того чи іншого проекту. Винесення на обговорення єдиного варіанту проекту може сприйматися громадськістю як ознака того, що всі рішення фактично вже прийняті, а це, в свою чергу, суттєво знижує ефективність громадської

участі в процедурі ОВНС і навіть може призвести до конфліктних ситуацій. Хоча, як зазначається в літературі, коли виникає принципова конфронтація між громадськістю і господарниками, потенціал ОВНС («західного типу», так само як і вітчизняного) неспроможний забезпечувати прийнятне для всіх сторін вирішення проблем, розв'язання яких у таких випадках можливе тільки шляхом прийняття вольових адміністративних рішень (у гіршому випадку) або ж судового розгляду [4, с.23].

Питанням участі громадськості багато уваги приділяється у Конвенції про оцінку впливу на навколишнє природне середовище у транскордонному контексті (п.2 ст. 2, п.1 ст. 3, п.8 ст. 3, п.2 ст. 4), причому виходячи з положень п.6 ст. 2 громадськість іншої країни, яка ймовірно буде зачеплена транскордонним впливом запланованої діяльності, забезпечується рівноцінними можливостями участі у процесі оцінки впливу на навколишнє середовище з громадськістю Сторони походження (тобто Договірної Сторони цієї Конвенції, під юрисдикцією якої передбачається виконувати заплановану діяльність). А це, звичайно, вимагає від країн, які ратифікували дану Конвенцію (в тому числі й України), розробити відповідні національні процедури участі громадськості в ОВНС, максимально наближені до міжнародних стандартів. У ст.3 Конвенції, яка має назву «Оповіщення», щодо інформування про запланований вид діяльності застосовано конструкцію «якомога скоріше». Більш конкретною в цьому відношенні є Орхуська конвенція, яка вимагає інформувати зацікавлену громадськість на початковому етапі процедури прийняття рішень з питань, що стосуються навколишнього середовища, з детальним переліком усіх необхідних питань інформативного характеру (пункт 2 ст.6). Дійсно, найбільш проблематичним було і залишається питання щодо інформування громадськості про діяльність, що планується. 13 січня 2011 р. прийнято Закон України «Про доступ до публічної інформації», метою якого є забезпечення прозорості та відкритості суб'єктів владних повноважень і створення механізмів реалізації права кожного на доступ до публічної інформації. Однак фактично, про заплановану еколого-небезпечну діяльність

громадськість нашої держави має можливість дізнатися з моменту оголошення через засоби масової інформації Заяви про екологічні наслідки діяльності (ст.10 Закону України «Про екологічну експертизу»; п.2.1. Положення про участь громадськості у прийнятті рішень у сфері охорони довкілля), що, по суті, є завершальним (підсумковим) етапом ОВНС. Такий порядок інформування громадськості, вважаємо, є малоефективним або взагалі чисто формальним, оскільки не відповідає тим стандартам, які встановлені міжнародними актами. Крім того, на практиці, в більшості випадків, про заплановану діяльність громадськість дізнається вже після прийняття рішення, коли розпочинається реалізація проекту. Систематичне інформування громадськості в процесі здійснення ОВНС, починаючи з найбільш ранніх етапів, є запорукою забезпечення відкритості та інформаційної прозорості усього процесу ОВНС. З іншого боку, цілком імовірно, що на цих початкових стадіях ще недостатньо напрацьованого матеріалу, призначеного для оприлюднення, і не на всі запитання, що можуть виникнути, замовник (виконавець) зможе дати належну відповідь – повну і ґрунтовну. З огляду на це, необхідно завчасно планувати залучення громадськості на кожному з етапів процедури ОВНС. Таке планування може бути реалізоване у вигляді конкретних програм участі громадськості в процесі ОВНС з визначенням завдань і форм такої участі для кожного етапу. Програми доцільно розробляти в максимально простій і доступній формі, зрозумілій для широкого загалу. За таких умов процес участі громадськості реально зможе набути форму партнерства чи діалогу, що дозволить громадськості не тільки отримувати інформацію про заплановану діяльність, але й повідомляти про свою точку зору відповідно до визначених програмних положень, а це, в свою чергу, сприятиме покращенню якості прийнятих рішень.

Важливість своєчасного залучення громадськості до обговорення того чи іншого проекту полягає ще й у тому, що таким чином можна запобігти значним фінансовим витратам пов'язаним із внесенням змін, коригуванням проекту, а також певною мірою покращити сприйняття запланованої діяльності серед зацікавлених осіб.

Своєчасне відкриття для громадськості екологічної інформації (тобто на первинних стадіях процесу ОВНС) може прискорити об'єктивний розгляд повного переліку питань, пов'язаних із запропонованою діяльністю і сприятиме правильному та обґрунтованому вибору з поміж інших альтернативних варіантів [8, с.113].

На даний час в контексті ОВНС Україна відстає і у виконанні міжнародних зобов'язань, і у реалізації власних планів імплементації відповідних конвенцій та апроксимації із законодавством ЄС. Система ОВНС потребує значного вдосконалення та фактично розбудови «з нуля» відповідних механізмів, які б відповідали міжнародним вимогам та практиці ОВНС [7, с.28]. У Верховній Раді України зареєстровано законопроект «Про оцінку впливу на довкілля», мета якого – запровадити в Україні європейський підхід до екологічної оцінки проектів небезпечних об'єктів для попередження шкоди життю й здоров'ю українців та руйнування природного середовища. Законопроект розроблений за участі громадських експертів в рамках Реанімаційного пакету реформ (РПР) та є важливим кроком на виконання зобов'язань України за Угодою про асоціацію з Європейським Союзом (ЄС). Україна сьогодні є єдиною європейською державою, де відсутня повноцінна процедура оцінки впливу на довкілля (ОВД). Із набранням чинності у 2011 році Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності», проекти навіть таких небезпечних об'єктів, як атомні електростанції, можуть розроблятися без врахування думки профільного органу (Міністерства екології та природних ресурсів України) та громадськості. Впровадження європейської моделі оцінки впливу на довкілля також дозволить виконати ряд міжнародних зобов'язань України, зокрема вимоги за Європейським Енергетичним Співтовариством та за Угодою про асоціацію щодо імплементації Директиви 2011/92/ЄС (85/337/ЄЕС) [9]. Впровадження єврейських процедур у сфері ОВД передбачене також галузевими програмними документами у сфері охорони довкілля: Основними засадами (стратегією) національної екологічної політики до 2020 року (2010) та Національним планом дій з охорони навколишнього природного середовища на 2011-2015

роки (2011). Таким чином, для гарантування екологічної безпеки та на виконання своїх міжнародних зобов'язань за природоохоронними угодами Україні вкрай необхідне повне оновлення системи оцінки екологічної прийнятності промислової діяльності з акцентом на обов'язкове врахування інтересів зацікавленої екологічної громадськості.

1. *Бонайн Дж., Кравченко С. Стратегічна екологічна оцінка разом з громадськістю / Бонайн Дж., Кравченко С. // Вісник екологічної адвокатури. – Весна – 2001. - № 14. – С.11-14.*
2. *Третьякова А.А. Понятие экологических прав граждан по законодательству стран-членов Европейского Союза / Третьякова А.А. // Экологическое право. - 2002. - № 1. - С.51-57.*
3. *Бесяцкий А.В. Организационно-правовые проблемы оценки воздействия на окружающую среду: автореф. дис… канд. юрид. наук: спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсове право» / А.В. Бесяцкий. - Москва, 1992. – 24 с.*
4. *Нормативні та практичні аспекти виконання оцінки впливу на навколишнє середовище. Збірник матеріалів / Упоряд. В.О. Тихий, Л.К. Яровой – К.: Веселка, 2002. – 150 с.*
5. *Андрусевич А.О. Оцінка впливу на довкілля в Україні: вирішення проблеми по-європейськи / Андрусевич А.О. - РАЦ «Суспільство і довкілля», 2011. – 18 с.*
6. *Позняк Е. Оцінка впливу на довкілля і участь громадськості в ній у формі громадської екологічної експертизи: міжнародно-правові та національно-правові аспекти / Позняк Е. // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія: юридичні науки. – 2007. – Вип. 74–76.- С. 126-129.*
7. *Оцінка впливу на довкілля та участь громадськості: аналітичний порівняльний огляд європейського й українського законодавства та рекомендації щодо впровадження європейських стандартів в Україні / Львів: ЕПЛ, 2013. – 96 с.*
8. *Мороз Г.В. Правове регулювання участі громадськості в прийнятті рішень у галузі охорони довкілля [Монографія] / Мороз Г.В. – Івано-Франківськ, 2008. – 168 с.*
9. *Оцінка впливу на довкілля – ще один крок до Європи // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://necu.org.ua/otsinka-vplyvu-na-dovkillya-sche-odyn-krok-do-evropy/*

В статті розглядаються основні правові механізми представлення інтересів громадськості в процедурі оцінки впливу на довкілля. Визначено недоліки законодавчого регулювання даного питання та внесено пропозиції з удосконалення правового регулювання відповідної сфери відносин з урахуванням позитивного міжнародного досвіду.

Ключові слова: громадськість, інтереси громадськості, інформування громадськості, екологічна оцінка.

Мороз Г.В. Правовые аспекты реализации общественных экологических интересов в процедуре оценки воздействия на окружающую среду

В статье рассматриваются основные правовые механизмы представления интересов общественности в процедуре оценки воздействия на окружающую среду. Определены недостатки законодательного регулирования данного вопроса и внесены предложения относительно усовершенствования правового регулирования конкретной сферы отношений, учитывая позитивный международный опыт.

Ключевые слова: общественность, интересы общественности, информирование общественности, экологическая оценка.

Moroz G. Legal aspects of the realization of public environmental interests in the procedure of environmental impact assessment

The article reviews the main legal mechanisms of representing public interests in the procedure of environmental impact assessment. Deficiencies of legal regulation of this issue are determined and proposals for improving the legal regulation of the sphere of relations based on good international practice are made.

Keywords: community, public interests, public awareness, environmental assessment.

ПИТАННЯ ТРУДОВОГО ПРАВА ТА ПРАВА СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Матвієнко Є. П.

ДО ПРОБЛЕМИ ПЕНСІЙНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ІНВАЛІДІВ

УДК 349.3

Постановка проблеми. Історично люди з фізичними вадами, порушеннями функцій організму були виділені в окрему верству суспільства, яка потребує специфічного, більш уважного захисту. За останні роки в державі намітилася тенденція значного збільшення числа інвалідів. На сьогоднішній день на обліку в органах соціального захисту перебуває понад 2,5 млн. інвалідів. Збільшення кількості людей даної групи, на нашу думку, є результатом загальної несприятливої соціально-економічної ситуації, зокрема різке зниження рівня та якості життя переважної більшості населення, поганий стан системи охорони здоров'я, наслідки аварії на Чорнобильській АЕС, тяжких дорожньо-транспортних подій, недотримання правил техніки безпеки на підприємствах тощо.

Саме тому, серед інших видів пенсійного забезпечення, що передбачені національною пенсійною системою, одне із важливих місць посідає забезпечення по інвалідності. Через цей вид забезпечення особа з інвалідністю отримує можливість реалізувати своє конституційне право на гідний рівень життя. Проте сучасна система соціального забезпечення дає підстави вказати на низку проблем, що призводять до виникнення соціальної нерівності та незахищеності таких осіб. Особливо це проявляється у відносинах із приводу пенсійного забезпечення по інвалідності в солідарній пенсійній системі України. Тому, дане питання для України, як і для будь-якої з розвинених країн, є одним з найактуальніших і обговорюваних.

Ступінь наукової розробки проблеми. Правові проблеми соціального забезпечення були предметом дослідження у нау-

кових працях відомих українських (Н.Б. Болотіної, М.М. Папієва, П.Д. Пилипенка, С.М. Прилипка, С.М. Сивак, І.М. Сироти, Б.І.Сташківа, Н.М. Хуторян) і російських вчених (В.С. Андреєва, А.Д. Зайкіна, М.Л. Захарова, Р.І. Іванової, Є.Є. Мачульської, Є.Г.Тучкової). Деякі проблеми пенсійного забезпечення інвалідів досліджувались в кандидатських дисертаціях Н.П. Коробенко, М.В. Чічкань, Л.П. Шумної. Проте питання пенсійного забезпечення інвалідів залишаються соціальною проблемою суспільства, що потребує нагального вирішення, в першу чергу, юридичними засобами.

Тому **метою** статті є визначення на основі аналізу норм чинного законодавства основних умов та проблемних питань реалізації права громадян з обмеженими можливостями на пенсію по інвалідності у солідарній системі України.

Виклад основного матеріалу. Об'єктивне уявлення про проблему інвалідності людини є складною системою взаємозалежних економічних, соціальних, морально-етичних, релігійних і медичних питань, які розв'язувало суспільство в різні часи існування. Наприклад, у давні часи люди з фізичними та сенсорними вадами, тяжкими каліцтвами були для суспільства просто зайвими їдцями, які часто заслуговували в найкращому випадку вигнання, у гіршому – смерті. З історичних джерел відомо, що в античні часи було рекомендовано умертвляти немовлят з фізичними вадами [1, с. 122].

Передусім слід зазначити, що хоча Закон України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» і містить визначення поняття «пенсія», проте офіційне формулювання такої дефініції, як «пенсія по інвалідності в солідарній пенсійній системі» або ж «пенсія по інвалідності внаслідок загального захворювання», у законодавстві відсутнє. Ті загальні визначення пенсії по інвалідності, що існують на сьогодні у науковій літературі (наприклад, у працях В.С. Андреєва, Б.С. Стичинського, О.Є. Мачульської, І.М.Сироти, М.Д. Бойка, О.М. Ярошенка), не можуть бути застосовані конкретно до визначення пенсії по інвалідності внаслідок загального захворювання, оскільки вони передбача-

ють призначення пенсії не лише у випадку настання інвалідності внаслідок загального захворювання чи невиробничої травми, а й у разі настання інвалідності, причиною якої є трудове каліцтво або професійне захворювання [2, с. 149].

Наявність інвалідності встановлюється медико-соціальними експертними комісіями (МСЕК), функції яких регламентуються спеціальною інструкцією «Про встановлення груп інвалідності», затвердженою Міністерством охорони здоров'я України від 7 квітня 2004 року № 183 [3]. Направлення хворих на освідчення в МСЕК видається лікарсько-консультаційною комісією (ЛКК) відповідного лікувально-профілактичного закладу Міністерства охорони здоров'я України по місцю проживання або лікування особи. Важливо відмітити, що МСЕК повинна встановлювати інвалідність після повного та всебічного медичного обстеження, проведення необхідних досліджень, визначення клініко-функціонального, соціально-психологічного діагнозу, професійно-трудового прогнозу, одержання результатів відновного лікування, соціально-трудової реабілітації та інших даних, що підтверджують стійкий або незворотний характер захворювання.

При визнані хворого інвалідом інвалідність встановлюється з дня отримання МСЕК документів, на підставі яких приймається відповідне рішення. В акті обстеження МСЕК вказується причина, група, час настання інвалідності, строк, на який вона встановлюється. В залежності від ступеня втрати працездатності визначено три групи інвалідності. Причини інвалідності можуть бути різні: загальне захворювання, трудове каліцтво або професійне захворювання, інвалідність з дитинства; для військовослужбовців – поранення, контузія, каліцтво або захворювання, пов'язане з перебуванням на фронті [3].

Система соціального захисту інвалідів передбачає, по-перше, пенсійне забезпечення, надання соціальних допомог; по-друге, реабілітаційні програми та заходи щодо активізації життєдіяльності інвалідів (можливості працевлаштування, соціально-побутові та медичні заходи тощо).

Отже, пенсію по інвалідності можна визначити як щомісячну грошову виплату особі у випадку встановлення їй МСЕК однієї з трьох груп інвалідності, яка настала внаслідок трудового каліцтва, професійного чи загального захворювання або з інших причин.

На відміну від пенсії за віком, в основі пенсії по інвалідності лежить чітко виражена повна або часткова втрата громадянином працездатності. Підстави та умови пенсійного забезпечення людей з обмеженими можливостями передбачені у Законі України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування». Так, стаття 32 даного Закону визначає, що особи, визнані інвалідами, мають право на даний вид пенсії, залежно від групи інвалідності, за наявності необхідного страхового стажу на час настання інвалідності або на день звернення за пенсією [4].

Отже, однією з обов'язкових умов для призначення таких пенсій за нормами вищезгаданого Закону з урахуванням внесених змін Законом України «Про заходи щодо законодавчого забезпечення реформування пенсійної системи» від 8 липня 2011 р. № 3668-VI, який набрав чинність з 1 жовтня 2011 року, є наявність страхового стажу від 1 до 14 років — залежно від віку інваліда та групи інвалідності. Для інвалідів I групи передбачені такі вимоги: до досягнення особою 25 років включно - 1 рік; від 26 років до досягнення особою 28 років включно - 2 роки; від 29 років до досягнення особою 31 року включно - 3 роки; від 32 років до досягнення особою 34 років включно - 4 роки; від 35 років до досягнення особою 37 років включно - 5 років; від 38 років до досягнення особою 40 років включно - 6 років; від 41 року до досягнення особою 43 років включно - 7 років; від 44 років до досягнення особою 48 років включно - 8 років; від 49 років до досягнення особою 53 років включно - 9 років; від 54 років до досягнення особою 59 років включно - 10 років.

Для інвалідів II та III груп законодавство передбачає необхідність набуття страхового стажу такої тривалості: до досягнення особою 23 років включно - 1 рік; від 24 років до досягнення особою 26 років включно - 2 роки; від 27 років до досягнення особою

28 років включно - 3 роки; від 29 років до досягнення особою 31 року включно -- 4 роки; від 32 років до досягнення особою 33 років включно - 5 років; від 34 років до досягнення особою 35 років включно - 6 років; від 36 років до досягнення особою 37 років включно - 7 років; від 38 років до досягнення особою 39 років включно - 8 років; від 40 років до досягнення особою 42 років включно - 9 років; від 43 років до досягнення особою 45 років включно - 10 років; від 46 років до досягнення особою 48 років включно - 11 років; від 49 років до досягнення особою 51 року включно - 12 років; від 52 років до досягнення особою 55 років включно - 13 років; від 56 років до досягнення особою 59 років включно - 14 років [5].

Попередня редакція ч. 1 ст. 32 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» містила норму, відповідно до якої особи, визнані інвалідами, мали право на пенсію по інвалідності за наявності такого страхового стажу на час настання інвалідності або на день звернення за пенсією: до досягнення особою 23 років включно – 2 роки; від 24 років до досягнення особою 26 років включно – 3 роки; від 27 років до досягнення особою 31 року включно – 4 роки; для осіб від 32 років і старших – 5 років. Такі вимоги викликали зауваження, оскільки деякі особи в такому молодому віці досить часто не мали змоги набути необхідний стаж. Не маючи при цьому права на пенсію по інвалідності, вони були позбавлені належного рівня соціального захисту [4].

Як бачимо, вимоги до обов'язкового страхового стажу для осіб з фізичними вадами, порушеннями функцій організму стали більш лояльними. Слід також зазначити, що у період до 1 січня 2016 р. особи, визнані інвалідами II групи, мають право на пенсію по інвалідності за наявності страхового стажу, передбаченого для призначення пенсій інвалідам I групи.

Єдиним винятком, коли не вимагається страховий стаж, є настання інвалідності внаслідок загального захворювання в період проходження строкової військової служби, а також внаслідок трудового каліцтва чи професійного захворювання. При цьому немає

значення, на постійній, сезонній чи тимчасовій роботі отримано трудове каліцтво чи професійне захворювання, на основній роботі чи на роботі за сумісництвом [6, с. 10].

На нашу думку, є цілком правильним розмежування вимог до страхового стажу не тільки за віком особи, а й в залежності від конкретної групи інвалідності. Але не можна погодитись з відсутністю розмежувань вимог до страхового стажу для осіб із II групою інвалідності та осіб, яким встановлена III група інвалідності. Оскільки, зважаючи на ті обмеження життєдіяльності, що наявні в осіб з інвалідністю II групи порівняно із особами, які мають III групу інвалідності, цей поділ є доцільним.

Отже, для реалізації права на пенсійне забезпечення по інвалідності внаслідок загального захворювання особі за наявності у неї однієї із трьох груп інвалідності та передбаченої законом тривалості страхового стажу необхідно звернутися до управління Пенсійного фонду України за місцем постійного проживання за призначенням цього виду пенсії.

Згідно з ч. 1 ст. 33 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», пенсія по інвалідності залежно від групи інвалідності призначається в таких розмірах: інвалідам I групи – 100% пенсії за віком; інвалідам II групи – 90% пенсії за віком; інвалідам III групи – 50% пенсії за віком, обчисленої відповідно до ст.ст. 27 та 28 даного Закону [4].

На нашу думку, є невиправданим обчислення пенсії по інвалідності як відсоткове відношення до пенсії за віком без закріплення на законодавчому рівні мінімальних пенсій для відповідної категорії інвалідів.

У системі пенсійного забезпечення обчислення розміру пенсії по інвалідності внаслідок загального захворювання прямо залежить від заробітної плати (або грошового забезпечення) та страхового стажу особи. Практика застосування норм пенсійного законодавства містить чимало прикладів, коли особа з обмеженими можливостями першої або третьої групи може мати однаковий розмір пенсії.

Так, наприклад, в Івано-Франківській області станом на 1 січня 2012 р. пенсію по інвалідності у мінімальному розмірі отриму-

вали 3,8% від загальної кількості одержувачів пенсій по інвалідності (46889 осіб), тобто 1781 особа, з яких 215 осіб – I групи (що становить 4,83 % від кількості пенсіонерів по інвалідності даної групи), 840 – II групи (4,86%), 726 – III групи (2,89%).

Підтвердженням нашої думки можуть слугувати наступні приклади. Так, громадянин Ж., 1955 р.н., інвалід I групи підгрупи А (тобто лежача людина), при стажі роботи 14 років 6 місяців і невеликій заробітній платі, отримує пенсію в мінімальному розмірі. В свою чергу, громадянин Х., 1976 р.н., інвалід II групи при загальному стажі роботи 7 років 9 місяців теж отримує пенсію у мінімальному розмірі. В свою чергу, інвалід III групи навіть при наявності стажу 29 років 9 місяців та відносно великій зарплаті, теж буде мати мінімальну пенсію. Але зауважимо, що інвалід III групи в порівнянні з інвалідом I групи (лежачою людиною), в більшості випадків може ще й працювати, тим самим отримувати додатковий дохід. А ось втрати на утримання інвалідів I групи значно більші, оскільки хвороби є серйознішими.

Коробенко Н.П. у своєму дисертаційному дослідженні запропонувала визначати розмір пенсій по інвалідності у відсотковому співвідношенні від заробітку інваліда, а саме: особам з інвалідністю I групи – 70% ; II групи – 60%; III групи – 40% від заробітку [2, с. 160]. Але, на нашу думку, це пропозиція є недосконалою, оскільки заробіток може бути досить різний (наприклад, 40% від 2000 грн. є більше ніж 70% від 1000 грн.), що, в свою чергу, не забезпечує мінімально гарантованого захисту людям з фізичними вадами [7, с. 13].

Ми пропонуємо внести зміни у законодавчий акт та встановити мінімальний розмір пенсії для кожної групи інвалідності окремо. З цією метою ч. 1 ст. 33 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» викласти у наступній редакції: «Пенсія по інвалідності залежно від групи інвалідності призначається в таких розмірах: інвалідам I групи – 100% пенсії за віком, але не менше як 150% від прожиткового мінімуму для непрацездатних осіб; інвалідам II групи – 90% пенсії за віком, але не менше як 120% від прожиткового мінімуму для непрацез-

датних осіб; інвалідам III групи – 50% пенсії за віком, але не менше як 100% від прожиткового мінімуму для непрацездатних осіб, без урахування надбавок, підвищень, доплат тощо». Це означає, що хоча б на мінімальному рівні, але інвалідам буде гарантуватися диференційований підхід до визначення розміру пенсій.

У ст. 45 вищезгаданого Закону визначено, що пенсія по інвалідності призначається від дня звернення, але якщо звернення за пенсією відбулося не пізніше трьох місяців із дня встановлення інвалідності, пенсія по інвалідності призначається з дня встановлення інвалідності [4].

Але передбаченого законодавцем тримісячного терміну, звернення протягом якого до уповноваженого органу Пенсійного фонду України дає особі з інвалідністю право отримувати пенсію з дати встановлення інвалідності, не завжди достатньо для подання необхідних документів, а отже, така норма в окремих випадках не дозволяє особі отримати матеріальне забезпечення за весь період інвалідності. Оскільки особа, в якої виникло право на пенсію по інвалідності — це людина, яка має стійкі розлади функцій організму, і у цей час може перебувати на лікуванні у медичному закладі, або її фізичний та емоційний стан не дозволяють їй у такий складний період зібрати чималу кількість документів, відвідуючи із цією метою різні підприємства, установи, організації. Особливо це стосується осіб, у яких виявлено небезпечну для життя людини хворобу або які внаслідок травми отримали такі анатомічні дефекти, що є підставою встановлення інвалідності без зазначення терміну переогляду. Знайти уповноважену особу, яка б на законних підставах представляла особу з інвалідністю, у такий короткий проміжок часу також не завжди є можливим. Як наслідок, тримісячний строк спливає, і особа з інвалідністю у цей період залишається без гарантованого законодавством України матеріального забезпечення у вигляді пенсії по інвалідності. Саме для уникнення таких випадків пенсія по інвалідності має призначатися із дня встановлення інвалідності у термін, який є більшим за передбачений на цей час у пенсійному законодавстві. З цього приводу Н.П. Коробенко слушно вважає, що доцільним

є застосування диференційованого підходу до таких строків залежно від того, встановлено інвалідність на конкретний термін чи безстроково. Отже, пенсію по інвалідності внаслідок загального захворювання для осіб, яким інвалідність встановлено на конкретний термін, потрібно призначати з дня встановлення інвалідності, якщо за нею звернулися не пізніше 6 місяців, а для осіб, яким інвалідність встановлено без зазначення терміну переогляду — з дня встановлення інвалідності, якщо за нею звернулися не пізніше 12 місяців [7, с. 11]. Такі нововведення і, на нашу думку, сприятимуть тому, що усі особи, яким встановлено інвалідність, матимуть реальну можливість отримувати пенсію по інвалідності в солідарній пенсійній системі з дня встановлення інвалідності, а також зможуть спокійно, без завдання додаткової шкоди своєму здоров'ю, реалізувати право на таку пенсію. Але, слід зауважити, що це значно збільшить навантаження на бюджет Пенсійного фонду України, який і без того дефіцитний на сьогоднішній день, оскільки повернути одноразово людині пенсію , наприклад, за 11 місяців важче ніж за 3 місяці.

Слід зазначити, що надзвичайно актуальним і болючим для осіб із інвалідністю є також питання строків, на які встановлюється інвалідність, оскільки вони через кожні 1-3 роки мають проходити досить важку для людини, що має проблеми зі здоров'ям, процедуру підтвердження того, що стан їхнього здоров'я не поліпшився. Оскільки інвалідність виникає внаслідок стійкого розладу функцій організму, видається, що покращити стан здоров'я, особливо враховуючи рівень медицини в нашій країні та матеріальне становище більшості громадян, у термін 2-3 роки, а тим більш за один рік, майже неможливо. Більшість науковців вважає, що доцільним було б запровадження термінів переогляду від 1 до 5 років та розроблення переліку, в якому б конкретно вказувалися залежно від складності захворювання терміни переогляду інвалідів [7, с. 9].

На їхню думку, з одного боку, дозволило б чималій кількості осіб з інвалідністю спокійно відновлювати стан здоров'я, не хвилюючись з приводу необхідності зібрати усі документи, уникну-

ти необхідності постійно перебувати у нервовому напруженні та отримувати додаткові фізичні навантаження у чергах під кабінетами. З іншого боку, медичним закладам також не потрібно буде через кожен рік чи два проводити переогляди чималої кількості осіб і надавати їм направлення на медико-соціальну експертизу, що займає у лікарів досить багато часу. Із збільшенням періоду переогляду в особи зникне необхідність досить частого перебування на стаціонарі у лікарні для отримання направлення, отже в медичних закладах додатково з'являться вільні місця.

Для пенсійного забезпечення по інвалідності зміна термінів переогляду також матиме позитивні наслідки: пенсію по інвалідності потрібно буде перераховувати або поновлювати не через кожні 1-3 роки, а через 1-5 років. Як наслідок, можливою є оптимізація роботи територіальних органів Пенсійного фонду України: зменшиться кількість звернень осіб з інвалідністю, управління Пенсійного фонду не повинні будуть фактично через короткі проміжки часу знову розглядати документи, перераховувати раніше призначені пенсії, приймати рішення про припинення виплат, а потім про їхнє поновлення тощо. Чимала ж кількість інвалідів перестане бути постійними відвідувачами територіальних органів Пенсійного фонду, що зменшить черги під кабінетами та навантаження на спеціалістів державного органу [2, с. 153].

Висновки. Отже, важливою умовою досягнення в суспільстві соціальної стабільності є реформування системи соціального захисту, головною метою якого є розширення соціальної бази перетворень на основі стабілізації життєвого рівня населення, зменшення тягаря наслідків економічних реформ для найуразливіших верств населення та вжиття відповідних заходів щодо соціальної адаптації громадян з фізичними вадами або стійкими порушеннями функцій організму.

1. Шевцов А.Г. Сучасна державна соціальна політика щодо громадян із інвалідністю / А.Г. Шевцов // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. – 2004. – № 64. – С. 122.

2. Хуторян Н.М. Правові проблеми пенсійного забезпечення в Україні: монографія / Н.М. Хуторян, М.М. Шумило, М.П. Стадник та ін. – К.: Ін Юре. – 2012. – 540 с.

3. Інструкція «Про встановлення груп інвалідності» затверджена Міністерством охорони здоров'я України від 7 квітня 2004 р. № 183 // Офіційний вісник України. – 2004. – № 17. – Ст. 1235.

4. Закон України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» від 9 липня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 49-51. – Ст. 376.

5. Закон України «Про заходи щодо законодавчого забезпечення реформування пенсійної системи» від 8 липня 2011 р. // Офіційний вісник України. – 2011. – № 71. – Ст. 2667.

6. Мастюгіна Г. Новації у загальнообов'язковому пенсійному страхуванні / Г. Мастюгіна // Вісник Пенсійного фонду України. – 2011. – № 11 (113). – С. 8-10.

7. Коробенко Н.П. Пенсійне забезпечення по інвалідності в солідарній пенсійній системі України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05 / Н.П. Коробенко. – К., 2010. – 20 с.

Матвієнко Є.П. До проблеми пенсійного забезпечення інвалідів

У статті розкриваються умови, необхідні для реалізації права на пенсію по інвалідності, а саме наявність у громадян з фізичними вадами страхового стажу необхідної тривалості для певного віку та відповідно до групи інвалідності, що встановлюється даній особі, а також визначені основні проблемні питання даного виду пенсійного забезпечення.

Ключові слова: інвалідність, пенсія по інвалідності, страховий стаж, пенсійне забезпечення, громадяни з фізичними вадами, порушеннями функцій організму.

Матвиенко Е.П. К проблеме пенсионного обеспечения инвалидов

В статье раскрываются условия, необходимые для реализации права на пенсию по инвалидности, а именно наличие у граждан с физическими недостатками страхового стажа необходимой продолжительности для определенного возраста и в соответствии с группой инвалидности, которая устанавливается данному лицу, а также определены основные проблемные вопросы данного вида пенсионного обеспечения.

Ключевые слова: инвалидность, пенсия по инвалидности, страховой стаж, пенсионное обеспечение, граждане с физическими изъянами, нарушениями функций организма.

Matviienko I.P. Problems of the pension providing of invalids

In the article terms open up necessary for realization rights on a pension on disability, namely presence for citizens with the physical defects of insurance experience of necessary duration for certain age and in accordance with the group of disability which is set to this person, and the basic problem questions of this type of the pension providing are certain.

Keywords: disability, pension on the disability, insurance experience, pension providing, people with physical defects, violations of the functions of organism.

ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ, КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОЇ ТА КРИМІНОЛОГІЧНОЇ (ПРОФІЛАКТИЧНОЇ) ПОЛІТИКИ

Лихова С.Я., Швець Р.В.

ПОРУШЕННЯ НОРМ ГУМАНІТАРНОГО ПРАВА (АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ РАТИФІКАЦІЇ РИМСЬКОГО СТАТУТУ)

УДК 343.337.4

Міжнародне кримінальне законодавство передбачає порушення кримінальної справи щодо осіб, винних у вчиненні серйозних порушень міжнародного гуманітарного права.

З цією метою чотири Женевські конвенції від 12 серпня 1949р.: «Про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях» (I Женевська конвенція), «Про поліпшення участі поранених, хворих, осіб, які зазнали корабельної аварії, зі складу збройних сил на морі» (II Женевська конвенція), «Про поводження із військовополоненими» (III Женевська конвенція), «Про захист цивільного населення під час війни» (IV Женевська конвенція) та Додатковий протокол до Женевських конвенцій, який стосується жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I) від 8 червня 1977р., Додатковий протокол до Женевських конвенцій, що стосується захисту жертв неміжнародних збройних конфліктів (Протокол II) від 8 червня 1977р. зобов'язують держави передбачити в національному законодавстві норми з метою забезпечення відповідних кримінальних санкцій за порушення міжнародного гуманітарного права. Відповідальність фізичних осіб за міжнародні злочини найчастіше настає за умови, що їх злочинні дії пов'язані із злочинною діяльністю держави. Офіційний статус особи (глави держави, уряду тощо) не звільняє її від кримінальної відповідальності. Загальновизнаною є норма вироку Нюрнберзь-

кого трибуналу від 1 жовтня 1946р. щодо того, що злочини проти міжнародного права вчиняються людьми, а не абстрактними категоріями, і лише шляхом покарання окремих осіб, які вчинили такі злочини можуть бути виконані положення міжнародного права. Принцип міжнародного права, яке в окремих випадках захищає представника держави, не може бути застосований до діянь, які засуджуються як злочинні за нормам міжнародного права. У ст. 86 Додаткового протоколу І до Женевських конвенцій передбачено, що той факт, що порушення було вчинене підлеглою особою, не звільняє її начальників від кримінальної або дисциплінарної відповідальності у разі, коли вони знали, що мають у своєму розпорядженні інформацію, яка повинна надавати їм можливість дійти висновку в обстановці, що існувала на той час, що така підлегла особа вчиняє або має місце вчинити подібне порушення, і якщо особа начальницького складу не вжила всіх практично можливих заходів у межах своїх повноважень для відвернення або припинення такого порушення.

Окрім Женевських конвенцій 1949р. Україна сьогодні приєдналася до Конвенції «Про захист культурних цінностей на випадок збройного конфлікту» від 14 травня 1954р., Конвенції «Про незастосування строку давності до воєнних злочинів і злочинів проти безпеки людства» від 20 листопада 1968р. 20 січня 2000 року Україна підписала Статут Міжнародного кримінального суду, утворений рішенням Дипломатичної конференції повноважних представників під егідою Організації Об'єднаних Націй 17 липня 1998р. (Римський статут).

У Висновку Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України про надання висновку щодо відповідності Статуту Міжнародного кримінального суду Конституції України (справа про Римський Статут) від 11 липня 2001р. вказано, що встановлення відповідальності за вчинення більшості злочинів, передбачених Римським статутом, є міжнародно-правовим зобов'язанням України (багато із них – задовго до набуття чинності Конституцією України). Це Конвенція «Про запобігання злочинам геноциду та покарання за нього» від

9 грудня 1948р. (набула чинності 15 лютого 1955р.), чотири Женевські конвенції від 12 серпня 1949р. (набула чинності 3 січня 1955р.), Конвенція «Про захист культурних цінностей на випадок збройного конфлікту» від 14 травня 1954р. (набула чинності 6 липня 1957р.), Міжнародна конвенція «Про попередження злочину апартеїду та покарання за нього» від 30 листопада 1973р. (набули чинності 18 липня 1976р.), Конвенція «Проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження та покарання» від 10 грудня 1984р. (набула чинності 26 червня 1987р.).

У КК України міститься розділ XX «Злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку». Однак не всі злочини, які передбачаються відповідними міжнародно-правовими актами і, зокрема, Женевськими конвенціями та Додатками протоколами до них як серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, імплементовані у повному обсязі у вітчизняне кримінальне законодавство. Насамперед, у ст. 438 КК України «Порушення законів та звичаїв війни» передбачена відповідальність лише за деякі із них (до того ж, вітчизняний законодавець використав власні дефініції), хоч диспозиція цієї статті має бланкетний характер, що знаходить свій прояв у термінологічному звороті «… інші порушення законів та звичаїв війни, передбачених міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України». Таке положення є явно недостатнім для того, щоб вважати норми міжнародного права повністю імплементованими у вітчизняне законодавство, тим більше, що норми міжнародного права вже не обмежують відповідальності осіб, які вчинили злочини лише під час воєнних дій.

Окрім того, виникає колізія між нормами відповідних Конвенцій та нормою, які містяться у ч.1 ст. 2 КК України, в якій зазначається, що підставою кримінальної відповідальності є вчинене особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбачений КК України. Ця норма закріплює один із найважливіших принципів кримінального права, згідно з яким «без закріплення в законі немає злочину, немає покарання». Хоча

в той же час, КК України передбачає принцип універсальної юрисдикції щодо порушень, учинених іноземцями і передбачених у міжнародних договорах.

Конституційний суд України у своєму висновку від 11 липня 2011р. (Справа №1 – 35/2001) визнав Римський статут Міжнародного кримінального суду, підписаний від імені України 20 січня 2000р., таким, що не відповідає Конституції України. Особлива увага у цьому висновку приділена відповідальності високопосадовців, які вчинили злочини, що підпадають під юрисдикцію Міжнародного кримінального суду. Зокрема, вказується, що згідно із частиною другою ст.25 Конституції України громадянин України не може бути виданий іншій державі. Пункт 1 ст. 89 статуту передбачає, що Міжнародний кримінальний суд може направити прохання про арешт та передачу особи разом із відповідними матеріалами будь-якій державі, на території якої перебуває ця особа, і звернутися до цієї держави з проханням про співробітництво в її арешті і передачі. Держави-учасниці відповідно до процедури, передбаченої їх національним законодавством, виконують таке прохання. На думку суб'єкта права на конституційне подання (в даному випадку, на думку Президента України) це положення Римського статуту суперечить положенню ст. 25 Конституції України.

По-суті, у Римському статуті йдеться про притягнення до кримінальної відповідальності осіб, які користуються недоторканністю – народні депутати України, Президент України, судді. Так, ці особи підлягають покаранню за такі злочини, як, наприклад, геноцид, але тут же вказується, що особи, що користуються правом недоторканності, можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності за національним законодавством. До речі, і за геноцид, і за заклики до війни, і за інші злочини проти власної держави і її народу, але уявити сьогодні таку ситуацію надзвичайно важко і проблематично. Всі високопосадовці, яких би можна було звинуватити у злочинах проти власного народу та міжнародного правопорядку є недосяжними до національних судових органів. Те ж можна сказати і про керівників сусідньої держави, які

спрямовують зусилля на знищення українського народу і, по-суті, вчиняють кримінальні злочини, відповідальність за які передбачена як в національному законодавстві, так і в Римському статуті.

Тут доречно згадати справу Слободана Мілошевича. У 1999 році ООН і НАТО звинуватило його у військових злочинах, порушенні Женевської конвенції та геноциді. Сербію бомбардувала авіація НАТО. У травні 1999 року Гаазький трибунал для колишньої Югославії висунув звинувачення проти колишнього президента Югославії Слободана Милошевича в скоєні військових злочинів у Косово в 1999 році. Милошевича і чотирьох вищих югославських керівників обвинувачено за п'ятьма пунктами, кваліфікованими як злочини проти людства — вбивства, переслідування з політичних, расових і релігійних мотивів, депортації — і по одному пункту, кваліфікованому як порушення законів і звичаїв війни. У обвинувальному висновку мовилося, що, зважаючи на їхнє високе командне становище, вищеназвані особи особисто відповідальні за порушення міжнародного гуманітарного права. У обвинувальному висновку зазначено, що з 1 січня до кінця травня 1999 року збройні сили та поліцейські підрозділи СРЮ, поліція Сербії та сербські напіввійськові формування, які перебували під контролем обвинувачених, спільно проводили в Косово серію широкомасштабних систематичних нападів на населені переважно албанцями міста й села. У зв'язку з цим, згідно з обвинувальним висновком, обвинувачені несуть відповідальність за вигнання з Косово близько 750 тис. етнічних албанців, що становить майже одну третину всього албанського населення краю. Крім того, тисячі албанців інтерновано в самому Косово, невідоме число їх убито. Милошевича та інших керівників країни звинувачували у вбивстві конкретних 340 осіб, імена яких названо в додатку до звинувачення. 1 квітня 2001 року Милошевича заарештовано відповідно до югославського законодавства за звинуваченням у скоєнні кримінальних злочинів (зловживання службовим становищем і об'єднання в групи для скоєння кримінальних злочинів).

28 червня 2001 року колишнього президента Югославії Слободана Милошевича передано Гаазькому Міжнародному трибу-

налу по колишній Югославії (МТКЮ) і переведено у в'язницю ООН у Гаазі. 3 липня 2001 року відбулася його перша зустріч із суддями МТКЮ. Від послуг адвокатів екс-президент відмовився, заявивши, що Гаазький суд незаконний і він його не визнає. Судовий процес почався 12 лютого 2002 року.

Злочини, в яких обвинувачено С. Милошевича на основі його особистої відповідальності:

- Боснія і Герцеговина, 29 злочинів з 1 серпня 1991 року по 31 грудня 1995 року. Геноцид: масові вбивства боснійських мусульман і хорватів (страта декількох тисяч мусульман у Сребрениці в липні 1995 року), створення концтаборів (близько 50 на території Боснії), насильницьке переселення більш як 250 тис. осіб;
- 10 злочинів проти людства: переслідування на політичному, національному й релігійному ґрунті, вбивства, тортури, антигуманні дії, незаконне ув'язнення;
- 8 порушень Женевських конвенцій 1949 року: вбивства, спричинення страждань, невиправдані руйнування, псування майна;
- 9 порушень законів і звичаїв ведення війни: варварське руйнування населених пунктів (обстріл Сараєва), руйнування й завдання збитку історичним пам'яткам, привласнення майна, напад на мирних жителів.

У зв'язку з погіршенням стану здоров'я процес над Слободаном Милошевичем переривали 22 рази. Він клопотав про лікування в Росії, заявивши, що лікарські заходи, зроблені в місці утримання, результату не дали й носили суто поверхневий характер. Трибунал відмовив йому, мотивуючи відмову тим, що посилання на хворобу є лише приводом для того, щоб сховатися від суду. 11 березня 2006 року Слободана Милошевича знайдено мертвим у своїй камері у в'язниці Гаазького трибуналу. Він помер від серцевого нападу.14 березня 2006 року Міжнародний кримінальний трибунал для колишньої Югославії закрив справу Слободана Милошевича.

Статтею 88 Протоколу I до Женевських конвенцій встановлено, що факт вчинення порушення підлеглою особою не звільняє

її начальників від кримінальної або дисциплінарної відповідальності. Це положення дає можливість відомому фахівцю у галузі вивчення проблем кримінальної відповідальності за порушення гуманітарного права В.П. Базову стверджувати, що вчинення підлеглими серйозного порушення міжнародного гуманітарного права не звільняє його командира (начальника) від особистої відповідальності [1, с. 19].

Перед Україною сьогодні постала серйозна проблема застосування норм міжнародного законодавства під час внутрішнього і зовнішнього конфліктів. Ми вважаємо, що неточність перекладу, неповна імплементація норм міжнародного права в національне законодавство, в окремих випадках явні колізії між нормами міжнародного і національного права перетворюють застосування норм Женевських конвенцій та інших міжнародних норм гуманітарного права у формальність. Хоча в сукупності ці акти утворюють міжнародне гуманітарне право як самостійну галузь міжнародного публічного права (jus in bella), яке відрізняється від права держави на ведення війни (jus ad bellum) і від комплексної галузі права, яка своїм предметом має вивчення прав людини як загальносоціального феномена (право прав людини). Крім того, відповідно до п. 10 Преамбули і ст. 1 Римського статуту Міжнародного кримінального суду [2] він доповнює національні органи кримінальної юстиції, Міжнародний кримінальний суд здійснює свою юрисдикцію за принципом компліментарності, тобто коли держава не володіє юрисдикцією щодо певного злочину, не бажає або нездатна вести розслідування, порушити кримінальне переслідування певним чином. Причини цього можуть бути як об'єктивні, так і політичного характеру. Сьогодні практично всі особи, які вчинили злочини проти української держави і українського народу є недосяжними для національних правоохоронних органів. Але слід відмітити, що і Україна сьогодні не готова пред'являти обвинувачення і притягати до кримінальної відповідальності таких осіб.

Це породжує практику подвійних стандартів щодо притягнення до кримінальної відповідальності осіб, які вчинили серйозні порушення гуманітарного права.

Аналіз положень Римського статуту відображає те, що міжнародна система захисту прав людини лише визначає мінімальний стандарт. При цьому більшість злочинів, за які встановлена відповідальність у Римському статуті лежить переважно у площині jus cogens, тобто імперативних норм міжнародного права, які держава не може переглядати в односторонньому порядку і тим більше їх порушувати. Адресатом Римського статуту є посадові особи, які підозрюються або вчинили злочини проти людяності і миру. У такий спосіб в національний правопорядок включаються міжнародні механізми відповідальності високопосадовців, які в силу конкретних політичних обставин блокували і блокують національні засоби кримінальної юстиції.

Адже за умови ратифікації Римського статуту ні Леонід Кучма, ні Віктор Янукович, ні Віталій Захарченко (український державний службовець, бізнесмен, колишній голова Державної податкової служби України та міністр внутрішніх справ України), ні ціла низка інших високопосадовців не дозволяли б собі вчинити низку діянь, які також є своєрідною складовою подій, пов'язаних із Майданом – 2004р. і Майданом – 2013-2014р.р. та підривом територіальної цілісності України у Автономній Республіці Крим та на Сході України. До таких осіб слід також віднести сьогоднішніх самопроголошених керівників у Криму, в Донецькій та Луганській областях.

Система національної та міжнародної кримінальної юстиції є цілком компліментарними і у своїй взаємодії вони можуть забезпечити доволі дієвий заслін проти зловживань з боку високопосадовців, що є невід'ємним елементом сучасного конституціоналізму, зокрема, military democracy (демократії, здатної захищати).

Прикладом того, що міжнародна спільнота все ж має достатньо можливостей покарати міжнародних злочинців, є рішення Міжнародного трибуналу по колишній Югославії. Так, у резолюції Ради Безпеки ООН № 827/1993р. щодо заснування Міжнародного трибуналу для судового переслідування осіб, відповідальних за серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, вчинених на території колишньої Югославії з 1991р., [3] було під-

тверджено, що широкомасштабні порушення міжнародного гуманітарного права є загрозою для міжнародного миру та безпеки.

Тенденція до зникнення принципових відмінностей між міжнародними та неміжнародними збройними конфліктами сприяє розширенню сфери регулювання міжнародного гуманітарного права, зближення його з правом прав людини, що знайшло своє підтвердження в рішенні Міжнародного трибуналу по колишній Югославії у справі Душко Тадіча (який служив на наглядачем концентраційного табору «Омарска» в північно-західній Боснії і обвинувачувався по 12 пунктам в порушенні Женевської конвенції та по 10 пунктам за злочини проти людяності і порушення звичаїв і законів ведення війни, вчинені в районі Приєдор, включаючи табори Омарска, Кератерм і Трнополе) від 2 жовтня 1995р. та резолюції Ради Безпеки ООН від 13 серпня 1992р. № 771 щодо Боснії і Герцеговини. Міжнародний трибунал по колишній Югославії у справі Душко Тадіча дійшов висновку, що багато принципів, які застосовувалися під час міжнародних збройних конфліктів, зараз поступово перетворюються у правові норми та імплементуються у законодавство. Резолюція Безпеки Ради ООН (Чергова доповідь Генерального секретаря ООН на виконання резолюцій 757 (1992р.), 758 (1992р.) і 761 (1992р.) Ради Безпеки ООН) від 13 липня 1992р. № 764 стосовно югославського конфлікту також спрямована на стирання межі між воєнними злочинами і аналогічними діяннями, вчиненими під час збройних конфліктів неміжнародного характеру.

Принципи, закріплені в Женевських та Гаазьких конвенціях (гуманітарне право можна умовно поділити на дві підгалузі – право Гааги, яке обмежує воюючі сторони у виборі засобів і методів ведення воєнних дій, і право Женеви – норми якого спрямовані на захист осіб, які не участь або припинили участь у бойових діях, а також на захист культурних цінностей і майна), в Статутах ad hoc міжнародних воєнних трибуналів та в міжнародних нормативних актах, що регулюють відповідальність осіб, які беруть участь у міжнародних і неміжнародних конфліктах. Наприклад, такі принципи застосовувалися щодо Президента Сербської Республіки

і командувача її збройних сил під час конфлікту у Боснії (1992-1995р.р.), коли Камера першої інстанції Міжнародного трибуналу по колишній Югославії постановила, що Радован Караджич (сербський політик, колишній президент Республіки Сербської в Боснії. Міжнародний кримінальний трибунал у справах колишньої Югославії звинувачує Караджича у скоєні військових злочинів та геноциду на території колишньої Югославії. З 1995 р. знаходився у розшуку, арештований 21 липня 2008 р.) і Ратко Младич (колишній сербський генерал ЮНА, згодом начальник штабу Війська Республіки Сербської (1992-1995). У 1996 році Младича поряд з іншими керівниками Республіки Сербської було звинувачено Гаазьким Міжнародним трибуналом у скоєнні воєнних злочинів і геноциді у зв'язку з облогою Сараєва, в результаті якої загинуло близько 10 тис. осіб, а також у зв'язку зі знищенням понад 8 тис. чоловіків і підлітків чоловічої статі в липні 1995 року в Сребрениці. Його арешт є однією з передумов для вступу Сербії в Євросоюз. Після пятнадцятирічного уникання судового переслідування, 26 травня 2011 р. Младича було схоплено силами безпеки Сербії в селі Лазарево поблизу м. Зренянин (Сербія)) можуть нести кримінальну відповідальність.

Проблема полягає у тому, що військові командири, політичні діячі, начальники, як правило, самі участі у вчиненні конкретних злочинів не беруть, а іноді не віддають злочинних наказів, а просто володіють інформацією про злочини, що вчиняються їх підлеглими. Як правило, навіть тоді, коли таких осіб вдавалося притягти до кримінальної відповідальності і поставити перед судом, окремі із обвинувачуваних стверджували, що не передбачали справжніх масштабів наслідків, які потягли злочини, вчинені під час збройних конфліктів.

Проблема постає не лише в ратифікації Римського статуту, в аналізі міжнародних документів, які регулюють гуманітарне право, а в доказовій базі. Це питання є найскладнішим – як встановити вину командира, начальника, політичного діяча, адже в кримінальному праві жодної країни не передбачені випадки законного притягнення до кримінальної відповідальності осіб, вина яких не

встановлена. Це положення стосується як національних судів, так і міжнародних воєнних трибуналів і судів. Безумовно, принцип, відповідно до якого командир несе відповідальність за злочинні дії підлеглих, має універсальний характер, але воєнні злочини або серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, як і будь-які злочини, мають суб'єктивну сторону, яка включає вину, мотив і мету. У національному законодавстві майже всіх країн закріплений принцип індивідуальної відповідальності, а також положення про те, що злочини, вчинені у співучасті, завжди є умисними. Хоча Генеральна Асамблея ООН заявила з приводу конфлікту у колишній Югославії, що держава буде нести відповідальність за порушення прав людини, які її керівники здійснюють як на власній території, так і на території інших держав, наприклад, у законодавстві України не передбачена компетенція національного суду стосовно скарг на воєнні дії, що ставляться у вину державі. Узгодження норм міжнародного права і національного законодавства щодо відповідальності держави, командира, глави уряду чи політичного лідера, начальника-підлеглого – важлива проблема сьогодення. Звичайно, порушення права збройних конфліктів зумовлює міжнародну відповідальність держави-порушника. Проте відповідальність за дії посадових осіб або державного органу може покладатися на державу за умови, що вони були вчинені під час виконання її завдань і в межах функцій цієї посадової особи або органу.

Дискусійним є питання, кого слід визнавати суб'єктом міжнародних злочинів. Окремі автори вважають, що фізична особа не може нести кримінальну відповідальність за злочини міжнародного характеру. І у внутрішньому праві тільки суб'єкт-фізична особа може нести відповідальність за вчинення злочину. Існує думка, що коли йдеться про воєнні злочини суб'єкт правопорушення, яке носить міжнародно-правовий характер і суб'єкт відповідальності не збігаються, це різні феномени. Є автори, які вважають, що держава є суб'єктом міжнародно-правової відповідальності (політичної, матеріальної, моральної) за міжнародні

злочини, при цьому слід розрізняти поняття «злочини міжнародного характеру» і «міжнародні злочини».

Як висновок, слід зазначити, що теоретична дискусія навколо проблеми відповідальності високопосадовців за численні жертви у міждержавних та внутрішньодержавних конфліктах, вже давно має перейти у площину встановлення кримінальної відповідальності щодо конкретних осіб, винних у розв'язанні збройних конфліктів. Для цього, як перший і самий важливий крок, Україна має повернутися до питання щодо ратифікації Римського статуту.

1. Базов В.П. Кримінальна відповідальність за серйозні порушення міжнародного гуманітарного права / В.П. Базов //. – К.: Істина, 2003. – 135 с.

2. Римський статут міжнародного кримінального суду від 17.07.1998р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_588

3. Резолюція 827 (1993), ухвалена Радою Безпеки на її 3217-му засіданні від 25.05.1993р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_d66

Лихова С.Я., Швець Р.В. Порушення норм гуманітарного права (актуальні питання ратифікації Римського статуту)

Досліджуються питання ратифікації Римського статуту та застосування його норм щодо відповідальності військових командирів та високопосадовців за віддання злочинних наказів під час міжнародних та внутрішньодержавних конфліктів.

Ключові слова: міжнародний трибунал, гуманітарне право, злочини проти миру і людяності.

Лиховая С.Я., Швец Р.В. Нарушение норм гуманитарного права (актуальные вопросы ратификации Римского статута)

Исследуются вопросы ратификации Римского статута и применения его норм об ответственности военных командиров и высокопоставленных лиц за преступные приказы во время международных и внутригосударственных конфликтов.

Ключевые слова: международный трибунал, гуманитарное право, преступления против мира и человечности.

Lyhova S.Y., Shvets R.V. Violations of humanitarian law (current issues in the ratification of Rome statute)

Some questions of ratification of the Rome Statute and the application of its provisions on the responsibility of military commanders and senior officials of the criminal orders in international and intra-state conflicts have been studied.

Keywords: international court, humanitarian law, crimes against peace and humanity.

ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА

Басиста І.В.

ОСОБЛИВОСТІ ПРОВАДЖЕННЯ ОКРЕМИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ КАТАСТРОФ І АВАРІЙ НА ЗАЛІЗНИЧНОМУ ТРАНСПОРТІ

УДК 343.132: 35.081.73

Постановка проблеми. Під час розслідування кримінальних правопорушень даної категорії для слідчого надзвичайно важливо правильно оцінити ситуацію на місці події та виробити певний алгоритм власної діяльності. Адже за результатами проведеного нами вивчення статистичних даних та матеріалів кримінальних проваджень (справ) встановлено, що за останні три роки значна кількість кримінальних справ (проваджень) закрито за різними підставами, зокрема у 2011 році із зареєстрованих 88 матеріалів за ознаки злочину, передбаченого ст. 276 КК України закрито провадженням – 5, направлено до суду – 67. У 2012 році із зареєстрованих 53 матеріалів за ознаки злочину, передбаченого ст. 276 КК України закрито провадженням – 13, направлено до суду – 71. А у 2013 році ці показники суттєво погіршилися, так із зареєстрованих 237 матеріалів за ознаки злочину, передбаченого ст. 276 КК України закрито провадженням – 1429, направлено до суду лише 11 кримінальних проваджень[3].

Метою статті є дослідження особливостей провадження окремих слідчих (розшукових) дій при розслідуванні катастроф і аварій на залізничному транспорті.

Стан дослідження. Не дивлячись на те, що питанням дослідження окремих аспектів розслідування катастроф і аварій на залізничному транспорті у криміналістичній літературі приділя-

3 Відомості за 2011-2012 роки взяті на підставі Звіту про злочинність, відомості за 2013 рік отримані із Єдиного звіту про кримінальні правопорушення.

лася увага, однак за умов дії чинного КПК ця проблематика на достатньому рівні не розглядалася.

Виклад основних положень. Отже, з метою максимальної ефективності фіксації інформації та її збереження, при розслідуванні кримінальних правопорушень даної категорії, на перший план виходить така слідча (розшукова) дія як огляд місця події. Вона є однією з найважливіших слідчих (розшукових) дій, яка є джерелом основної доказової інформації. Перед тим як розпочати дослідження матеріальної обстановки, слідчий повинен правильно визначити межі огляду, що є запорукою його ефективного проведення та подальшої результативності (інформативності). Результативність огляду місця події багато в чому визначається рівнем підготовки до його проведення. Підготовка до огляду являє собою комплекс заходів організаційно-забезпечувального характеру, що утворюють сприятливі умови для його проведення. Така підготовка здійснюється в два етапи:

- *підготовка до огляду після одержання повідомлення про подію* (уточнення характеру події, забезпечення охорони МП, забезпечення безпеки громадян і запобігання шкідливим наслідкам злочину, запрошення спеціаліста, визначення складу СОГ та перевірка готовності науково-технічних засобів, комплектності слідчої валізи);

- *підготовка до огляду, що здійснюється безпосередньо на місці події* (вжиття заходів щодо надання необхідної медичної допомоги потерпілим, усунення сторонніх осіб з місця події, встановлення очевидців, надання завдання учасникам СОГ, визначення їх функцій, а також прав і обов'язків інших учасників огляду) [1, С.11-12].

Слід пам'ятати процесуальні вимоги статті 237 КПК до провадження огляду місця події, зокрема:

- метою огляду місця події є виявлення та фіксація відомостей щодо обставин вчинення кримінального правопорушення, а об'єктами огляду - місцевість, приміщення, речі та документи. *Слід відзначити, що під час огляду результатів аварій та катастроф на залізничному транспорті, як правило виникає необхід-*

ність дослідження всіх зазначених у нормі КПК об'єктів. Для прикладу, при сходженні рухомого залізничного складу з рейок, в невідкладному порядку оглядається місце сходження залізничного поїзда з рейок та прилягаючі до нього ділянки, локомотив і вагони, що зійшли з рейок, стрілочні переводи, пристрої сигналізації, централізації, блокування та зв'язку, засоби огородження місця шляхових робіт, документи в яких зазначається про технічний стан споруд та пристроїв, пов'язаних з причиною події, а у випадку накладень сторонніх предметів - предмети, накладені на залізничне полотно тощо [2]. *У разі виявлення знаряддя руйнування, потрібно насамперед оглянути місце руйнування з метою виявлення таких речових доказів як шурупи, гайки, рейкові накладки, вийняті зі шпал костилі тощо. Також особливу увагу необхідно приділити огляду місця зберігання залізничних інструментів суворої звітності та частинок маслянистих речовин* [3, С.129].

Увага! На місці катастрофи передусім оглядають предмети, які швидко втрачають свої первісні властивості чи можуть бути навмисно видозмінені (гальмові колодки для визначення ступеня їх нагрівання, стоп-крани й крани гальмівної системи, прилади керування локомотива тощо.

У разі руйнування колії і сходу рухомого складу зі шляху, як правильно відзначають дослідники, спочатку оглядають верхні будівлі зруйнованої колії, пошкоджені вагони та локомотив, потім інші одиниці рухомого складу й другу колію. Огляд розпочинають з тих ділянок, звідки проводять роботи з відбудови руху потягів. Зазначають послідовність розташування у складі потяга вагонів і цистерн, габарити вантажу, розміщеного на відкритих платформах, стан його кріплення та інші ознаки, що характеризують правильність формування потяга й завантаження вантажу на платформи. Під час огляду ділянки колії фіксують: стан рейок, скріплень, шпал, баласту, земляного полотна та шляхових споруд; розширення чи звуження колії, перекоси, кути, вигини та викиди колії, відхилення за рівнем та іншими дефектами, які можуть бути причиною катастрофи; виявлені на колії сторонні предмети,

частини вантажу, деталі гальмівної системи вагонів і локомотива, які можливо впали на колію і стали причиною катастрофи; профіль, план шляху й видимість шляхових сигналів. *Потрібно зробити огляд і виміри шляху для встановлення відхилень від норми за шаблоном і рівнем на відстані не менш як 500 метрів в обидва боки від місця катастрофи.* Під час огляду рейок фіксують їх тип, маркування, кількість і стан скріплень,конструкцію накладок, щільність прилягання підошви рейки до підкладок, ступінь бічної й вертикальної спрацьованості рейок, дефекти (злами, тріщини, вибої тощо). Під час огляду шпал встановлюють їх кількість на ділянці катастрофи та придатність до експлуатації. Визначають відстань між шпалами, наявність тріснутих, гнилих і осілих шпал, ступінь їх спрацьованості, а також чи міцно вони тримають костилі. Щодо баласту й земельного полотна, в протоколі огляду вказують товщину і склад баластового шару, наявність осідань, безодень, зсувів, розрідження й так званих баластових корит. Локомотив і вагони оглядають з метою визначення стану ходових частин, приладів керування, гальмівної системи, сигналізації, зчіпних, тягових і ударних приладів. Насамперед, зазвичай, оглядають вагони, які першими зійшли з рейок, а тоді локомотив та інші частини рухомого складу. Фіксують розташування локомотива та вагонів, визначають, які вагони зійшли з рейок, місце сходу, яку відстань вагони пройшли по шпалах і баласту, яке положення мають колісні пари вагонів, що зійшли (перебувають усередині колії чи зовні), і які частини рухомого складу відсутні. У разі сходу вагонів хвостової або середньої частини потяга з колії потрібно ретельно оглядати не лише ті вагони, що зійшли з рейок, а й вагони головної частини потяга, тому що несправність того чи іншого головного вагона могла спричинити пошкодження колії або падіння на колію вантажу чи деталей рухомого складу без сходу з рейок самого несправного вагона. Під час огляду ходових частин встановлюють їхні точні розміри, стан осей, підшипників, спиць, кронштейнів, букс, буксових рам і ресор. Зазначають наявність вибоїв і спрацьованості гребеня бандажа із зазначенням їхніх форм і розмірів. Огляд гальмівної системи має на меті з'ясувати,

чи застосовувалося гальмування в аварійній обстановці, які його результати; чи могли локомотивна та кондукторська бригади своєчасним включенням гальм запобігти катастрофі та які причини недостатнього гальмівного ефекту. При огляді звертають увагу на стан гальмівних колодок, ступінь їх нагрівання, стан автогальмівних рукавів та їхніх з'єднань, кількість і положення стоп-кранів у вагонах, показання манометра та його справність, положення ручки кранів машиніста, стан насоса, який подає повітря в автогальмівну магістраль, наявність вологи у головних повітряних резервуарах, положення кранів автогальмівної магістралі. Увага! Слід мати на увазі, що іноді кінцеві крани перекривають уже після катастрофи, щоб ухилитися від відповідальності за несвоєчасну зупинку поїзда. Під час огляду гальмівної системи повинно бути зроблено, за можливості, випробування гальм з фіксуванням показань манометра. Під час огляду приладів керування локомотива фіксують положення рукоятки крана машиніста, контролера та реверса і встановлюють, чи справно діють прилади, чи не мають вони будь-яких дефектів. З допомогою огляду системи сигналізації і автостопа вивчають стан світлових сигналів потяга, їх розташування й видимість, справність звукової сигналізації, стан прожектора локомотива, дальність його світіння, справність автостопа. Завданням огляду пристроїв СЦБ і зв'язку є перевірка їх технічного стану і правильності використання під час руху потягів, які зазнали катастрофи. Під час катастроф і аварій, що супроводжуються руйнуваннями рухомого складу, колії та інших споруд, часто знищуються речові докази, втрачаються ознаки, які свідчать про причину й обставини події. Дані про ці втрачені ознаки можуть зберігатися в різних залізничних документах, які набувають важливого значення під час розслідування сходів і зіткнень рухомого складу, наїздів на сторонні предмети й пошкодження пристроїв енергопостачання та зв'язку. Вдалому використанню документів під час розслідування катастроф сприяє те, що функціонування залізничного транспорту, діяльність його служб і стан технічних засобів регулюють відомчі інструкції, правила технічної експлуатації та інші документи встановленого зразка,

які підлягають огляду з метою надати допомогу слідству у відновленні обстановки, яка передувала катастрофі [3, С.130-132].

- для участі в огляді може бути запрошений потерпілий, підозрюваний, захисник, законний представник та інші учасники кримінального провадження. З метою одержання допомоги з питань, що потребують спеціальних знань, слідчий, прокурор для участі в огляді може запросити спеціалістів. *Така діяльність слідчого охоплюється підготовчим етапом огляду місця події. Так як на залізничному транспорті мають місце: пошкодження пристроїв електропостачання залізниці; накладення на колії сторонніх предметів; навмисні руйнування рейкового шляху тощо, то у всіх зазначених випадках потрібно проводити огляд місця поді за участю спеціалістів: чергових, інженера електростанції, лінійного електромонтера, працівника служби електрифікації Управління залізниці, який не забезпечив злагодженості схем живлення контактної мережі та ліній зв'язку, члена ремонтної бригади, працівника служби колії тощо* [3, С.129].

Увага! Особи, у присутності яких здійснюється огляд, при проведенні цієї слідчої (розшукової) дії мають право робити заяви, що підлягають занесенню до протоколу огляду.

- при проведенні огляду дозволяється вилучення лише речей і документів, які мають значення для кримінального провадження, та речей, вилучених з обігу. Усі вилучені речі і документи підлягають негайному огляду і опечатуванню із завіренням підписами осіб, які брали участь у проведенні огляду. У разі якщо огляд речей і документів на місці здійснити неможливо або їх огляд пов'язаний з ускладненнями, вони тимчасово опечатуються і зберігаються у такому вигляді доти, доки не буде здійснено їх остаточні огляд і опечатування [4]. *Слід відзначити, що у даному випадку, при описі виявлених речей і документів за результатами аварій та катастроф на залізничному транспорті, необхідно дотримуватися вимог до термінології, яка ще й деталізована відомчими інструкціями. Також не рекомендується вживати невизначених понять, як от: «поблизу», «неподалік», «поряд» тощо. Поряд із цим при описі виявленого не доцільно чітко наводити визначення*

слідів, характеристика яких на момент огляду не визначена і потребує подальших спеціальних досліджень. Наприклад, неможна писати «плями крові», «залишки тормозної рідини чи мазуту» тощо. В таких випадках в протоколі виявлене визначається висловами типу «плями бурого кольору, схожі на кров» тощо [5, С.176].

Увага! Слідчий, прокурор має право заборонити будь-якій особі залишити місце огляду до його закінчення та вчинювати будь-які дії, що заважають проведенню огляду. Невиконання цих вимог тягне за собою передбачену законом відповідальність.

- при огляді слідчий, прокурор або за їх дорученням залучений спеціаліст має право проводити вимірювання, фотографування, звуко- чи відеозапис, складати плани і схеми, виготовляти графічні зображення оглянутого місця чи окремих речей, виготовляти відбитки та зліпки, оглядати і вилучати речі і документи, які мають значення для кримінального провадження. Предмети, які вилучені законом з обігу, підлягають вилученню незалежно від їх відношення до кримінального провадження. Вилучені речі та документи, що не відносяться до предметів, які вилучені законом з обігу, вважаються тимчасово вилученим майном [4]. *При розслідуванні аварій та катастроф на залізничному транспорті в силу динамічних об'єктивних і суб'єктивних змін, яким може бути піддане місце події, для слідчого особливо важливого значення набуває максимальна деталізація події, що сприймається в протоколі ОМП та плані чи схемі огляду. Саме тому у заключній частині протоколу повинні міститися відомості про вилучені речі і документи та спосіб їх ідентифікації* [4]. *Також тут повинна знайти своє відображення інформація про складені плани, схеми, фотознімки тощо. Відмінність між планом і схемою полягає в тому, що план виконується в масштабі, схема – без масштабу, орієнтовно із вказівкою на розміри об'єктів, їх форми і відстані між ними* [5, С.177]. *План місцевості викреслюється способом вимірів за напрямком або способом засічок. Останній полягає в тому, що виміри між двома об'єктами та відображення на плані цього відрізка у відповідному масштабі проводять*

лише після першого візування. Інші об'єкти візують як з початкової точки, так і з точки, на яку проводилося перше візування. У цьому випадку відрізок між двома даними точками слугує базою для зйомки. Таке перехрестя відображає місце розташування об'єкта, на який проводилося візування. Оскільки база зйомки та дві лінії візування утворять трикутник, то вирахувати відстань від одного об'єкта до іншого нескладно. При складанні плану чи схеми використовують умовні позначення. На кожному плані або схемі повинні бути: заголовок із зазначенням, що саме накреслено, стрілка з позначенням «північ-південь» для орієнтування на сторони світу, масштаб (на планах), пояснювальні написи про те, що являють собою ті чи інші зображені об'єкти [1, С.45-46].

Також дуже ефективними способами фіксації місця події є фотозйомка та відеозапис. Однак у практичній діяльності із розслідування кримінальних правопорушень на даному етапі є певні проблеми. Так, проведеним опитуванням слідчих встановлено, що 73 % респондентів допускають помилки та недоліки при формуванні протоколу ОМП через технічні вимоги до його підготовки, 58 % респондентів відчувають труднощі у використанні техніко-криміналістичних засобів через відсутність професійних відеокамер, а 74 % - через їх неякісність. Значна доля проблематики полягає також і у відсутності умов для застосування технічних засобів (80% опитаних), що в першу чергу пов'язане з надмірним навантаженням на слідчого (50% опитаних) та у відсутності професійних навичок використання техніко-криміналістичних засобів (50% опитаних) [6, С.28]. Виходячи із викладеного, способом актуалізації знань можуть бути як курси підвищення кваліфікації слідчих, так і тренінги із даної проблематики, де б модераторами виступали фахівці-експерти чи досвідчені викладачі профільних ВНЗ.

Під час огляду місця події внаслідок аварій та катастроф на залізничному транспорті застосовуються традиційні види фотозйомки: орієнтуюча, оглядова, вузлова і детальна. Також для фіксації на місці події дрібних частин, які практично завжди утворюються при вчиненні розглядуваного злочину і не

можуть бути вилучені в повному обсязі, - доцільно використовувати методи масштабної і крупномасштабної фотозйомки. Макрозйомка – ефективний метод фотографування об'єктів з безпосереднім збільшенням без застосування мікроскопу, оскільки дозволяє переглянути виявлені ознаки у збільшеному вигляді. Увага! Необхідно враховувати, що глибина різко зображуваного простору зменшується пропорційно до збільшення масштабу [7, С.17]. *Під час огляду місця події внаслідок аварій та катастроф на залізничному транспорті особливо ефективним і результативним є відеозапис. Адже зачасту він застосовується у випадках, коли подія ще не завершена (триває пожежа, виникла екологічна катастрофа) і дозволяє оцінити практично весь її негативний масштаб* [5, С.176].

За наслідками вчинення розглядуваних злочинів досить часто виникає необхідність в огляді трупа на місці події, який повинен проводитися з обов'язковим дотриманням вимог статті 238 КПК, зокрема: огляд трупа слідчим, прокурором проводиться за обов'язкової участі судово-медичного експерта або лікаря, якщо вчасно неможливо залучити судово-медичного експерта; огляд трупа може здійснюватися одночасно з оглядом місця події, житла чи іншого володіння особи з додержанням правил КПК про огляд житла чи іншого володіння особи; після огляду труп підлягає обов'язковому направленню для проведення судово-медичної експертизи для встановлення причини смерті; труп підлягає видачі лише з письмового дозволу прокурора і тільки після проведення судово-медичної експертизи та встановлення причини смерті [4].

1. *Шепітько В.Ю. Довідник слідчого [Текст] / В.Ю. Шепітько. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – 208 с.*
2. *Особливості розслідування катастроф і аварій на залізничному транспорті: конспект лекції [Електронний ресурс] http://yurist-online.com/ukr/uslugi/yuristam/literatura/kriminalistika/150.php*
3. *Огляд місця події при розслідуванні окремих видів злочинів [Текст]: Наук. – практ. посібник / За ред. Н.І. Клименко. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – 216 с.*

4. Кримінальний процесуальний кодекс України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg (вступив в дію з 20 листопада 2012 року).

5. Шепитько В.Ю. Криминалистика [Текст]: Курс лекций. Издание третье / В.Ю. Шепитько. – Х.: ООО «Одиссей», 2006. – 368 с.

6. Іщенко А.В. Теорія і практика криміналістичного забезпечення процесу доказування в розслідуванні злочинів [Текст]: навч. посібник / А.В. Іщенко, І.О. Ієрусалимов, Ж.В. Удовенко. – К.: Центр учбової літератури, 2007. – 160с.

7. Ковальов К.М. Застосування фото та відеозйомки при проведенні огляду місця події [Текст]: Методичний посібник ДНДЕКЦ МВС України / К.М. Ковальов, Т.Г. Чашницька, Ю.Ю. Нізовцев. – К., 2006. – 54 с.

Басиста І.В. Особливості провадження окремих слідчих (розшукових) дій при розслідуванні катастроф і аварій на залізничному транспорті

Стаття присвячена розслідуванню кримінальних правопорушень даної категорії, так як для слідчого надзвичайно важливо правильно оцінити ситуацію на місці події та виробити алгоритм власної діяльності. Адже результати проведеного нами вивчення емпірики засвідчили, що за останні три роки значна кількість кримінальних справ (проваджень) на Україні закрито із різних підстав.

Ключові слова: розслідування кримінальних правопорушень, слідчий, алгоритм власної діяльності, версія, слідча (розшукова) дія, аварія, катастрофа, залізничний транспорт.

Басистая И.В. Особенности производства отдельных следственных (розыскных) действий при расследовании крушений и аварий на железнодорожном транспорте

Статья посвящена расследованию уголовных правонарушений данной категории, так как для следователя чрезвычайно важно правильно оценить ситуацию на месте и выработать определенный алгоритм собственной деятельности. Ведь по результатам проведенного нами изучения статистических данных и материалов уголовных производств (дел) установлено, что за последние три года значительное количество уголовных дел (производств) на Украине закрыто по различным основаним

Ключевые слова: расследование уголовных правонарушений, следователь, алгоритм собственной деятельности, версия, следственное (розыскное) действие, авария, крушение, железнодорожный транспорт.

Basysta I.V. The Peculiarities of the Inspection Holding of the Action Scene during the Investigation of Crashes and Accidents at the Railway Sector according to the Ukraine Legislation

During the criminal offenses investigation of this category it is extremely important for the investigator to have proper access to the situation at the action scene and to develop an own algorithm of the work. According to the results of our study

about the statistical data and materials of criminal proceedings (cases), we have found out that a lot of criminal cases (production) in Ukraine were closed for the various reasons within the last 3 years.

Keywords: investigation of criminal offenses, investigator, algorithm of own work, version, investigation (investigative) action, accident, crash, railway transport.

ЗМІСТ

ФІЛОСОФСЬКІ, ІСТОРИЧНІ, МЕТОДОЛОГІЧНІ, ОРГАНІЗАЦІЙНІ ТА ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВИ І ПРАВА.....3

Андріюк В.В. Функціонування судової влади в контексті принципу верховенства права: постановка проблеми 3

Мироненко І.В. Регламентація земельних відносин добросусідства в кодифікації „Права, за якими судиться малоросійський народ" (1743 р.).....17

Олійник О.С. Особливості припинення шлюбу в давньоримському суспільстві: теоретичний аспект 25

Питльована В.П. Формування державно-правових інститутів у Галичині в складі Австрії (кінець XVIII- початок XIX ст.ст.).....38

Саветчук Н.М. Державно-правові ідеї І.Франка в процесі сучасного державотворення.....47

КОНСТИТУЦІЙНИЙ ЛАД ТА ПРАВА ЛЮДИНИ. ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ТА ФІНАНСОВОГО ПРАВА. АДМІНІСТРАТИВНЕ СУДОЧИНСТВО.....55

Розвадовський В.І. Правові аспекти мовного питання в сучасних умовах.....55

Стефанчук М.М. Повноваження прокурора у провадженні в справах про адміністративні правопорушення крізь призму правової регламентації функцій прокуратури України 63

ЦИВІЛЬНЕ ТА СІМЕЙНЕ ПРАВО. ПРОБЛЕМИ ГОСПОДАРСЬКОГО ТА КОРПОРАТИВНОГО ПРАВА. ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ТА ГОСПОДАРСЬКОГО СУДОЧИНСТВА 77

Бойко Н.М. Особливості договору приєднання 77
Ганкевич О.М. Поняття батьківства та материнства у сімейно-правовій доктрині.....89
Ковалишин О.Р. Правовий статус негласного товариства (stille gesellschaft) в Австрійській республіці 99
Козик В.Є. Посвідчення цінними паперами «алеаторних прав» 108
Козлов А.М. Правовий статус державного замовника у договорі поставки товарів за державним замовленням.....119
Логвінова М.В. Судова практика розгляду цивільних справ, пов'язаних із встановленням правового режиму майна фізичної особи-підприємця, набутого за час шлюбу.....131
Мартинюк Н.Р. Порівняльно-правова характеристика холдингів і холдингових компаній за законодавством іноземних держав 142
Русин О.Ю. Представництво юридичних осіб в цивільному процесі.....154
Сліпченко С.О. Проблеми визначення поняття «відчуження» у цивільному праві 164
Шищак-Качак О.О. Особливості та практична цінність правових позицій Верховного Суду України в процесі регулювання сімейних відносин.....178
Яворська І.М. Правові засади гармонізації законодавства україни з правом ЄС у сфері регулювання діяльності товариства 187

ПРОБЛЕМИ ОХОРОНИ НАВКОЛИШНЬОГО ПРИРОДНЬОГО СЕРЕДОВИЩА. ЗЕМЕЛЬНЕ ТА АГРАРНЕ ПРАВО 194

Грабар Г.М. Актуальні правові питання приватизації земельних ділянок, що перебувають у користуванні громадян.....194

Мороз Г.В. Правові аспекти реалізації громадських екологічних інтересів в процедурі оцінки впливу на довкілля.....204

ПИТАННЯ ТРУДОВОГО ПРАВА ТА ПРАВА СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ.....214

Матвієнко Є. П. До проблеми пенсійного забезпечення інвалідів.....214

ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ, КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОЇ ТА КРИМІНОЛОГІЧНОЇ (ПРОФІЛАКТИЧНОЇ) ПОЛІТИКИ 225

Лихова С.Я., Швець Р.В. Порушення норм гуманітарного права (актуальні питання ратифікації Римського статуту) 225

ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА 237

Басиста І.В. Особливості провадження окремих слідчих (розшукових) дій при розслідуванні катастроф і аварій на залізничному транспорті 237

Наукове видання

Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України

Випуск 33

Збірник наукових статей

В редакції авторів наукових статей

Комп'ютерна верстка і правка Ігор КОЗИЧ

Підписано до друку 17.12.14 Формат 60х84/16. Папір офсетний. ум.друк.арк. 13,9 Наклад 300 прим. Зам. №49/14-15.

Віддруковано в Юридичному інституті
ДВНЗ «Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника»
76018, м.Івано-Франківськ, вул. Шевченка, 44а
e-mail: lawdept@pu.if.ua