

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ,  
МОЛОДІ ТА СПОРТУ УКРАЇНИ

Національний університет  
«ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

# АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

*Збірник наукових праць*

Випуск 59



Одеса  
«Юридична література»  
2011

ББК 67(4Укр)я43  
А 437  
УДК 340(477)1082

Збірник наукових праць присвячений проблематиці реформування чинного цивільного законодавства з метою приведення його у відповідність до потреб суспільства. У збірнику містяться статті досвідчених фахівців і учнів у сфері цивілістики, молодих дослідників проблем у сфері цивільного права, практикуючих юристів. У представлених у збірнику статтях містяться також дослідження з різних актуальних напрямів сучасної юриспруденції.

Збірник розрахований на наукових працівників, викладачів, докторантів, аспірантів, студентів вищих юридичних навчальних закладів, а також юристів-практиків, які цікавляться особливостями цивільного права та цивільного процесу України, іншими актуальними напрямами розвитку сучасного права України.

**Редакційна колегія:**

д-р юрид. наук, проф. **С. В. Ківалов** (головний редактор),  
д-р юрид. наук, проф. **В. М. Дрьомін** (заступник головного редактора), д-р юрид. наук, проф. **Ю. П. Аленін**, канд. юрид. наук, проф. **М. Р. Аракелян**, канд. юрид. наук, проф. **Л. Р. Біла-Тіунова**, д-р юрид. наук, проф. **О. К. Вишняков**, д-р юрид. наук, проф. **М. А. Дамірлі**, д-р юрид. наук, проф. **Є. В. Додін**, канд. юрид. наук, проф. **В. В. Завальнюк**, канд. юрид. наук, проф. **І. І. Каракаш**, д-р юрид. наук, проф. **Ю. М. Оборотов**, д-р юрид. наук, проф. **М. П. Орзіх**, д-р юрид. наук, проф. **О. П. Подцерковний**, канд. юрид. наук, проф. **Ю. Є. Полянський**, д-р юрид. наук, проф. **В. В. Тіщенко**, д-р юрид. наук, проф. **В. О. Туляков**, д-р юрид. наук, проф. **Є. О. Харитонов**, д-р юрид. наук, проф. **О. І. Харитонова**, д-р юрид. наук, проф. **Г. І. Чанишева**

Відповідальний за випуск  
доктор юридичних наук  
**В. М. Дрьомін**

Збірник зареєстровано Міністерством інформації України, свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу інформації серія КВ № 3736.

Постановою Президії ВАК України № 1-05/7 від 09.06.1999 р. збірник вписано до списку фахових видань (юридичні науки).

## ПЕРЕДМОВА

У представленому увазі читача збірнику наукових праць «Актуальні проблеми держави і права» провідною темою стала проблематика реформування чинного цивільного законодавства з метою приведення його у відповідність до потреб суспільства, адже в умовах становлення та укріплення правової держави та ринкової трансформації економіки майнові та особисті немайнові відносини наповнюються новим змістом, формуються нові соціальні зв'язки між учасниками цивільного обігу.

Стрімке оновлення законодавства зумовлює необхідність цивілістичних досліджень, предметом яких є висвітлення актуальних проблем, що постають у процесі впровадження та тлумачення нових законодавчих норм. Теоретичні дослідження у сфері цивільного права дозволяють як виявити існуючі проблеми та запропонувати шляхи їх вирішення, так і визначити подальші шляхи розвитку цивільного права.

Значна увага приділяється загальним питанням цивілістики. Автори розкривають історичний аспект зазначеної проблематики, зокрема привертається увага до історії формування та розвитку римського нотаріату, досліджуються принципи цивільного права в Стародавньому Римі і обґрунтовано зазначається, що коріння цивільного права знаходяться саме у давньоримському праві. Розглянуті також окремі актуальні питання сучасної цивілістики, зокрема проблеми співвідношення морського приватного та морського публічного права, визначення місця принципу справедливості у сучасній системі принципів права, поняття та ознак обману як підстави недійсності правочину, класифікації збитків у цивільному праві України тощо.

Особливий інтерес становить стаття проф. Є. О. Харитонова, присвячена Одеській школі цивілістики, адже визначення характеру і тенденцій розвитку науки цивільного права дає можливість більш ефективного використання наукового потенціалу в цій галузі.

Наукове та практичне значення мають статті, які стосуються проблем захисту речових прав та особистих немайнових прав особи. Особлива увага тут приділена проблемним питанням розвитку законодавства з питань виникнення та припинення шлюбно-сімейних правовідносин, опіки над майном за цивільним законодавством України, підстав виникнення та припинення володіння, визначення строків та термінів у спадковому праві України, соматичних прав та перспектив їх розвитку в Україні тощо.

В окремому розділі збірника містяться дослідження, які дозволяють ознайомитись з актуальними проблемами у сфері права інтелектуальної власності та корпоративного права. Аналізуються проблеми визначення суб'єктів та об'єктів правовідносин інтелектуальної власності, поняття та ознак об'єкта авторського права, відповідальності за правопорушення у сфері корпоратив-

них відносин. Значна кількість статей присвячена питанням зобов'язального права, яке є найбільшою підгалуззю цивільного права України, норми якої покликані обслуговувати ринковий оборот і повсякденно застосовуються в умовах ринкової економіки. Цивільно-правові зобов'язання — необхідний і найважливіший елемент нормального функціонування ринкових відносин. Зобов'язання дозволяють учасникам цивільних правовідносин узгоджувати умови своїх взаємостосунків, отже, саме завдяки ним реалізується найважливіший принцип цивільного права — принцип свободи договору. Це обумовлює велику теоретичну і практичну значущість інститутів зобов'язального права і важливість їх вивчення.

У наукових статтях представлені як традиційні, так і нетрадиційні підходи до теоретико-методологічних та практичних основ розглядуваної проблематики. Матеріали, викладені у збірнику, відображають погляд на цивілістичні проблеми як досвідчених практикуючих фахівців і вчених у сфері цивілістики, так і молодих дослідників.

У збірнику містяться також статті, які спрямовані на вирішення деяких актуальних питань правового розвитку сучасної України. Безсумнівний інтерес викликають матеріали, в яких подані дослідження питань сутності, правової природи та умов права на звернення до адміністративного суду. У даний час концептуального характеру набувають питання щодо права фізичної особи на судовий захист в адміністративному суді, оскільки ці суди є новітнім організаційним утворенням у судовій системі України і потребують як належного законодавчого урегулювання з урахуванням судової практики, так і науково-теоретичного забезпечення. Значна увага приділяється правовій природі роз'яснень Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, які виконують роль актів субсидіарного тлумачення, що слугують для суддів додатковими орієнтирами з питань застосування норм права.

Сподіваємось, що черговий збірник наукових праць «Актуальні проблеми держави і права» сприятиме ознайомленню читачів з існуючими у сфері цивільного права проблемами та способами їх вирішення, а також з актуальними питаннями інших напрямів юриспруденції.

*Сергій КИВАЛОВ,*

доктор юридичних наук,  
професор, академік НАПрН України,  
ректор Національного університету  
«Одеська юридична академія»,  
голова Комітету Верховної Ради  
України з питань правосуддя



Розділ 1

**АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО  
РОЗВИТКУ СУЧАСНОЇ УКРАЇНИ**



## ПРАВО НА ЗВЕРНЕННЯ ДО АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ З АДМІНІСТРАТИВНИМ ПОЗОВОМ: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ І ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Забезпечення прав, свобод і законних інтересів людини і громадянина належить до найважливіших функцій держави. З огляду на це особливого значення набуває право на судовий захист, оскільки це право не тільки відноситься до основних конституційних прав, але й виступає основним засобом захисту інших конституційних прав, свобод та законних інтересів людини і громадянина.

Визнання Україною найважливіших міжнародних стандартів у галузі захисту прав людини потребує відповідного юридичного механізму забезпечення захисту прав і свобод громадян, юридичних осіб, що обумовлює актуальність проблеми утворення в Україні адміністративної юстиції. У контексті зазначеного концептуального характеру набувають питання щодо права фізичної особи на судовий захист в адміністративному суді, оскільки ці суди є новітнім організаційним утворенням у судовій системі України і потребують як належного законодавчого врегулювання з урахуванням судової практики, так і науково-теоретичного забезпечення.

Аналіз судової практики свідчить про існування проблем процесуального порядку реалізації права фізичної особи на судовий захист в адміністративному суді: нечіткість і неконкретність визначення передумов та умов права на судовий захист, спірність норм, що визначають окремі процесуальні строки, необґрунтоване повернення позовної заяви, залишення її без руху чи без розгляду та відмова у відкритті провадження у справі тощо.

Право на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом передбачено у ст. 104 КАСУ, яка продовжує і розвиває конституційне положення про те, що кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб [1]. Це право у структурі права на судовий захист є одним із центральних, оскільки всі наступні права — право на участь у судовому розгляді, право на судові рішення, право на виконання судового рішення є необхідними чинниками, але похідними від права на звернення до адміністративного суду.

Зважаючи на його значущість в адміністративному судочинстві та неоднозначність правової природи й особливостей, це право досліджувалося у різних аспектах такими вченими, як В. Б. Авер'янов [2], І. П. Голосніченко [6], І. Б. Коліушко [4], О. М. Пасенюк [5], О. І. Харитонova [6], М. І. Цуркан [7] та ін. Між тим ціла низка питань до цього часу залишається законодавчо неврегульованою і теоретично не обґрунтованою.

Важливим є питання щодо співвідношення понять «право на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом» і «право на судовий за-

хист». Перше право може реалізувати особа, яка є процесуально дієздатною, а друге — кожен, чиї права, свободи або законні інтереси порушено. Водночас це не означає, що особа може вимагати надання судового захисту порушеним інтересам будь-якої іншої особи. Звернення до адміністративного суду в інтересах іншої особи є можливим лише на основі договору або закону.

Не менш важливим є визначення співвідношення понять «право на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом» і «право на адміністративний позов». Аналіз чинних статей та врахування наукової думки із цього питання [6, 8] дають підстави вважати, що ці поняття є тотожними. Адже судове провадження в адміністративній справі ініціюється шляхом звернення до адміністративного суду за захистом прав, свобод чи законних інтересів у порядку позовного провадження. Насамперед, це передбачено у ч. 2 ст. 11 КАСУ, яка визначає принцип диспозитивності адміністративного судочинства, відповідно до якого адміністративний суд позбавлений права ініціювати судовий адміністративний процес.

Для визначення сутності та особливостей права на звернення до адміністративного суду, слід перш за все з'ясувати структуру поняття «право на адміністративний позов». У цьому аспекті варто погодитися з точкою зору окремих вчених, що це право є складною юридичною конструкцією і її визначають матеріально-правова і процесуально-правова сутність [6].

Матеріально-правова сутність права на адміністративний позов становить право на задоволення адміністративного позову, а процесуально-правова сутність — знаходить своє відображення у праві на звернення з адміністративним позовом. Право на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом (у процесуальному сенсі) є правом на звернення за захистом суб'єктивного права або охоронюваного законом законного інтересу. За своїм змістом право на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом означає право на адміністративний процес незалежно від його результату, право на діяльність суду щодо розгляду і вирішення спору про право або охоронюваний законом інтерес, тобто це право на ухвалення рішення незалежно від його змісту і характеру [9, 198]. Таким чином, право на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом є процесуальною категорією, оскільки наявність цього права у фізичної особи не залежить від наявності у неї в дійсності того суб'єктивного права або законного інтересу, який підлягає захисту.

Важливо зазначити, що в юридичній літературі питання щодо правової природи (сутності) права на позов є дискусійним. Одні автори відносять це право до категорії процесуальної правоздатності [10]. Така позиція у контексті адміністративного судочинства означає, що правом на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом володіє будь-яка особа з моменту виникнення у неї адміністративної процесуальної правоздатності. Не вдаючись до дискусії щодо співвідношення адміністративної процесуальної правоздатності і суб'єктивного права, слід зазначити, що за чинним законодавством правоздатність, на відміну від суб'єктивного права, являє собою здатність мати

відповідні права й обов'язки, а суб'єктивне право — це не потенційна можливість мати певні права й обов'язки, а саме наявне право, гарантоване законом і забезпечене обов'язками інших осіб. Таким чином, важливо зазначити, що необхідно вирізнити два поняття: 1) право на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом (право на звернення за судовим захистом) як елемент адміністративної процесуальної правоздатності. У цій якості право на позов само по собі не збільшує і не доповнює правову сферу одних фізичних осіб у порівнянні з іншими; 2) на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом (право на звернення за судовим захистом) як суб'єктивне процесуальне право. Це право є далеко не в усіх фізичних осіб, а тільки у конкретних осіб по конкретних справах за наявності певних передумов і певних умов.

Інші автори розглядають це право як односторонню правомочність [11, 22]. Із такою точкою зору важко погодитися, насамперед, з огляду на особливості адміністративного судочинства. Відповідно КАСУ для порушення адміністративної справи недостатньо мати право на власні дії, оскільки дії адміністративного суду — це дії у відповідь, які базуються на тих же підставах — передумовах права на адміністративний позов. Більше того, визначення права на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом як односторонньої правомочності, виникнення якої пов'язано тільки із суб'єктивним переконанням особи в необхідності судового захисту мало чим відрізняється від визначення цієї категорії як адміністративної процесуальної правоздатності, оскільки обидва визначення не дають відповіді на запитання: а) за яких обставин можна відмовити у прийнятті адміністративного позову; б) припинити провадження у справі; в) залишити позов без розгляду.

Відповісти на ці запитання можна тільки за умови, якщо право на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом розглядати як суб'єктивне адміністративне процесуальне право, виникнення й реалізація якого обумовлені наявністю або відсутністю певних юридичних фактів.

Відповідно до третьої точки зору право на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом — це суб'єктивне процесуальне право [12]. Ця точка зору заслуговує на найбільшу увагу і безпосередньо пов'язана з такими поняттями, як передумови й умови звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом. Слід зазначити, що в теорії права цьому питанню приділялася увага [12, 13]. Велика заслуга у розробці цієї проблеми належить М. А. Гурвичу, який увів у науковий обіг поняття «передумови» й «умови» [13]. У контексті адміністративного судочинства передумовами права на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом є ті обставини процесуального характеру (юридичні факти), від яких залежить або з якими пов'язано виникнення самого права на адміністративний позов. Передумови права на позов передбачені ст. ст. 109 і 157 КАСУ. Важливо зазначити, що перелік обставин, які передбачені у ч. 1 ст. 109 КАСУ, є вичерпним, тобто тільки вони тягнуть за собою відмову судді у відкритті провадження у справі.

Такими передумовами права на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом є такі випадки.

1. Заяву не належить розглядати в порядку адміністративного судочинства. Ця підстава є відсилочною і передбачає звернення до ст. 17 КАСУ, яка передбачає компетенцію адміністративних судів щодо вирішення адміністративних справ, або коло справ, віднесених до розгляду й вирішення системою адміністративних судів. Відповідно до цієї статті в адміністративних судах розглядаються спори: а) фізичних чи юридичних осіб із суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень (нормативно-правових актів чи правових актів індивідуальної дії), дій чи бездіяльності; б) із приводу прийняття громадян на публічну службу, її проходження, звільнення з публічної служби; в) між суб'єктами владних повноважень із приводу реалізації їхньої компетенції у сфері управління, у тому числі делегованих повноважень; г) за зверненням суб'єкта владних повноважень у випадках, встановлених Конституцією і законами України; д) щодо правовідносин, пов'язаних із виборчим процесом чи процесом референдуму.

Важливим є те, що КАСУ чітко визначає не тільки, які спори підлягають розгляду адміністративними судами, але й ті спори, які ні за яких обставин не можуть розглядатися адміністративними судами, виключний перелік яких надається у п. 3 ст. 17 КАСУ.

2. У спорі між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав є такі, що набрали законної сили — постанова суду чи ухвала суду про: а) відмову у відкритті провадження в адміністративній справі; б) закриття провадження у такій справі у зв'язку з відмовою позивача від адміністративного позову або примиренням сторін.

3. Фізична смерть або оголошення в установленому порядку померлою фізичної особи, яка звернулася з позовною заявою або до якої пред'явлено адміністративний позов, якщо спірні правовідносини не допускають правонаступництва. Ця передумова передбачає два взаємопов'язані моменти: 1) фізична смерть або оголошення в установленому порядку померлою особи, яка звернулася з позовом. При цьому факт смерті повинен бути підтверджений свідоцтвом про смерть, а факт оголошення померлою — рішенням суду про оголошення особи померлою, що набрало законної сили; 2) спірні правовідносини не допускають правонаступництва. Процесуальне правонаступництво є можливим за таких випадків: а) вибуття сторони або третьої особи у відносинах, щодо яких виник спір; б) заміна сторони чи третьої особи у відносинах, щодо яких виник спір. Важливо зазначити, що процесуальне правонаступництво є загальним щодо матеріального правонаступництва. Тобто у процесі розгляду адміністративної справи до правонаступника переходять усі процесуальні права та обов'язки, що виключає неповне процесуальне правонаступництво [6]. З точки зору універсального та сингулярного правонаступництва, як свідчить практика адміністративних судів, у процесуальних правовідносинах наявне, як правило, сингулярне правонаступництво, оскільки передаються або права, або обов'язки, тобто відбувається так звана переуступка права вимоги.

Відсутність передумов права на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом означало відсутність самого суб'єктивного права на позов, що тягне за собою два юридичних наслідки: а) відмова у відкритті провадження в адміністративній справі, якщо відсутність права на позов встановлена на стадії порушення справи, без права на повторне звернення цього ж позову. Ця категорія передумов передбачена ст. 109 КАСУ; б) закриття провадження у справі, якщо відсутність права на позов встановлена на стадії судового розгляду, без права на повторне звернення цього ж позову. Перелік зазначених передумов права на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом передбачений ст. 157 КАСУ.

Спільним юридичним результатом відсутності передумов права на адміністративний позов є позбавлення позивача на повторне звернення цього позову до адміністративного суду. Ця особливість є визначальною щодо передумов і саме вона розмежовує передумови й умови права на адміністративний позов. З огляду на зазначене важко погодитися з думкою окремих вчених, які вважають, що передумовами права на адміністративний позов є, наприклад, додержання правил про підсудність [6]. Адже порушення правил підсудності не позбавляє позивача звернутися із цим позовом до іншого суду відповідно до правил підсудності.

Аналіз наукових вітчизняних і зарубіжних доробок у сфері адміністративного судочинства дають підстави стверджувати, що такі передумови є досить різноманітними і їх можна класифікувати на види в залежності від тієї чи іншої підстави класифікації. Так, виокремлюються два види передумов:

а) суб'єктивні: особа повинна вважати, що її права, свободи чи інтереси у сфері публічно-правових відносин порушені, тобто у неї повинна бути впевненість, що її права свободи чи інтереси потребують захисту адміністративного суду; наявність адміністративної процесуальної правоздатності в особи, яка звертається до суду з адміністративним позовом;

б) об'єктивні: підвідомчість позовної заяви адміністративному суду (ст. 17 КАСУ); додержання порядку реалізації права на адміністративний позов (ст. ст. 48, 106 КАСУ); додержання строків звернення до адміністративного суду (ст. ст. 99, 100 КАСУ); додержання правил про підсудність (ст. ст. 18–21 КАСУ) [6].

На відміну від передумов, умовами реалізації права на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом є такі обставини процесуального характеру (юридичні факти), з якими пов'язано належне здійснення (реалізація) суб'єктивного права на адміністративний позов. Вони передбачені ст. ст. 18–22, 48, 58, 87, 105, 106 КАСУ.

1. Підсудність справи цьому суду. Для визначення компетентного адміністративного суду при розгляді конкретної справи по певній інстанції недостатньо лише встановити віднесення її до адміністративної юрисдикції. Необхідно встановити компетенцію конкретного суду щодо розгляду і вирішення публічно-правових спорів, що віднесені до адміністративної юрисдикції, тобто визначити підсудність адміністративного суду. Аналіз статей чинного КАСУ дає

підстави визначити підсудність адміністративного суду як компетенцію певного адміністративного суду щодо розгляду й вирішення адміністративної справи. Підсудність конкретного суду визначається за допомогою правових норм, що дозволяють розмежувати компетенцію стосовно розгляду адміністративних справ між окремими ланками судової системи і між адміністративними судами однієї ланки. Правила підсудності у своїй сукупності становлять алгоритм обрання компетентного адміністративного суду для розгляду й вирішення конкретної справи. За допомогою інституту підсудності встановлюється, до компетенції якого саме суду віднесено розгляд конкретної адміністративної справи. Підсудність адміністративної справи визначається за допомогою трьох критеріїв, які позначаються як різновиди підсудності адміністративних справ: предметної (родової), територіальної (просторової), інстанційної (функціональної). Предметна підсудність — сукупність правил, що визначають розмежування компетенції судів певних ланок щодо розгляду адміністративних справ по першій інстанції залежно від предмета публічно-правового спору або його суб'єктного складу. За правилами предметної підсудності більшість справ по першій інстанції розглядається місцевими адміністративними судами, до яких відносяться місцеві загальні суди як адміністративні суди та окружні адміністративні суди.

1.1. Виходячи з вимог доступності правосуддя в адміністративних справах за правилами предметної підсудності до компетенції місцевих загальних судів як адміністративних судів віднесено розгляд по першій інстанції таких категорій адміністративних справ (ч. 1 ст. 18 КАСУ): 1) в яких однією із сторін є орган чи посадова особа місцевого самоврядування, посадова чи службова особа органу місцевого самоврядування (крім справ, у яких другою стороною, поряд із зазначеними органами та особами, є орган державної влади, інший державний орган, орган влади Автономної Республіки Крим, їх посадова чи службова особа); 2) із приводу рішень, дій чи бездіяльності будь-якого із суб'єктів владних повноважень у справах про притягнення до адміністративної відповідальності; 3) справи щодо рішень, дій чи бездіяльності виборчих комісій, комісій з референдуму, членів цих комісій (за винятком рішень, дій чи бездіяльності Центральної виборчої комісії (ч. 3 ст. 172 КАСУ) та виборчої комісії Автономної Республіки Крим, обласної виборчої комісії, Київської чи Севастопольської виборчих комісій щодо підготовки та проведення місцевих виборів; територіальної (окружної) виборчої комісії щодо підготовки та проведення виборів Київського чи Севастопольського міського голови; територіальних (окружних) виборчих комісій щодо підготовки та проведення виборів Президента України, народних депутатів України; обласних комісій з референдуму і комісії Автономної Республіки Крим із всеукраїнського референдуму, а також членів зазначених комісій (ч. 4, 5 ст. 172 КАСУ); 4) справи щодо уточнення списку виборців (ч. 2 ст. 173 КАСУ); 5) справи щодо дій чи бездіяльності засобів масової інформації, підприємств, установ, організацій, їхніх посадових та службових осіб, творчих працівників засобів масової інформації, що порушують законодавство про вибори та референдум (ч. 3 ст. 174 КАСУ); 6) справи щодо



оскарження дії чи бездіяльності кандидата в депутати сільської, селищної, міської ради (ч. 3 ст. 175 КАСУ).

До компетенції Вищого адміністративного суду України, як суду першої і останньої інстанції, виходячи з величезної суспільної значущості та необхідності якомога швидкого та остаточного вирішення віднесено адміністративні справи (ч. 4 ст. 18 КАСУ): 1) щодо встановлення Центральною виборчою комісією результатів виборів або всеукраїнського референдуму; 2) справи про дострокове припинення повноважень народного депутата України; 3) справи щодо оскарження актів, дій чи бездіяльності Верховної Ради України, Президента України, Вищої ради юстиції, Вищої кваліфікаційної комісії суддів України.

1.2. Наступним видом є територіальна підсудність — це сукупність правил, що визначають розмежування компетенції адміністративних судів одного рівня в залежності від місця розгляду адміністративних справ по першій інстанції. КАСУ України встановлено декілька різновидів територіальної підсудності. Загальна територіальна підсудність формує основне правило щодо розмежування компетенції однорівневих адміністративних судів. За правилами загальної підсудності адміністративні справи вирішуються адміністративним судом за місцезнаходженням відповідача (ч. 1 ст. 19 КАСУ). За місцезнаходженням відповідача розглядаються у тому числі й справи щодо дій чи бездіяльності засобів масової інформації, підприємств, установ, організацій, їхніх посадових та службових осіб, творчих працівників засобів масової інформації, що порушують законодавство про вибори та референдум (ч. 3 ст. 174 КАСУ).

Частина 2 ст. 19 КАСУ містить правило територіальної підсудності за місцем проживання (перебування, знаходження) позивача що не є суб'єктом владних повноважень. Зазначене правило поширюється на справи щодо оскарження правових актів індивідуальної дії, а також дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень, які стосуються інтересів конкретної особи й обумовлюється необхідністю забезпечення в адміністративному судочинстві доступності правосуддя для фізичних осіб та юридичних осіб, які не є суб'єктами владних повноважень.

Важливо відзначити, що це правило не поширюється на справи щодо: оскарження рішень, дій або бездіяльності Центральної виборчої комісії, члена цієї комісії, що оскаржуються до Окружного суду м. Києва (ч. 3 ст. 172 КАСУ); оскарження рішень, дій чи бездіяльності інших виборчих комісій, членів цих комісій, що оскаржуються до адміністративного суду за місцезнаходженням відповідної комісії (ч. 4–5 ст. 172 КАСУ); щодо уточнення списку виборців, що розглядаються також за місцезнаходженням відповідної комісії (ч. 2 ст. 173 КАСУ). Таке виключення зроблено з огляду на необхідність якнайшвидшого розгляду зазначених справ, для яких встановлено скорочені строки розгляду, і забезпечення при цьому участі у розгляді справи представників відповідної комісії, надання необхідних доказів тощо.

Окрім того, ч. 1 ст. 182 КАСУ встановлено правило розгляду адміністративної справи за місцезнаходженням позивача — суб'єкта владних повноважень, що поширюється на справи за адміністративними позовами суб'єктів владних

повноважень про обмеження щодо реалізації права на мирні зібрання. Правилами ч. 3 ст. 175 та ч. 1 ст. 183 КАСУ встановлено територіальну підсудність адміністративних справ за місцем вчинення дії (проведення заходів) чи місцем, де цю дію має бути вчинено. Так, відповідно до норм ч. 3 ст. 175 КАСУ справи щодо оскарження дій або бездіяльності кандидатів, їхніх довірених осіб, партії (блоку), місцевої організації партії (блоку місцевих організацій партій), їхніх посадових осіб та уповноважених осіб, ініціативних груп референдуму, інших суб'єктів ініціювання референдуму, офіційних спостерігачів від суб'єктів виборчого процесу (крім справ щодо оскарження дій чи бездіяльності кандидата на пост Президента України, ініціативних груп всеукраїнського референдуму, інших суб'єктів ініціювання всеукраїнського референдуму) розглядаються за місцем вчинення дії чи місцем, де цю дію має бути вчинено. А відповідно до норм ч. 1 ст. 183 КАСУ справи за адміністративними позовами про усунення обмежень в реалізації права на мирні зібрання розглядаються за місцем проведення цих заходів.

У теорії адміністративного права виокремлюють виключну територіальну підсудність, відповідно до якої допускається розгляд певних категорій адміністративних справ лише судом, що прямо визначений у законі — окружним адміністративним судом, територіальна юрисдикція якого поширюється на м. Київ (Окружний адміністративний суд м. Києва). До таких справ відповідно до ч. 3 ст. 19 КАСУ віднесено: а) адміністративні справи з приводу оскарження нормативно-правових актів Кабінету Міністрів України, міністерства чи іншого центрального органу виконавчої влади, Національного банку України чи іншого суб'єкта владних повноважень, повноваження якого поширюються на всю територію України, крім випадків, передбачених цим Кодексом; б) адміністративні справи з приводу оскарження рішень Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері державних закупівель; в) адміністративні справи, відповідачем у яких є закордонне дипломатичне чи консульське представництво України, його посадова чи службова особа; г) адміністративні справи про анулювання реєстраційного свідоцтва політичної партії, про заборону (примусовий розпуск, ліквідацію) політичної партії.

При цьому важливо зазначити, що ч. 3 ст. 19 КАСУ зазнала суттєвих змін у порівнянні з попередньою редакцією. Зокрема, із територіальної підсудності окружного адміністративного суду м. Києва виключено адміністративні справи щодо оскарження нормативно-правових актів Президента України, щодо рішень, дій та бездіяльності Центральної виборчої комісії, члена цієї комісії, щодо оскарження дій чи бездіяльності кандидата на пост Президента України.

Альтернативна територіальна підсудність адміністративних справ допускає розгляд певних адміністративних справ місцевим адміністративним судом за вибором позивача (ч. 4 ст. 19 КАСУ). Альтернативна підсудність допускається, коли КАС України прямо не визначена територіальна підсудність адміністративної справи.

Різновидом територіальної підсудності адміністративних справ є підсудність

за зв'язком справ, яка характеризується тим, що незалежно від територіальної підсудності спір належить до підсудності адміністративного суду за місцем розгляду іншої справи, з якою він пов'язаний. Так, за змістом ч. 1 ст. 53 КАСУ позови третіх осіб, які заявляють самостійні вимоги на предмет спору, підсудні суду, що розглядає справу, в яку вступає третя особа. Це дозволяє розглянути всі вимоги в одному провадженні. Таким чином, створюються більш сприятливі умови для дослідження всіх матеріалів справи, досягається економія часу і процесуальних засобів.

При цьому необхідно мати на увазі, що в адміністративному судочинстві позивач може заявити кілька вимог в одній позовній заяві, лише якщо вони пов'язані між собою і підсудні одному адміністративному суду (ч. 1 ст. 21 КАСУ). Якщо ж такі вимоги, хоча й пов'язані між собою, але підсудні різним адміністративним судам, вони розглядаються адміністративними судами відповідно до встановлених правил підсудності.

1.3. Інстанційна підсудність як сукупність правил, визначає розмежування компетенції адміністративних судів при розгляді адміністративних справ по першій, апеляційній та касаційній інстанціях. Під інстанцією розуміється суд (чи його структурний підрозділ), що виконує ту чи іншу функцію, що пов'язана з розглядом адміністративних справ і характеризується особливим процесуальним порядком відкриття провадження, розгляду справи, предметом розгляду, складом суддів та підсумковим процесуальним актом [6].

КАСУ передбачено в адміністративному судочинстві три інстанції: першу, апеляційну та касаційну. При виробленні правил інстанційної підсудності щодо більшості справ дотримується принцип, за яким одній ланці судової системи має відповідати одна інстанція. Це, зокрема, сприяє: а) зрозумілості системи адміністративних судів для пересічного громадянина; б) забезпечує рівність можливостей щодо оскарження судових рішень шляхом забезпечення для розгляду більшості адміністративних справ однакової кількості судових інстанцій для того, щоб право особи на перегляд судового рішення необґрунтовано не обмежувалося; в) сприяє інстанційній спеціалізації суддів судів різних ланок, що підвищуватиме якість перегляду адміністративних справ. Але особливості деяких адміністративних справ потребують їхнього вирішення по першій інстанції чи апеляційного перегляду Вищим адміністративним судом України.

За правилами інстанційної підсудності відповідно до ч. 1 ст. 20 КАСУ місцеві адміністративні суди (місцеві загальні суди як адміністративні суди та окружні адміністративні суди), а також Вищий адміністративний суд України у справах щодо встановлення Центральною виборчою комісією результатів виборів або всеукраїнського референдуму та у справах щодо скасування реєстрації кандидата на пост Президента (ч. 4 ст. 18 КАСУ), вирішують адміністративні справи як суди першої інстанції. Апеляційні адміністративні суди переглядають судові рішення місцевих адміністративних судів (місцевих загальних судів як адміністративних судів та окружних адміністративних судів), які знаходяться у межах їхньої територіальної юрисдикції, в апеляційному порядку як суди апеляційної інстанції (ч. 2 ст. 20 КАСУ).

Важливо зазначити, що Вищий адміністративний суд України є судом трьох інстанцій. Вищий адміністративний суд України переглядає судові рішення місцевих та апеляційних адміністративних судів у касаційному порядку як суд касаційної інстанції (ч. 3 ст. 20 КАСУ). Вище вже наведено перелік справ, які Вищий адміністративний суд України розглядає по першій інстанції. У випадку, визначеному ч. 6 ст. 177 КАСУ (оскарження рішення, дії або бездіяльності Центральної виборчої комісії, члена цієї комісії крім рішення, дії або бездіяльності Центральної виборчої комісії щодо встановлення нею результатів виборів чи всеукраїнського референдуму), Вищий адміністративний суд України переглядає в апеляційному порядку як суд апеляційної інстанції судові рішення окружного адміністративного суду, територіальна юрисдикція якого поширюється на місто Київ (Окружний адміністративний суд м. Києва).

Верховний Суд України переглядає судові рішення адміністративних судів після їх перегляду у касаційному порядку (ч. 4 ст. 20 КАСУ).

Процесуальним наслідком звернення до адміністративного суду з недотриманням правил підсудності на стадії відкриття провадження у справі буде повернення позовної заяви позивачеві (п. 6 ч. 3 ст. 108 КАСУ), про що постановляється ухвала. Повернення позовної заяви не позбавляє особу права повторного звернення до адміністративного суду, у підсудності якого знаходиться дана адміністративна справа.

Якщо ж обставини недотримання правил підсудності з'ясувалися після відкриття провадження у справі, то суд передає адміністративну справу на розгляд відповідного адміністративного суду. При цьому, при недотриманні правил територіальної підсудності така адміністративна справа передається після відкриття провадження у справі але до початку судового розгляду справи (п. 3 ч. 1 ст. 22 КАСУ), а при недотриманні правил предметної підсудності — після відкриття провадження і до закінчення судового розгляду справи (п. 2 ч. 1 ст. 22 КАСУ).

Крім двох вищенаведених випадків, суд передає адміністративну справу на розгляд іншого адміністративного суду, якщо: задоволено клопотання відповідача, місце проживання (перебування) якого раніше не було відоме, про передачу справи за місцем його проживання (перебування); після задоволення відводів (самовідводів) чи в інших випадках неможливо утворити новий склад суду для розгляду справи; ліквідовано адміністративний суд, який розглядав справу (п. 1, 4, 5 ч. 1 ст. 22 КАСУ).

Питання про передачу адміністративної справи розглядається судом у судовому засіданні з повідомленням осіб, які беруть участь у справі, і вирішуються ухвалою. Неприбуття у судові засідання осіб, які були належним чином повідомлені, не перешкоджає розгляду цього питання.

Передача адміністративної справи з одного суду до іншого здійснюється після закінчення строку на оскарження ухвали суду, а в разі подання апеляційної скарги — після залишення її без задоволення. Спори між адміністративними судами щодо підсудності не допускаються;

2. Дотримання форми і змісту адміністративного позову. Звернення в адмі-

ністративний суд за захистом прав, свобод та інтересів фізичних осіб у сфері публічно-правових відносин здійснюється шляхом подання адміністративного позову. Стаття 105 КАСУ передбачає зовнішньою формою адміністративного позову є письмова позовна заява. Ця вимога є імперативною і не підлягає обговоренню. Крім того, встановлено правило, у відповідності до якого адміністративний позов може подаватися до адміністративного суду або: а) особисто позивачем; б) його представником; в) надсилатися поштою. Окрім письмової форми, позовна заява повинна бути оформлена належним чином із дотриманням усіх вимог, встановлених ст. 106 КАСУ.

Важливо зазначити, що адміністративний суд вправі вимагати, щоб відомості про обидві сторони та їх представників були якомога детальнішими та повними, оскільки це має значення для повідомлення осіб, які беруть участь у справі для забезпечення їх участі у судовому засіданні. Повнота позовної заяви залежить також від правильності та повноти викладення змісту позовних вимог (скасувати або визнати нечинним рішення відповідача — суб'єкта владних повноважень повністю чи окремих його положень; зобов'язати відповідача — суб'єкта владних повноважень прийняти рішення або вчинити певні дії; зобов'язати відповідача — суб'єкта владних повноважень утриматися від вчинення певних дій; стягнути з відповідача кошти на відшкодування шкоди, заподіяної суб'єктом владних повноважень незаконним рішенням, дією або бездіяльністю; виконати зупинену чи не вчинену дію; встановити наявність чи відсутність компетенції (повноважень) суб'єкта владних повноважень та викладення обставин, якими позивач обґрунтовує свої вимоги. Останні — це підстава позову, тобто юридичні факти, з наявністю або відсутністю яких закон пов'язує виникнення, зміну або припинення правовідносин. Поряд із зазначеним, аналіз ст. 105 КАСУ дає підстави стверджувати, які законодавець залишив відкритим перелік вимог, що можуть міститися в адміністративному позові. Таким чином, позовна заява може містити, крім вищезазначених, інші вимоги на захист прав, свобод та інтересів фізичної особи у сфері публічно-правового спору;

3. Адміністративна процесуальна правосуб'єктність. Наявність адміністративної процесуальної правосуб'єктності є найважливішою ознакою учасника адміністративного процесу і, як наслідок, однією з передумов виникнення правовідносин, що складаються під час здійснення адміністративного судочинства. Аналіз положень ст. 48 КАСУ дає підстави вважати, що адміністративна процесуальна правосуб'єктність — це категорія, що містить у собі адміністративну процесуальну правоздатність та адміністративну процесуальну дієздатність. Згідно з ч. 1 ст. 48 КАСУ, адміністративна процесуальна правоздатність — це здатність мати процесуальні права та обов'язки в адміністративному судочинстві. Вона визнається за всіма громадянами України, іноземцями, особами без громадянства, а також за органами державної влади, іншими державними органами, органами влади Автономної Республіки Крим, органами місцевого самоврядування, їх посадовими і службовими особами, підприємствами, установами, організаціями, які є юридичними особами. Адміністра-

тивна процесуальна правоздатність виникає у громадян з моменту їх народження і припиняється смертю. Уявляється, що для участі в адміністративному процесі, крім загальної адміністративної процесуальної правоздатності необхідною є також наявність конкретної адміністративної процесуальної правоздатності, тобто по даній конкретній справі.

Для того, щоб особисто брати участь у розгляді адміністративної справи, недостатньо володіти тільки адміністративною процесуальною правоздатністю. Необхідним для учасника справи є також володіння адміністративною процесуальною дієздатністю. Адміністративна процесуальна дієздатність — це здатність особисто здійснювати свої адміністративні процесуальні права та обов'язки, у тому числі доручати ведення справи представникові. Вона належить фізичним особам, які: по-перше, досягли повноліття, а по-друге, не визнані судом недієздатними. Також вона може належати фізичним особам до досягнення повноліття у спорах із приводу публічно-правових відносин, в яких вони відповідно до законодавства можуть самостійно брати участь. Це, наприклад, можуть бути справи, в яких позивачем є неповнолітній, а відповідачем — адміністрація державного навчального закладу, яка відмовила неповнолітньому у прийманні у цей заклад або відрахувала його із закладу. До справ, у яких позивачем може бути неповнолітня особа, належать також справи про відмову у видачі паспорту або іншого документа чи довідки. Таким чином, у законодавстві відбито думку науковців про доцільність виділення категорій повної та часткової адміністративно-процесуальної дієздатності громадянина. Відповідно до ч. 4 ст. 56 КАСУ, права, свободи та інтереси малолітніх та неповнолітніх осіб, які не досягли віку, з якого настає адміністративна процесуальна дієздатність, а також недієздатних фізичних осіб, захищають у суді їхні законні представники — батьки, усиновлювачі, опікуни, піклувальники чи інші особи, визначені законом. Це ж стосується й прав, свобод та інтересів неповнолітніх осіб, які досягли віку, з якого настає адміністративна процесуальна дієздатність, непрацездатних фізичних осіб і фізичних осіб, цивільна дієздатність яких є обмеженою (ч. 5 ст. 56 КАСУ);

4. Наявність належних повноважень на ведення справи. Відповідно до ч. 1 ст. 56 КАСУ сторона, а також третя особа в адміністративній справі можуть брати участь в адміністративному процесі як особисто, так і через представника. Представництво є процесуальним засобом реалізації фізичними особами права на судовий захист, гарантований Конституцією та законами України. Отже, представництво передбачає, що одна особа — представник — виконує на підставі повноваження, яке надане йому законом, статутом, положенням чи договором, процесуальні дії в адміністративному судочинстві та інтересах іншої особи — довірителя, які спрямовані на захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб у сфері публічно-правових відносин, у результаті чого у представника виникає комплекс процесуальних прав та обов'язків. Важливим є те, що законодавцем у ч. 1 ст. 56 КАСУ надано вичерпний перелік осіб, які можуть брати участь у розгляді справ через представника і це тільки ті особи, які мають юридичний інтерес у наслідках розгляду справи. Дискусійним є питання щодо

кількості представників у однієї особи. Оскільки у названій вище статті використовується термін «представник», який вживається в однині, логічно стверджувати, що в однієї особи має бути один представник. Однак, практика розгляду адміністративних справ свідчить про те, що особа може мати два і більше представників. Варто погодитися з думкою В. К. Матвійчука про те, що процесуальне представництво в адміністративному судочинстві має свою специфіку, яка полягає в тому, що є процесуальною діяльністю особи (представника), спрямованою на захист публічних суб'єктивних прав та інтересів іншої особи, яка бере участь у справі, а також сприянні суду у з'ясуванні об'єктивної істини у конкретній адміністративній справі, у прийнятті обґрунтованого, справедливого і законного рішення.

Представництво в адміністративному судочинстві здійснюється на основі договору або закону. Отже, підставами виникнення представництва слід вважати волевиявлення представника і фізичної особи, яка бажає мати представника, відображене у договорі або законі. Враховуючи наведене, можна стверджувати, що представництво можна поділити на два види: 1) обов'язкове представництво, яке зумовлене законом і не залежить від волі того, кого представляють; 2) добровільне, яке ґрунтується на волі довірителя і яке визначає повноваження представника і згледить як від волі того, кого представляють, так і від волі того, хто представляє;

5. Сплата судового збору, тобто грошового збору, що справляється в судах з позовних заяв та заяв про оскарження постанов та ухвал судів, які ще не набули законної сили, а також тих, які вже набули законної сили. В адміністративному судочинстві судовий збір належить сплачувати при зверненні до адміністративного суду з позовом. Розмір судового збору регламентується Декретом Кабінету Міністрів України «Про державне мито» від 21 січня 1993 р. [15]. Водночас, чинним законодавством передбачаються випадки надання пільг при сплаті судового збору. Так, ст. ст. 4 і 5 Декрету встановлюється вичерпний перелік осіб і види справ, у яких особи звільняються від оплати судового збору.

На відміну від передумов, недотримання умов звернення з адміністративним позовом має інших характер тих наслідків, які наступають у цьому випадку: 1) залишення позовної заяви без руху — на стадії порушення справи; 2) відмова у прийнятті позову — на стадії порушення справи; 3) залишення позову без розгляду — на стадії судового розгляду.

Таким чином, право на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом є правом на звернення за захистом суб'єктивного права або охоронюваного законом законного інтересу. За своїм змістом право на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом означає право на адміністративний процес незалежно від його результату, право на діяльність суду щодо розгляду й вирішення спору про право або охоронюваний законом інтерес, тобто це право на ухвалення рішення незалежно від його змісту і характеру. Вирізняються два поняття права на звернення з адміністративним позовом: 1) як елемент адміністративної процесуальної правоздатності. У цій якості право на позов само по собі не збільшує і не доповнює правову сферу

одних фізичних осіб у порівнянні з іншими; 2) як суб'єктивне процесуальне право. Це право є далеко не у всіх фізичних осіб, а тільки у конкретних осіб по конкретних справах за наявності певних передумов і певних умов.

### Література

1. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [www.rada.gov.ua](http://www.rada.gov.ua).
2. Авер'янов В. Чи забезпечить вітчизняне адміністративне судочинство верховенство права / В. Авер'янов, Д. Лук'янець, Ю. Педько // Віче. — 2006. — № 7–8. — С. 35–39.
3. Голосніченко І. П. Адміністративний процес : навч. посіб. / І. П. Голосніченко, М. Ф. Стахурський ; за заг. ред. І. П. Голосніченка. — К. : ГАН, 2003. — 256 с.
4. Адміністративна юстиція: європейський досвід і пропозиції для України / авт.-упоряд.: І. Б. Колішко, Р. О. Куйбіда. — К. : Факт, 2003.
5. Пасенюк О. М. Адміністративна юрисдикція // Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) [та ін.]. — К., 1998 — Т. 1 : А–Г; Пасенюк О. М. Адміністративна юстиція — на сторожі захисту прав учасників виборчого процесу [Електронний ресурс] // Юстиніан. — 2007. — № 10. — Режим доступу : <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=2766>.
6. Кодекс адміністративного судочинства України : наук.-практ. комент. / за заг. ред. С. В. Ківалова, О. І. Харитонові. — Х. : Одисей, 2009. — 654 с.
7. Цуркан М. І. Адміністративна юстиція України : проблеми теорії і практики : настільна книга судді / М. І. Цуркан ; за заг. ред. О. М. Пасенюка. — К. : Істина, 2007. — С. 364–375, 404–419; Цуркан М. І. Перспективи розвитку адміністративної юстиції у системі судової влади // Конституційні аспекти судової реформи : матеріали наук.-практ. конф., 26–27 черв. 2008 р. — Х. : Право, 2008. — С. 37.
8. Ківалов С. В. Адміністративне процесуальне право: предмет, теорія, правовідносини // Наукові праці Одеської національної юридичної академії : зб. наук. пр. — О., 2006. — Т. 4. — С. 3–17; Ківалов С. В. Кодекс судебной чести // Человек и закон. — 2002. — № 11–12; Ківалов С. В. Основні питання щодо удосконалення Кодексу адміністративного судочинства України // Наукові праці Одеської національної юридичної академії : зб. наук. пр. — О., 2008. — Т. 7. — С. 5–16.
9. Курылев С. В. Формы защиты и принудительного осуществления субъективных прав и права на иск // Труды Иркутского университета. Сер. юрид. — 1957. — Т. 22, вып. 3 — С. 62–70.
10. Пушкар Е. Г. Конституционное право на судебную защиту / Е. Г. Пушкар. — Л. : Вища шк., 1982. — С. 29; Щеглов В. Н. Иск о судебной защите гражданского права / В. Н. Щеглов. — Томск, 1987. — С. 112.
11. Іваницький С. О. Право особи на розгляд її справи незалежним і безстороннім судом у світлі рішень Європейського Суду з прав людини // Вісник Верховного Суду України. — 2005. — № 12. — С. 21–23.
12. Вукот М. А. Стороны — основные лица искового производства / М. А. Вукот. — Саратов, 1968. — С. 55; Курылев С. В. О праве на предъявление иска // Советское государство и право. — 1958. — № 1. — С. 36–41.
13. Гурвич М. А. Право на иск / М. А. Гурвич ; отв. ред. А. Ф. Клейман. — М. ; Л. : Изд-во АН СССР, 1949. — С. 46, 48.
14. Бандурка О. М. Адміністративний процес : підручник / О. М. Бандурка, М. М. Тищенко. — К. : Літера ЛТД, 2001. — С. 76.
15. // [www.rada.gov.ua](http://www.rada.gov.ua)

### Анотація

**Ківалов С. В.** Право на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом: проблеми теорії і правового регулювання. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду питань щодо визначення сутності, правової природи, передумов та умов права на звернення до адміністративного суду. Особлива увага приділена характеристичі передумов та умов цього права.

**Ключові слова:** право на позов, адміністративний суд, передумови права на позов, умови права на позов, підсудність справ.



**Аннотация**

**Кивалов С. В. Право на обращение в административный суд с административным иском: проблемы теории и правового регулирования. — Статья.**

Статья посвящена рассмотрению вопросов определения сущности, правовой природы, предпосылок и условий на обращение в административный суд. Особенное внимание уделено характеристике предпосылок и условий этого права.

**Ключевые слова:** право на иск, административный суд, предпосылки права на иск, условия права на иск, подсудность дел.

**Summary**

**Kivalov S. V. The Right on Applying the Administrative Court with the Administrative Claim: Problems of Theory and Legal Regulation. — Article.**

The article is devoted to the issues of definition of the essence, legal nature, assumptions and terms of applying the administrative court. Particular attention is paid to the characteristics of the assumptions and terms of this right.

**Keywords:** right of action, administrative court, assumptions of the right of action, terms of the right of action, jurisdiction.

УДК 340.12:316.48

**В. В. Завальнюк****КОНФЛІКТ І ОСОБА У СВІТІ, ЩО ЗМІНЮЄТЬСЯ:  
ВИТОКИ АНТРОПОЛОГІЧНОГО РОЗУМІННЯ**

Суспільні потрясіння, різного роду конфлікти і кризи супроводжують всю людську історію, залишаючи помітні віхи в історичній свідомості. У XX столітті конфлікти самого різного характеру і масштабу стали однією з основних причин загибелі та страждань мільйонів людей. Останні десятиліття в історії нашої країни пов'язані з радикальними соціальними перетвореннями, які досить часто набувають гострої конфліктної форми і безкомпромісного характеру. Існування безконфліктної особи конформістського типу пов'язують із стабільністю функціонування соціальної системи. Але якщо ця стабільність не витікає з гармонізації ціннісних орієнтацій, інтересів індивідів, то крах замкнутого суспільства, як це відбулося з радянською державою, зумовлюється його нездатністю служити цілям самоіснування людини, розвитку його духовного світу ззовні [1, 4].

Процес оновлення суспільних відносин в нашій країні відбувається вельми хворобливо, що обумовлене деформацією основних параметрів людського буття: економічного, політичного, духовного, а також правового. Масові масштаби деформацій, що підсилили відчуження існування людини від її діяльної суті, сприяли поглибленню соціальної і духовно-етичної кризи. Розповсюдження в умонастрої народу гострого відчуття кризисності сучасної ситуації, наростання соціальної напруженості, конфліктність буття людини в швидко змінній, суперечливій соціальній реальності, небувала гострота конфліктів, що охоплюють все нові сфери соціального і духовного буття, їх особливий ха-

ракти в нашому суспільстві, що виражається в швидкій ескалації і переростанні у важковирішуваний ситуації, диктують необхідність філософського осмислення проблеми конфлікту.

Філософська думка впродовж багатьох століть звертається до проблеми конфлікту, яка стосується найскладніших, суперечливих сторін людського буття. Інтерес до проблематики конфлікту особливо посилюється в кризові, переломні періоди історії, коли виникає потреба осмислити ці суперечності, знайти шляхи подальшого руху вперед. Тому не випадково останніми роками ця тема привернула до себе увагу. Інтерес до категорії «конфлікт» також по'яснюється й тим, що довгий час у радянській філософській науці проблема конфлікту розроблялася переважно в історико-філософському аспекті, а також у зв'язку з питаннями ідеологічної боротьби і критики зарубіжних концепцій конфлікту. Конфлікт як соціальне явище визнавався виключно атрибутом капіталістичного суспільства; сверджувалося, що в соціалістичному суспільстві немає і не може бути конфліктів. Лише з модернізацією суспільних відносин в країні в теоретичній і масовій свідомості утвердилось розуміння того, що конфлікти не тільки не зникли, але, виступаючи в нових, не бачених раніше формах, набули чи не загального характеру.

Конфлікт, як феномен в структурі соціуму, — багатогранне явище, в ньому в єдиний вузол сплітаються самі різні за змістом і характером соціальні зв'язки, як матеріальні, так і духовні: економічні, політичні, етичні, правові, які піддаються логічному аналізу, раціональному осмисленню, відображенню в логіко-понятійній формі. Але тут же присутні й такі зв'язки і відносини, які в раціональних формах, тобто в звичній для нас логіці понять, незбагненні. Тому пізнання конфліктів вимагає нових підходів, які, на відміну від раціоналістичних методів, орієнтованих на пошук суті і сенсу пізнаваних феноменів, спрямовані на впровадження, внесення сенсу до конфліктної ситуації, прояснення для учасників конфлікту їх дійсного становища в конфліктному соціокультурному просторі, що створився. Зупинити конфліктне зіткнення можна тільки шляхом досягнення суб'єктами, що беруть участь в ньому, сенсу, що розуміється в даному випадку як поєднання думок, єдності, що, поза сумнівом, можливо досягти лише внаслідок того, що між людьми завжди більше загального, ніж того, що їх роз'єднує. В цьому випадку ставлення до іншої людини перестає бути ставленням до зовнішнього об'єкта, інший стає компонентом мене самого, починається діалог, який міняє кожного його учасника.

Для вирішення цього завдання важливо досліджувати людину не тільки як суб'єкт, направлений на зовнішній світ, але й як унікальну екзистенціальну істоту, що володіє внутрішнім світом, який найадекватніше відображає сутнісні характеристики людини. Під таким кутом зору актуальним уявляється дослідження нового способу буття екзистенціальних характеристик людини і основних форм її діяльності, що привертає увагу до філософської антропології.

У пошуках нових підходів до вирішення проблем виходу з кризової ситуації, що склалася, зрозумілою видається актуальність розробки таких фундаментальних питань теорії конфлікту, як проблема природи (суті), підстав і

генезису конфліктів в суспільстві, а також їх послаблення, запобігання і вирішення. Усвідомлення і осмислення конфлікту як соціального феномена виступає не тільки загальнотеоретичним, але й практично-політичним завданням сучасності, а також є умовою руху на шляху до цивілізованого життя та загальносвітового прогресу.

Дослідження конфлікту як своєрідного соціально-психологічного феномена вимагає висування своєрідної аксіоми про конфліктність людського існування. Людина живе в суспільстві, діє в системі міжособових відносин, її діяльність спрямована на задоволення власних потреб. Виникає таке питання: конфліктність є межею особи і причиною будь-якого конфлікту або конфлікт виникає вже як наслідок людської взаємодії з соціальним середовищем?

Вивченням, прогнозуванням, запобіганням конфліктам займається особлива галузь знань — конфліктологія. До початку XX ст. були закладені основи сучасної конфліктології.

Сучасна конфліктологія як відповідь на нові виклики, як особлива наука на стику соціології, історії й політології виникла на основі синтезу декілька, точніше трьох, теорій: «позитивно-функціонального конфлікту» (автор — американський соціолог Л. Козер); «конфліктної моделі суспільства» (автор — німецький політолог і політичний діяч Р. Дарендорф, нині визнаний лідер світового наукового напрямку конфліктології); «загальній теорії конфліктів» (автор — американський соціолог і економіст К. Боулдінг).

Всі вони відрізнялися у формулюванні основних положень сучасної концепції соціального конфлікту, але єдині в одному: конфлікти — це об'єктивна реальність суспільного буття і покінчити з ними неможливо. Проте навчитися їх передбачати і управляти ними — це надзвичайно важливе і актуальне для людства завдання.

Незважаючи на численні спроби дослідників створити загальну теорію конфліктів або єдину схему типології конфліктів, поки це зробити не вдалося.

Є безліч визначень конфлікту. Найбільшою популярністю за кордоном користується визначення, дане Л. Козером, який вважає конфліктом боротьбу за цінності і претензії на певний соціальний статус; владу; недостатні для всіх матеріальні і духовні блага; боротьбу, в якій цілями сторін, що задіяні в конфлікті, є нейтралізація, нанесення шкоди або знищення суперника.

Необхідно зазначити, що в широкому сенсі термін «конфлікт» включає і конфліктні відносини, і конфліктні дії, а також кризу і збройний конфлікт.

Класифікації конфліктів також є проблемною темою в конфліктології. Не існує єдиної думки на критерії (підстави) класифікації конфліктів. Найчастіше використовуються типології, в основу яких покладені критерії суб'єктності (міждержавні, міжнаціональні, міжконфесійні, расові), кількості учасників (двосторонні, багасторонні), об'єкта (предмета) суперечки, сфери конфлікту (економічний, політичний, національний, релігійний), його географії (локальні, регіональні, глобальні конфлікти), ступінь небезпеки для загального світу, а також критерії причинності. Однопричинних (моноказуальних) конфліктів значно менше, ніж тих, в яких переплітається безліч причин [2].

Конфлікту зазвичай передуює криза, яка характеризується різким погіршенням відносин, швидким, лавиноподібним розвитком подій, поганою їх керованістю.

У сучасних теоріях конфлікту збережено дихотомію в поглядах на проблему конфліктів людської взаємодії. Т. Парсонс, Е. Дюркгейм, Е. Мейо відзначають стійкості і стабільності суспільства, вважаючи конфлікт тільки певним відхиленням, «хворобою» людських відносин. Натомість М. Вебер, В. Парето, Р. Дарендорф розглядають конфлікт як необхідний чинник в поясненні соціальних процесів та змін. Унаслідок такого розділення концепцій суспільного розвитку виникають два самостійні різновиди теорії конфлікту: функціоналізм і соціологія конфлікту [3].

Дослідники виділяють три типи причин, що ведучих до конфлікту: умови, що підсилюють або заохочують несумісність ціннісних відмінностей; агресивні настанови, що прямо ведуть до конфліктної поведінки; психологічні процеси, які викликають упевненість в несумісності відмінностей [4, 54–55].

Глобалізація суспільних відносин та пов'язана з цим тенденція переростання конфліктів в світові зіткнення з величезними руйнівними наслідками створюють нову ситуацію із визначення місця людини у сучасному світі. Цілеспрямована та усвідомлена дія на відповідний суспільний процес залежить від особистісного фактора. Без зміни конкретної людини, її духовних і поведінкових структур прогресивна трансформація неможлива. Якщо раніше людина була включена в суперечності й конфлікти суспільних відносин свого регіону, своєї країни, оскільки далі за цю територію її соціальні конфлікти не розповсюджувалися, то тепер вона опинилася так би мовити віч-на-віч з суспільними суперечностями всього світу. Важливо при цьому підкреслити, що світові суспільні відносини несуть небезпеку можливого втягування індивіда в конфлікт, зіткнення, протистояння та ін. [5].

Людство накопичило значний досвід в запобіганні конфліктам та в їх врегулюванні. Воно має такий унікальний для цього інструмент, як право.

Уявляється, що погляд на конфлікт, що розкриває його сутність через вказівку на зв'язок з нормами чинного законодавства, нехтує глибинними передумовами правового конфлікту, мотивами і стимулами участі суб'єктів в конфліктній взаємодії, що впливає з особливості предмета дослідження юриспруденції, яка, через свою специфіку як науки, повинна ототожнювати право із законом. Феномен правового конфлікту потребує філософського осмислення, яке оголило б екзистенціальну структуру особи, приховану за ролевими, статусними напашаруваннями соціального Я. Право повинно розглядатися безпосередньо впливаючими з ціннісної сфери духовного світу людини, де воно втілюється в оцінках і нормах, що впливають на реальність, а не як відчужена від нього структура, об'єктивний факт дійсності, соціального простору, вищої волі та ін.

У будь-якій ієрархічно побудованій системі соціальні відносини існують в рамках нав'язаних індивідам соціальних ролей, які сприймаються як примус. Будь-яка норма, правило, традиція передбачають наявність виконавця і того,

хто стежить за виконанням. Конфлікт є формою прояву свободи, виникає він з відносин панування і підпорядкування в системі відносин нерівності. Будь-яка регуляція соціальних відносин, заснована на законі, нормі, правилі, включає елемент примусу і може викликати конфлікт. Якщо суспільство не хоче визнавати саму можливість виникнення конфлікту як породження свободи, то воно заганяє конфлікт всередину, що робить його прояв в майбутньому більш руйнівним. Конфлікт необхідно виявити, усвідомити, зробити його предметом суспільної свідомості й уваги. Це допоможе визначити реальні причини конфлікту, сферу його можливого розповсюдження. Конкретний конфлікт має відносний характер і локалізується в певній сфері. Конфлікт є універсальною формою людського співіснування. Він абсолютний. Усвідомлення цієї обставини є умовою індивідуальної свободи.

Резюмуючи вищевикладене, відзначимо, що філософсько-антропологічний підхід до проблематики конфліктності дозволив розкрити фундаментальні онтологічні підстави людських конфліктів будь-якого рівня. Конфлікт в універсальному розумінні уявляється як наслідок неможливості для людини якнайповнішої реалізації своїх сутісних сил, придушення або фрустрації основоположних потреб людського буття: у праці, навчанні, спілкуванні, сенсі життя, що розуміються як потреби в самій людській діяльності, в різних її видах. Основним способом подолання конфліктів будь-якого рівня є діалог. Цілеспрямована і усвідомлена дія на відповідний суспільний процес залежить від особового фактора. Без зміни конкретної людини, її духовних і поведінкових структур прогресивна трансформація неможлива.

Необхідно виходити з ідеї допустимості, правомірності і правового врегулювання різних видів конфлікту в суспільстві як природного (разом з іншими) способу вираження суперечливої людської природи, різноманіття і незбігання приватних інтересів, цілей та оцінок соціальних суб'єктів на основі їх узгодження з базовими соціокультурними цінностями даного соціуму.

Необхідність створення в Україні повноцінної, оптимально диференційованої системи вирішення правових конфліктів уявляється вельми актуальною. Створення такої системи є комплексним завданням, вирішення якого передбачає розробку адекватних організаційно-правових форм, які б органічно поєднували і забезпечували надійний захист прав і законних інтересів фізичних і юридичних осіб в конфліктних ситуаціях і ефективне вирішення таких ситуацій в цілях стабільного функціонування правової системи.

### *Література*

1. Васильченко В. А. Антропология правового конфликта : дис. ... канд. филос. наук : 09.00.13 / В. А. Васильченко. — Ставрополь, 2002. — 153 с.
2. Анцупов А. Я. Конфликтология : учебник / А. Я. Анцупов, А. И. Шипилов. — М. : ЮНИТИ, 2007. — 496 с.
3. Зайдельман Р. Теории конфликтов и мира [Электронный ресурс] / Р. Зайдельман. — Режим доступа : <http://poli.vub.ac.be/publi/etni-3/seidelmann.htm>.
4. Тагиров Э. Р. Конфликты в обществе: от противостояния к согласию / Э. Р. Тагиров, Л. С. Тронова. — Казань, 1996. — С. 54–55.

5. Барулин В. С. Социальная философия : учебник / В. С. Барулин. — Изд. 2-е. — М. : ФАИР-ПРЕСС, 2000. — 560 с.

### Анотація

**Завальнюк В. В.** Конфлікт і особа у світі, що змінюється: витоки антропологічного розуміння. — Стаття.

У статті аналізується філософсько-антропологічний підхід до проблематики конфліктності, що дозволяє розкрити фундаментальні онтологічні підстави людських конфліктів будь-якого рівня. Обґрунтовується ідея допустимості, правомірності і правового врегулювання різних видів конфлікту в суспільстві як природного способу вираження суперечливої людської природи, різноманітності і незбігу приватних інтересів, цілей і оцінок соціальних суб'єктів на основі їх узгодження відповідно до базових соціокультурних цінностей даного соціуму.

**Ключові слова:** конфлікт, правовий конфлікт, конфліктність людського буття, філософсько-антропологічний підхід.

### Аннотация

**Завальнюк В. В.** Конфликт и личность в изменяющемся мире: грани антропологического постижения. — Стаття.

В статье рассматривается философско-антропологический подход к проблематике конфликтности, позволяющий вскрыть фундаментальные онтологические основания человеческих конфликтов любого уровня. Обосновывается идея допустимости, правомерности и правового регулирования различных видов конфликта в обществе как естественного способа выражения противоречивой человеческой природы, многообразия и несовпадения частных интересов, целей и оценок социальных субъектов на основе их согласия по базовым социокультурным ценностям данного социума.

**Ключевые слова:** конфликт, правовой конфликт, конфликтность человеческого бытия, философско-антропологический подход.

### Summary

**Zavalniuk V. V.** Conflict and Human in the Changing World: Measures of Anthropological Cognition. — Article.

The article deals with the philosophical-anthropological approach to the problems of conflict, allowing the fundamental ontological foundation of human conflict at all levels. The idea of acceptability, legitimacy and the legal regulation of different types of conflict in society as a natural way of expressing contradictory human nature, diversity and discrepancy of private interests, goals and assessments of social actors on the basis of their agreement on the basic socio-cultural values of society are analyzed.

**Keywords:** conflict, legal conflict, conflict nature of human being, philosophical-anthropological approach.

### КОНЦЕПТУАЛЬНІ ОСНОВИ ТЕОРІЇ ІНСТИТУЦІОНАЛІЗАЦІЇ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАКТИК ЯК ПРЕДМЕТА ІНСТИТУЦІОНАЛЬНОЇ КРИМІНОЛОГІЇ

Проблема інституціоналізації кримінальних практик у кримінологічній літературі в Україні на монографічному рівні почала вивчатись лише в останні роки, хоча очевидною була потреба в розробці теоретичної концепції, у якій були би розглянуті питання криміналізації сучасного суспільства та розширеного відтворення злочинності [1]. Разом с з тим слід зазначити, що у працях деяких відомих українських вчених йдеться про необхідність аналізу злочинності з позицій інституціоналізму. Про кримінологічні аспекти інституціональної теорії в межах соціологічних досліджень злочинності писали С. А. Гриценко та І. П. Рущенко, економічної злочинності — В. М. Попович, в контексті віктимологічних проблем — В. О. Туляков.

У Росії інституціональний підхід до вивчення злочинності застосовують Н. Б. Бараєва, С. Ю. Барсукова, Л. В. Гевелінг, С. П. Глінкіна, В. М. Єсіпов, В. О. Ісправніков, В. В. Колесников, І. М. Клямкін, Л. Я. Косалс, Ю. В. Латов, А. М. Олейник, В. В. Радаєв, Р. В. Ривкіна, Г. О. Сатаров, Л. М. Тимофеев та інші відомі науковці. Вагомим внеском у розвиток інституціонального підходу до вивчення злочинності стали докторська дисертація Н. Б. Бараєвої «Організована злочинність як соціальний інститут» (2002), дослідження тіньової економіки, засновані на трактуванні її як інституту (комплексу інститутів), здійснені Ю. В. Латовим; праці А. М. Олейника, який досліджував тюремну субкультуру та її вплив на суспільство.

Інституціоналізм не є новітньою концепцією. Ще Е. Дюркгеймом та Р. Мертоном було переконливо доведено, що аналіз девіантної поведінки передбачає вивчення соціальних інститутів, процесу «інституціоналізації порушень інституціональних правил». Формування інституціонального напрямку в правознавстві пов'язане з іменами М. Оріу, Л. Дюгі, Г. Гурвича, П. Сорокіна, Ж. Ренара. Помітне місце в західній науці займає інституціональний підхід до вивчення злочинності в межах теорії «економіки злочинів та покарань» (Т. Шеллінг, Г. Беккер). Інтерес до проблем злочинності в контексті інституціональної теорії виявляли лауреати Нобелівської премії М. Фрідмен, Д. Стіглер, Дж. Б'юкенен. Лідером неоінституціонально-еволюційної теорії справедливо називають американського вченого, лауреата Нобелівської премії Д. Норта, який створив широку концепцію інститутів та інституціональної динаміки. Для розвитку інституціональної теорії криміналізації суспільства важливо підкреслити, що в основі інституціоналізму Д. Норта знаходиться теорія людської поведінки.

Як відомо, особливу увагу функціональному навантаженню інститутів приділяв Е. Дюркгейм. Він уважав головною функцією соціальних інститутів за-

безпечення цілісності суспільства. Дюркгейм дотримувався ідеї про позитивність суспільних інститутів, які є найважливішим засобом самореалізації людини [2, 19; 3]. Соціальні інститути він образно визначав як «фабрики відтворення» соціальних відносин і зв'язків, вважаючи інститутами певні типи відносин між людьми, які постійно затребувані суспільством і тому відроджуються знову і знову [2, 184].

Доречно нагадати судження Е. Гіденса про те, що соціальні інститути «цементують суспільне життя», «забезпечують загальні угоди, вироблені людьми в спілкуванні один з одним та за сприяння яких досягається спадкоємність поколінь» [4, 344].

Безперечно, більша частина злочинів, які розглядаються нами як кримінальні практики — різновид соціальних протиправних практик, не відповідає таким критеріям. Найбільш повно проаналізовано механізм інституціоналізації неправових практик у соціології. Значний внесок у формування концептуальних основ інституціоналізації неправових практик та вивчення цієї проблеми зробила своїми працями російський академік Т. І. Заславська та її колеги [5–10].

Розглянемо, яким чином у літературі розкрито співвідношення різних видів неправових практик. «Неправові практики у найзагальнішому вигляді можна визначити як сукупність стійких і масових соціальних дій (взаємодій), пов'язаних із порушенням акторами різних рівнів норм права» — пишуть Т. Н. Заславська і М. А. Шабанова [9, 10–14]. Проте зміст, вкладений різними вченими в поняття норми і права, як вони зауважують, не однозначний. Відповідно до суто юридичного підходу право ототожнюється із законом і формально-правовими нормами, що його конкретизують. При цьому під правовими нормами розуміють всі загальнообов'язкові правила, що встановлює держава і охороняє закон. Ліберальна концепція праворозуміння розрізняє поняття права і закону, диференціює закони на правові та неправові, визнає нелегітимність неправових законів; враховує можливість різного сприйняття та оцінки одних і тих же законів різними соціальними групами як правовими чи неправовими. Ця концепція пропонує розглядати право як соціальне явище, незалежне від волі та свавілля законодавця, що має власну природу і базується на власному принципі [7].

У різних груп громадян існують певні уявлення про те, які соціальні дії є правовими, а які — неправовими. Причому для трансформуючих суспільств у цьому аспекті характерні особливо глибокі розходження між рядами і групами. З погляду вказаної концепції легітимність закону означає позитивне ставлення до нього членів суспільства, підтримку його і громадянами, і юридичними особами. І навпаки, стверджують Т. Н. Заславська і М. А. Шабанова, негативне ставлення людей до закону, його неприйняття означає, що закон не легітимний. Критерій легітимності, що базується на панівних правових уявленнях масових груп, відносно незалежний від фактичного стану та якості чинних формально-правових норм. У періоди радикальних перетворень, коли ще не склалися схвалені широкими масами зразки (норми) соціальних дій,



розбіжність між цими феноменами є особливо великою. Виходячи із цього, автори наведеної концепції розрізняють неправові і протизаконні соціальні практики. Під протизаконними практиками вони розуміють сукупність стійких і масових соціальних дій (взаємодій), пов'язаних із порушенням встановлених державою законів і підзаконних правових норм. Як правило, протизаконні практики є також неправовими, — підкреслюють Т. Н. Заславська і М. А. Шабанова. «Але в тих випадках, коли формальні норми самі мають неправовий, нелегітимний характер, соціальні практики, пов'язані з їх порушеннями, будучи формально протизаконними, можуть сприйматися суспільством як обґрунтовані, справедливі, правові. У багатьох сферах суспільного життя неправові практики розширюються, стають більш різноманітними, закріплюються в масовому досвіді. У кінцевому варіанті вони часто є органічною частиною нових суспільних інститутів, зумовлюючи їх «мутацію». Постійне відтворення цього процесу свідчить про те, що в його основі лежить певний соціальний механізм, знання якого має велике практичне і теоретичне значення. Причому не всі соціальні практики мають інституційний характер» [7].

Важливо звернути увагу на те, що, на думку Т. Н. Заславської і М. А. Шабанової, інституціоналізуються переважно ті соціальні практики, які вирізнялися або більшою значущістю та масовістю, або стійкістю і традиційністю. Саме такі практики становлять стійке ядро життєдіяльності певного суспільства, водночас ті, що виникли нещодавно, менш значущі, порівняно рідкісні, ненормативні або протизаконні практики представляють зазвичай її периферію. У здорових суспільствах і нормальних умовах державні закони та норми сприймаються більшістю громадян як справедливі і тому реалізуються в масових соціальних практиках. У суспільствах, які трансформуються, справа зовсім інакша, підкреслюють автори. Тривале ослаблення інституційних систем нерідко призводить до того, що відхилення реальних практик від правових норм стабілізується, у результаті чого вони набувають стійкого неправового характеру. Тим часом інституціоналізація неправових практик означає переродження (або мутацію) інститутів [9].

Сформульовані соціологами положення знаходять підтвердження в реальному житті: деінституціоналізація державних інститутів відбувається за рахунок проникнення кримінальних практик у їх діяльність. Думка авторитетних російських соціологів важлива для розуміння системності процесів криміналізації суспільства та інституціоналізації окремих видів кримінальних практик. Ми вважаємо, що багатомільйонна армія колишніх і діючих делінквентів під час своєї «практичної» діяльності цілком може вплинути на сутнісне буття того чи того соціального інституту. Мільйони осіб, що побували в місцях позбавлення волі, і діючих злочинців, є носіями особливої ідеології, заснованої на специфічних соціальних цінностях і установках. Тісний взаємозв'язок неправових (кримінальних) та правових практик відображає наше уявлення про злочинність як життєдіяльність людей в умовах інституціоналізованих «дозволів» і заборон. У дослідженнях інших авторів ми знаходимо підтвердження такої позиції.

Е. Н. Митракова цілком обґрунтовано стверджує, що розвиток неформального простору є закономірним явищем початкового етапу інституційної та суспільної трансформації як самоорганізуючі механізми налагодження громадської взаємодії в різних сферах життя суспільства. Неформальні відносини забезпечують оперативність і гнучкість у вирішенні індивідуальних та групових інтересів і потреб; створюють неформальні, дієві механізми соціального впливу, тиску і захисту своїх прав та законних інтересів, що підмінюють нерезультативне функціонування офіційних інститутів публічно-правової взаємодії. На її думку, неформальні практики — це не пасивна соціальна субстанція, а цілком активне, самодостатнє і саморозвинуте соціальне явище, що прагне заповнити собою прогалини та колізії у нормативно-правовому регулюванні суспільних та етнополітичних процесів, які зумовлюють конфліктогенну взаємодію офіційного і неформального просторів [11, 19].

Порівняльно-правові дослідження показують, що практично в кожній правовій системі існує концепція співвідношення формального і неформального права (офіційної та тіньової правотворчості). У межах цієї концепції є відносно чітке розуміння сутності неформального права, системи критеріїв, за якими ті чи ті тіньові відносини оцінюються суспільством як позитивні чи негативні, а також сформульована концепція інституціоналізації неформальних відносин і відповідний процесуальний механізм, що переводить позитивні правила і моделі відносин з неофіційної (тіньової) сфери у публічно-правові моделі взаємодії [11, 20].

Результати досліджень, проведених у Науково-навчальному Центрі з вивчення нелегальної економічної діяльності (Російський державний гуманітарний університет), засвідчили, що позалегальна практика в державах із перехідною економікою починається не як незалежна приватна ініціатива за межами чинного закону (як це буває, наприклад, у країнах, що розвиваються), а в надрах офіційного правового порядку. Формальне і неформальне, легальне і нелегальне становлять у них єдину систему, що охоплює не лише господарську діяльність, а й інші сфери суспільного буття — політику, адміністративну, правоохоронну і правозастосовну діяльність, сферу соціальних гарантій тощо. Позалегальність — об'єктивна кризова реакція функціональної структури суспільства на виниклий дисбаланс соціальної системи. З іншого боку, це своєрідний ресурс самовпорядкованої системи в умовах трансформації або знищення наявного інституціонального порядку. Позалегальність виникає в інституціональній сфері (виявляючись у функціональній), коли інститути, легітимуючи відносини і зв'язки соціальних структур, виявляються нездатними еволюційно і безконфліктно інтегрувати в себе визрілі в суспільстві нові явища [12; 13].

У зв'язку із цим особливу методологічну значущість для кримінологів має концепція інституціоналізації, розроблена Т. Лукманом і П. Бергером. На наш погляд, основні положення цієї концепції можуть бути взяті за основу інституціональної теорії криміналізації суспільства. Вони дають важливий інструментарій для пошуку відповіді на питання, яким чином кримінальні практики, типізуючись, віднаходять якості соціальних інститутів, а ті, у свою чергу,

відтворюють наступні кримінальні практики. Викладаючи цей матеріал, скористаємося дослідженням Е. А. Островської-молодшої, яка глибоко вивчала наукові погляди вказаних вчених [14] з посиланням на праці П. Бергера та Т. Лукмана.

Інституціоналізацію суспільства Т. Лукман і П. Бергер пов'язують, перш за все, з практичною діяльністю людей, яка має предметний характер, що цілком відповідає традиціям марксистського підходу до аналізу соціальних явищ. Т. Лукман і П. Бергер сприймають суспільство як об'єктивну реальність, продукт опредмеченої людської діяльності, об'єктивованої історично. Об'єктивована соціальна реальність інституціональна і має примусову силу над індивідом. У своєму трактуванні об'єктивної реальності суспільства як типізованої діяльності Т. Лукман і П. Бергер дотримуються німецької традиції інтерпретації інституціонального генезису суспільства. Суспільство визначене ними як соціальна реальність, яку конструюють люди у процесі їхньої повсякденної взаємодії. Слідом за Х. Фрейером, А. Геленом, Х. Шельські вони розглядають виникнення інститутів як ознаку виникнення об'єктивної соціальної реальності. Дефініцію понять «інститут» і «інституціоналізація» Т. Лукман і П. Бергер пов'язують з аналізом об'єктивної реальності суспільства [14]. Суспільство у їхній інтерпретації постає як сукупний запас знань, що конструюється індивідами в процесі взаємодії та закріплюється соціально у вигляді інститутів — «об'єктивованих, наділених статусом фактичності типізації дій і діячів» [15, 92–101].

Об'єктивність інститутів, згідно з Т. Лукманом і П. Бергером, породжується їх відтворенням у поколіннях, їх історичністю. «Найбільш загальна відповідь на це запитання така: соціальний порядок — це людський продукт або, точніше, безперервне людське виробництво. Він створюється людиною в процесі постійної екстерналізації. Соціальний порядок у своїх емпіричних проявах не є біологічно даним або утвореним із будь-яких біологічних даних... Соціальний порядок не є частиною «природи речей» і не виникає за «законами природи». Він існує лише як продукт людської діяльності. І в своєму генезі (соціальний порядок як результат минулого людської діяльності), і в своєму теперішньому (соціальний порядок існує, лише оскільки людина продовжує його створювати у своїй діяльності) — це людський продукт ... Щоб зрозуміти причини (відмінні від тих, основу яких становлять біологічні константи) виникнення, підтримки і передачі соціального порядку, слід проаналізувати те, що міститься в теорії інституціоналізації», — пишуть Т. Лукман і П. Бергер [15, 89–90].

Соціальний порядок (тобто суспільство, створюване людиною) виникає, відповідно до тверджень Т. Лукмана і П. Бергера, саме в процесі інституціоналізації. У зв'язку з цим концепція інституціоналізації повинна бути інструментом аналізу походження соціального порядку, форм його підтримки і відтворення. Інституціоналізація, за Т. Лукманом і П. Бергером — динамічний процес виникнення, встановлення та передачі соціального порядку. У цьому процесі вони виокремлюють три послідовні етапи — типізацію, об'єктивацію і легітимацію [14, 100–102].

Перший етап інституціоналізації — *типізація*. Необхідною антропологічною умовою типізації є габітуалізація діяльності. «Будь-яка людська діяльність піддається габітуалізації (тобто призвичаюванню). Будь-яка дія, що часто повторюється, стає зразком, згодом вона може бути відтворена з економією зусиль та *ipso facto* усвідомлена його виконавцем як зразок. Крім того, габітуалізація означає, що дія, яка розглядається, може бути знову вчинена в майбутньому тим же чином і з тим же практичним зусиллям [15, 90].

Поняття «габітуалізація» є похідним від поняття «габітус» (від лат. *habitus* — властивість, стан, положення). Цей термін використовується сучасними криміналістами та судовими медиками, проте в кримінології він фактично не застосовується. Разом із тим механізм інституціоналізації кримінальних практик складно описати без використання концепції габітуалізації.

Концептуалізація цього поняття пов'язана з ім'ям П. Бурдьє, у теорії якого воно є центральною категорією, що дозволяє подолати антиномію детермінізму і свободи, свідомого і несвідомого, індивіда і суспільства. У книзі «Практичний сенс» П. Бурдьє розвиває власну версію соціальної теорії практик і відповідний понятійний апарат. Особливе місце в книзі відведене поняттю «габітус». Габітус визначається П. Бурдьє як сукупність практичних дорефлексивних і доінтенціональних схильностей соціального актора, які функціонують як «структуруюча структура», тобто як принципи, які породжують і організовують практики та подання, об'єктивно пристосовані для досягнення певних результатів, але не передбачають свідомої націленості на ці результати [16]. Габітус постає як якась активна сила, що являє собою інкорпоровані соціальні структури та соціальні траєкторії індивідів і зумовлює всі можливі для індивіда практики і уявлення. Габітус, таким чином, є те, що генерує соціальні практики індивідів, причому найчастіше потайки від них самих [17].

Соціальні відносини, інтеріоризуючись в ході практичної діяльності, перетворюються на «практичні схеми» (схеми виробництва практик) — інкорпоровані структури. Останні у свою чергу зумовлюють екстеріоризацію об'єктивних структур, що їх породили, які полягають у відтворенні практик агентами. Соціальні структури обумовлюють практики та подання агентів, але агенти виробляють практики і тим самим відтворюють та (або) перетворюють структури. Детермінації, пов'язані з особливим класом умов існування, виробляють габітуси — системи стійких і переносних диспозицій, структуровані структури, схильні функціонувати як структуруючі структури, тобто як принципи, що породжують і організують практики та уявлення, які, хоча і можуть бути об'єктивно адаптованими до їхньої мети, проте не припускають усвідомлену спрямованість на неї і неодмінне оволодіння необхідними операціями, щоб її досягти. Як продукт історії габітус виробляє практики індивідуальні та колективні, а отже — саму історію відповідно до схем, породжених історією ..., дає гарантію тотожності та сталості практик в часі [18]. Габітус, за П. Бурдьє, функціонує як породжувальний механізм, здатний спонтанно виробляти в більшості соціальних ситуацій практики, що виражають один загальний принцип. Іншими словами, габітус — це здатність вільно реалізовувати на практиці засвоєні схеми

сприйняття, думки, комунікації, дії... Водночас габітус встановлює і жорсткі рамки обмеження цієї продуктивної здібності: соціальні відносини, продуктом яких він є, керують практиками — не в дусі лапласівського детермінізму, а з допомогою від самого початку заданих примусів і обмежень його винахідливості. Габітус не допускає «...ні створення чого-небудь небачено нового, ні простого механічного відтворення одвічно заданого». З позиції концепції габітусу «...агенти ніколи не бувають вільні, але ніколи ілюзія свободи (або відсутності примусу) не буває настільки повною, як у випадку, коли вони діють, йдучи за схемами свого габітусу, тобто об'єктивним структурам, продуктом яких є сам габітус: у цьому випадку агенти відчують примусування не більше, ніж тяжкість повітря». Як система практичних схем (диспозицій), тобто схем сприйняття, оцінювання, мислення і дії, габітус є «породжуючою основою» практик, виступаючи в ролі більш-менш сталого, більш-менш повного принципу об'єктивного узгодження практик агента або групи агентів. За відсутності видимого примусу або бажання окремих агентів, що належать до однієї групи, габітус гармонізує, робить їх практики «осмисленими» або «розумними», пов'язаними просто тому, що в ідентичних соціальних умовах виробляються схожі системи практичних схем. Отже, габітус являє собою, по-перше, умову узгодження практик агентів, що належать до однієї групи, при відсутності будь-якої мимовільної або нав'язаної організації індивідуальних практичних схем, і, по-друге, є самою практикою узгодження [17, 64, 67–68].

Розглядаючи механізм репродукування інституціональних моделей та інтерпретуючи їх стосовно тюремної системи, до концепції габітусу звертається А. Н. Олійник. На його думку, пояснення конгруентності слід шукати в існуванні умов, здатних перевести в активний стан габітуси, сформовані в'язницею та іншими тотальними інститутами. Ретроспективний аналіз становлення звичайної радянської людини приводить А. Н. Олійника до висновку, що конгруентність тюремної субкультури і «конституції» повсякденного життя радянських людей пояснюється існуванням одного і того ж типу владних відносин як у в'язниці, так і в довоколишньому суспільстві [19, 7, 37]. «Габітус передбачає тенденцію до нескінченного відтворення думок, виразів, дій, способів сприйняття, формування яких завжди історично і соціально зумовлено» [19, 37; 20, 116].

Базуючись на концепції габітусу, Т. Лукман і П. Бергер описали процес типізації практик. На їхню думку, найбільш важлива частина габітуалізації людської діяльності пов'язана з процесом інституціоналізації. Остання виявляється скрізь, де здійснюється взаємна типізація узвичаєних дій діячами різного роду. Типізації узвичаєних дій, що становлять інститути, завжди розділяються; вони доступні для розуміння всіх членів певної соціальної групи, і самі інститути типізують й індивідуальних діячів, й індивідуальні дії. Витоки будь-якого інституційного порядку містяться у типізації здійснюваних дій, як наших власних, так і інших людей. Це означає, що одного індивіда об'єднують з іншими певні завдання, збіг етапів їх досягнення, більше того, не тільки певні дії, а й форми дій типізуються [15, 90–92, 122].

Другий етап інституціоналізації, відповідно до концепції Т. Лукмана і П. Бергера, — об'єктивація, тобто процес, за допомогою якого екстерналізовані продукти людської діяльності набувають характеру об'єктивності. Об'єктивація передбачає перетворення інститутів на об'єктивну соціальну реальність. Об'єктивність інституційного світу — хоч би якою важкою не здавалася вона індивіду — створена людиною, сконструйована об'єктивність. Інституційний світ — як і будь-який окремих інститут — це об'єктивована людська діяльність. Інакше кажучи, незважаючи на те, що соціальний світ визначений об'єктивністю в людському сприйнятті, тим самим він не набуває онтологічного статусу, незалежного від людської діяльності, у процесі якої він і створюється. Інституційний світ сприймається як об'єктивна реальність. У нього є своя історія, що існувала до народження індивіда, яка недоступна його індивідуальній пам'яті. Він існував до його народження й існуватиме після його смерті. Сама ця історія як традиція наявних інститутів має характер об'єктивності. Інститути передбачають історичність і контроль. Взаємні типізації дій поступово створюються в ході спільної історії. Вони не можуть бути створені моментально. Інститути завжди мають історію, продуктом якої вони і є. Інститути, вже завдячуючи самому факту їх існування, контролюють людську поведінку, встановлюючи зумовлені її зразки, які надають поведінці один з багатьох, теоретично можливих напрямів. Важливо підкреслити, що цей контролюючий характер властивий інституціоналізації як такій, незалежно від того і ще до того, як були створені будь-які механізми санкцій, що підтримують інститут. Сказати, що частина людської діяльності була інституціоналізована, — отже сказати, що частина людської діяльності була піддана соціальному контролю [15, 93–94, 103].

Т. Лукман і П. Бергер на підставі того, що інститути як історичні та об'єктивні фактичності постають перед індивідом як незаперечні факти. У цьому ракурсі інститути виявляються для індивіда зовнішніми, такими, що зберігають свою реальність незалежно від того, чи подобається вона йому. Він не може позбутися їх. Вони мають над ним примусову владу і самі по собі, завдяки силі своєї фактичності й завдяки механізмам контролю, які зазвичай мають у своєму розпорядженні найбільш важливі інститути. Важливо мати на увазі, що взаємозв'язок між людиною — творцем і соціальним світом — його продуктом є діалектична людина, (звичайно, не в ізоляції, але у своїй спільності) і її соціальний світ взаємодіючи одне з одним. Продукт чинить зворотний вплив на виробника. Об'єктивність соціального світу означає, що останній протистоїть людині як щось зовнішнє щодо неї [15, 101–102, 145].

Третій етап інституціоналізації — *легітимація*. За Т. Лукманом і П. Бергером, легітимації — це когнітивні та нормативні інтерпретації інституційного порядку, що сприймаються в процесі соціалізації. Цьому етапу відповідає розширення інституційного порядку за межами життя одного покоління. Початковий зміст інститутів недоступний для їх розуміння в термінах пам'яті. Тому тепер необхідно витлумачити їм цей зміст у різних формулах легітимації. Вони повинні бути послідовними і вичерпними в термінах інституційно-

го порядку, щоб стати переконливими для нового покоління. Звідси виходить, що, розширюючись, інституційний порядок створює відповідну завісу легітимації, яка простирає над ним своє захисне покривало когнітивної та нормативної інтерпретації. Ці легітимації завчаються новим поколінням в ході того ж процесу, який соціалізує їх в інституційний порядок. «Інститути повинні утвердити свою владу над індивідом (що вони і роблять), незалежно від тих суб'єктивних значень, які він може надавати кожній конкретній ситуації, — пишуть Т. Лукман і П. Бергер. — Чим більше поведінка інституціоналізована, тим більш вона стає передбачувана, а отже, і контрольована» [15, 104–105]. Т. Лукман і П. Бергер підкреслюють, що інституціоналізація не є незворотнім процесом: через багато історичних причин кордони інституціоналізованих дій можуть зменшуватися; в окремих сферах соціального життя може виявлятися деінституціоналізація [15, 134–135].

Теорію, висунуту Т. Лукманом і П. Бергером, можна взяти за концептуальну основу інституціоналізації кримінальних практик і формування кримінальних соціальних інститутів. Толерантність до девіантної поведінки зросла. Виник сектор анархічного порядку, що включає не лише економічну самодіяльність, а й кримінал, той же, який хотів робити те ж, що й багато інших, — великі гроші, але незаконним шляхом, тим більше, що закони якщо і приймалися, то не діяли [21]. «Тут ми зіштовхуємося з феноменами криміногенної системи — особливого суспільного організму, який, за словами Д. Ігнатіуса, робить злочинців із людей (точніше, виконавців зовсім інших соціальних ролей), які в інших умовах могли б вести чесний спосіб життя», — зауважує Л. В. Гевелінг [22].

Прийняття до соціальної реальності є важливою ланкою в механізмі криміналізації злочинної поведінки. У зв'язку із цим необхідно з'ясувати проблему формування адаптивних кримінальних практик.

Якщо розглядати проблему інституціоналізації злочинності крізь призму адаптації населення до соціальних змін, потрібно погодитися з Є. М. Аврамовою в тому, що «раціональна поведінка» може продукувати відтворення кримінальних практик [22]. Кримінальні форми виживання почали освоюватися цілком звичайними людьми; виник своєрідний приватний сектор правонігілістичного порядку, що допускає кримінальну діяльність. У ряді регіонів практично панує беззаконня, а повнота влади перебуває в руках таємних «хазяїв» — кримінальних авторитетів і корумпованих чиновників та представників правоохоронних органів [23].

Про основи концепції злочинної адаптації досить повно розповів у своїй монографії І. П. Рущенко [24, 156–165]. Він розглянув ряд аналітичних категорій, які безпосередньо стосуються елементів механізму адаптації і визначив зміст адаптації. На його думку, у процесі адаптації людина повинна включитися в соціальну структуру, систему чинних соціальних відносин, тобто стати носієм цих відносин і елементом соціальної системи; самоідентифікуватися із середовищем; вступити в обмін відповідно до прийнятих правил, норм, традицій. Здійсненню перших двох передумов адаптації сприяє реалізація треть-

ого (і найбільш важливого) акту, що дає можливість використовувати соціальне середовище, задовольняти потреби, розвинутися як особистість. Дії, які відбуваються в системі «агент — середовище», і порушують «нормальну» адаптацію, на його думку, відхиляються від зазначених актів, потрапляють до класу «злочинної» адаптації [24, 154–155].

Для класового, індустріального, демократичного суспільства вирішальним фактором адаптації, — пише І. П. Рущенко, — є включення в економічні структури і відповідні відносини та інститути. Посягання на приватну власність, економічні злочини — наприклад, несплата податків — розглядаються як тяжкі провини і можуть призвести до жорстких покарань, тому що вони розцінюються суспільством як замах на основні, структурні принципи. Свого часу американська Феміда саме з цієї причини заарештувала відомого мафіозі Альфонсо Капоне (Аль Капоне), засудивши його в 1933 р. до 11 років тюремного ув'язнення. Такої проблеми не було у радянських людей. Але страшною провинною вважався «дефект ідентичності», підозра в тому, що людина «не наша», «не радянська», що вона належить до інших спільнот, підтримує з ними відносини. Важка доля спіткала тих, хто не міг розчинитися в масі робітників і «справжніх радянських людей» через своє походження, національність, освіту тощо», — справедливо зазначає І. П. Рущенко [24, 154–155].

У якості висновків варто зазначити наступне. Теоретичні та практичні аспекти механізму інституціоналізації кримінальних практик у кримінологічній літературі потребують глибокого всебічного вивчення. Більшою мірою це питання досліджено російськими вченими стосовно неправових практик. Незважаючи на збіг цілого ряду ознак і властивостей, було б помилково ототожнювати процеси та механізми інституціоналізації неправових і кримінальних практик. Безперечний взаємозв'язок цих видів соціальних практик, але й безперечна особлива соціальна та психологічна природа злочинності.

Відносно багатьох неправових практик можна зазначити, що вони постають у соціальному вимірі як різновид соціальних інститутів. При цьому ми, слідом за соціологами, зауважуємо, що йдеться не про легальні загальноновизнані соціальні інститути, а тіньові, які в багатьох випадках підмінюють офіційні інституції. Однак зовсім не всі кримінальні практики можуть мати властивості та ознаки, що дають підставу говорити про них, як про інституціоналізоване соціальне явище. Більша частина кримінальних практик не відповідає критеріям навіть тіньового соціального інституту, тому що виконують явно деструктивні, руйнівні функції. У зв'язку з цим не можна погодитися з думкою, що злочинність сьогодні постає як всеосяжний соціальний інститут. Такі різноманітні злочини (кримінальні практики), як вбивства, розбої, зґвалтування, терористичні акти тощо, з одного боку, та корупція, податкові, службові, екологічні злочини, з іншого, через об'єктивні та суб'єктивні фактори не можуть сформуватися в єдиний соціальний інститут. У цьому випадку можна говорити лише про інституціоналізацію окремих кримінальних практик. Із цього погляду ми виділяємо злочини, які можуть бути інституціоналізовані і виконувати функції соціального інституту, наприклад, тіньова економіка, і злочини, які ні за яких



умов не можуть бути основою інституціоналізації кримінальних практик, наприклад, насильницькі статеві злочини.

Злочинність за своїми якісними та кількісними характеристиками, територіальною поширеністю, соціально-демографічними ознаками осіб, до неї втягнутих, представляє стійке соціальне явище, яке розвивається відповідно до логіки розвитку суспільства в цілому. Суперечності і невідповідності в інституціональній системі реформованого суспільства, виступаючи важливим джерелом неправових практик, поступово втягують кримінальні практики у свою орбіту, перетворюючи їх на елемент інституціональної системи суспільства. Злочинність не просто вплетена в сучасні трансформаційні відносини: йде активний процес інституціоналізації окремих видів кримінальних практик, тобто перетворення злочинності на стійкий феномен, який постійно відтворюється та, інтегруючись у формовану систему суспільних відносин, стає нормою (звичним зразком) поведінки.

Поширеність кримінальних практик у повсякденному житті призводить не тільки до звикання й адаптації до злочинності, а й формує особливий морально-правовий стан суспільства, у якому дотримання правових приписів може вважатися «аномальним» явищем, а вміння обійти закон — життєвим правилом.

Аналіз порушених у цій статті проблем ставить питання про розвиток нового наукового напрямку в кримінології — інституційної кримінології. Є підстави стверджувати, що саме в рамках інституціональної кримінології, на стику таких наук, як кримінологія, філософія права, соціологія, політологія, соціальна психологія, можливо глибоке вивчення конкретних механізмів інституціоналізації злочинної поведінки та розробка адекватних соціальних заходів реагування на ці процеси.

### Література

1. Дремин В. Н. Преступность как социальная практика (институциональная теория криминализации общества) : монография / В. Н. Дремин. — О. : Феникс, 2009. — 616 с.
2. Дюркгейм Э. О разделении общественного труда. Метод социологии / Э. Дюркгейм. — М. : Наука, 1990.
3. Дюркгейм Э. Педагогика и социология // Социология. Ее предмет, метод, предназначение / Э. Дюркгейм. — М., 1995. — С. 244–264.
4. Гидденс Э. Социология / Э. Гидденс. — М. : Эдиториал УРСС, 1999.
5. Заславская Т. И. О социальных факторах расхождения формально-правовых норм и реальных практик // Куда идет Россия? Формальные институты и реальные практики / под общ. ред. Т. И. Заславской. — М. : МВШСЭН, 2002. — С. 11–21.
6. Заславская Т. И. Социальные механизмы трансформации неправовых практик / Т. И. Заславская, М. А. Шабанова // Общественные науки и современность. — 2001. — № 5. — С. 5–24.
7. Заславская Т. И. Неправовые трудовые практики и социальные трансформации в России / Т. И. Заславская, М. А. Шабанова // Социологические исследования. — 2002. — № 6. — С. 3–17.
8. Заславская Т. И. О социальном механизме посткоммунистических преобразований в России // Социологические исследования. — 2002. — № 8. — С. 3–16.
9. Заславская Т. И. К проблеме институционализации неправовых социальных практик в России: сфера труда / Т. И. Заславская, М. А. Шабанова // Мир России. — 2002. — Т. 11, № 2. — С. 3–38.
10. Заславская Т. И. Социальная неравновесность переходного общества // Общественные науки и современность. — 1996. — № 4. — С. 5–14.

11. Митракова Е. Н. Институционализация неформальных политико-правовых практик в современной России как угроза национальной безопасности : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Е. Н. Митракова. — Ростов н/Д, 2005.
12. Тимофеев Л. М. Научно-учебный Центр по изучению нелегальной экономической деятельности: итоги и перспективы, общие принципы и направления деятельности [Электронный ресурс] / Л. М. Тимофеев // Российский государственный гуманитарный университет. — Режим доступа : <http://www.rsuh.ru/article.html?id=66>.
13. Тимофеев Л. М. Право собственности в СССР: коммунистическая доктрина и теневая реальность // Россия и современный мир. — 2000. — № 4. — С. 53–66.
14. Островская-младшая Е. А. Концепции институционализации в германской теоретической социологии второй половины XX века // Вестник РУДН. Серия «Социология». — 2003. — № 1 (4). — С. 96–113.
15. Бергер П. Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания / П. Бергер, Т. Лукман. — М. : Медиум, 1995.
16. Бурдьё П. Практический смысл : пер. с фр. / П. Бурдьё ; общ. ред., пер. и послесл. Н. А. Шматко. — СПб. : Алетейя ; М. : Ин-т эксперим. социологии, 2001. — 562 с.
17. Шматко Н. А. Габитус в структуре социологической теории // Журнал социологии и социальной антропологии. — 1998. — Т. 1, № 2. — С. 59–69.
18. Бурдьё П. Структура, габитус, практика // Журнал социологии и социальной антропологии. — 1998. — Т. 1, № 2. — С. 40–58.
19. Олейник А. Н. Тюремная субкультура в России: от повседневной жизни до государственной власти / А. Н. Олейник. — М. : ИНФРА-М, 2001. — 418 с.
20. Ensminger J. Making a Market. The Institutional Transformation of an African Society / J. Ensminger. — Cambridge : Cambridge University Press, 1992.
21. Федотова В. Г. Криминализация России. Автохтонный капитализм как реакция на правый радикализм // Свободная мысль. Теоретический и политический журнал. — 2000. — № 2. — С. 34–51.
22. Гевелинг Л. В. Деструктивные формы организации власти (клетократия, лутократия, плутократия в политической жизни африканской страны) : курс лекций / Л. В. Гевелинг. — Текстовое (символьное) электронное издание. — М. : ИСАА при МГУ, 2004.
23. Кобцев Г. М. Современная государственная политика России по декриминализации общества : автореф. дис. ... канд. полит. наук : 23.00.02 / Г. М. Кобцев. — Ростов н/Д, 2007.
24. Рущенко І. П. Соціологія злочинності : монографія / І. П. Рущенко. — Х. : Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2001.

### Анотація

**Дрьомін В. М.** Концептуальні основи теорії інституціоналізації кримінальних практик як предмета інституціональної кримінології. — Стаття.

У статті ставиться питання про розвиток нового наукового напрямку в кримінології — інституційної кримінології. Є підстави стверджувати, що саме в рамках інституціональної кримінології, на стику таких наук, як кримінологія, філософія права, соціологія, політологія, соціальна психологія, можливо глибоке вивчення конкретних механізмів інституціоналізації злочинної поведінки та розробка адекватних соціальних заходів реагування на ці процеси.

**Ключові слова:** злочин, кримінальні практики, інституціоналізація, інституціональна кримінологія, соціологія.

### Аннотация

**Дремлин В. Н.** Концептуальные основы теории институционализации криминальных практик как предмета институциональной криминалогии. — Статья.

В статье ставится вопрос о развитии нового научного направления в криминалогии — институциональной криминалогии. Есть основания утверждать, что именно в рамках институциональной криминалогии, на стыке таких наук, как криминалогия, философия права, социология, политология, социальная психология, возможно глубокое изучение конкретных механизмов институционализации преступного поведения и разработка адекватных социальных мер реагирования на эти процессы.

**Ключевые слова:** преступление, криминальные практики, институционализация, институциональная криминалогия, социология.

### Summary

**Dryomin V. M. Conceptual Basis of the Theory on Criminal Practices Institutionalization as a Subject of Institutional Criminology. — Article.**

The article raises an issue on the development of a new academic direction in criminology — institutional criminology. There are grounds to assert that in-depth study of specific mechanisms of the criminal behavior institutionalization and elaboration of an adequate social response to these processes are more efficient in the framework of institutional criminology, placed in junction of criminology, philosophy of law, sociology, political science, social psychology.

*Keywords:* crime, criminal practices, institutionalization, institutional criminology, sociology.

УДК 347.99(477):347.91/95+343.13)

*Л. І. Фесенко*

### ПРАВОВА ПРИРОДА РОЗ'ЯСНЕНЬ ВИЩОГО СПЕЦІАЛІЗОВАНОГО СУДУ УКРАЇНИ З РОЗГЛЯДУ ЦИВІЛЬНИХ І КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ

Забезпечення однакового застосування норм матеріального та процесуального законодавства полягає, перш за все, у наданні на законодавчому рівні можливості Вищому спеціалізованому суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі — ВССУ) вивчати й узагальнювати судову практику при вирішенні справ цивільної та кримінальної юрисдикцій. Наслідком такого узагальнення є реалізація повноваження вищого спеціалізованого суду, передбаченого п. 4 ст. 32 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», щодо надання судам нижчих інстанцій кваліфікованої допомоги з боку суду вищого рівня у вигляді надання рекомендаційних роз'яснень із питань правозастосування.

За змістом п. 4 ст. 32 Закону ВССУ дає спеціалізованим судам нижчого рівня рекомендаційні роз'яснення з питань застосування законодавства щодо вирішення справ відповідної судової юрисдикції (цивільної та кримінальної). Зазначені положення Закону розуміються як виконання ВССУ функції аналітичного забезпечення, що має подвійну природу: 1) проведення узагальнень судової практики та аналізу судової статистики; 2) надання місцевим загальним судам та апеляційним судам з розгляду цивільних і кримінальних справ та справ про адміністративні правопорушення роз'яснень із питань застосування норм відповідного законодавства. Перший елемент цієї функції вправі виконувати судові палати та відповідні структурні підрозділи апарату, а другий — тільки пленум ВССУ.

Правова природа роз'яснень суду касаційної інстанції та її законодавче вирішення не залишаються поза увагою юридичної науки. Окремі аспекти цієї проблеми досліджували С. М. Братусь [1, 16], А. В. Грищенко [2, 6], С. О. Іванов [3, 121], М. М. Марченко [4, 19], Т. М. Добровольська, А. Г. Мазанов, Є. А. Смоленцев, Х. Б. Шейнін [5] та інші науковці. Стаття 32 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» визначає, що кінцевою метою роз'яснень,

наданих пленумом вищого спеціалізованого суду, є забезпечення однакового застосування законодавства тими судами, які компетентні вирішувати цивільні, кримінальні справи та справи про адміністративні правопорушення. Але, на наш погляд, така позиція законодавця є не зовсім правильною. У разі надання роз'яснення з метою забезпечення лише однакового застосування законодавства усіма вказаними вище судами, як того вимагає ст. 32 Закону, то за таких умов вищий спеціалізований суд міг би, наприклад, санкціонувати певні положення, вироблені судовою практикою, які суперечили б нормам ЦПК або КПК України і навіть Конституції України в силу їх найбільшої поширеності. Тому в цьому аспекті необхідно вести мову про правильне застосування законодавства відповідними суб'єктами — судами, що і повинно дістати відображення у нормах закону.

Необхідно звернути увагу на термінологію, яку використовує законодавець при визначенні повноважень пленуму вищого спеціалізованого суду. Зокрема пленум дає роз'яснення з питань застосування законодавства на відміну від Конституційного Суду України, на який покладено обов'язок здійснення офіційного тлумачення норм Конституції України та тлумачення норм права судами при вирішенні конкретних справ. Отже, нас цікавлять роз'яснення з питань застосування законодавства, які дає пленум суду касаційної інстанції та тлумачення норм права судами при вирішенні конкретних справ. Як неодноразово відмічалось в літературі, роз'яснення самі по собі є результатом судового тлумачення законів, його видом. Із цього приводу слушною є думка С. О. Іванова, який зауважив, що між роз'ясненнями та тлумаченням — досить тонка та рухлива межа. Різниця між ними полягає у сфері дії: якщо роз'яснення мають вузьку сферу, приймаються судом та для судів, то тлумачення, як правило, носить більш загальний характер [3, 121].

Перш ніж заперечувати або погоджуватися з такою точкою зору, з'ясуємо правову природу роз'яснень пленуму вищого спеціалізованого суду та тлумачень норм права судами при вирішенні конкретних справ.

По-перше, роз'яснення можуть надаватися тільки відповідним органом ВССУ, яким є пленум. Усі інші тлумачення норм права здійснюються місцевими судами, а також апеляційними і касаційними судами при розгляді і вирішенні конкретних справ. По-друге, надання пленумом роз'яснень із питань застосування законодавства обумовлено виконанням його основного обов'язку — забезпечення однакового і правильного застосування законодавства відповідними спеціалізованими судами. Згідно із приписами ч. 2 ст. 17, ч. 1 ст. 18 та ч. 2 ст. 31 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» до таких судів віднесено ВССУ. Роз'яснення пленуму цього суду стосуються безпосередньо тих судів загальної юрисдикції, які повноважні розглядати цивільні, кримінальні справи та справи про адміністративні правопорушення. На наш погляд, такі роз'яснення являють собою розкриття змісту норм цивільного, кримінального, процесуального законодавства та законодавства про відповідальність за вчинення адміністративних правопорушень із метою подальшого їх правильного застосування судами при вирішенні вказаних категорій справ. Це своєрідний запобі-

жник для подальшого неправильного тлумачення таких норм судами, що обумовлений позитивною судовою практикою або її недоліками.

Необхідність тлумачення будь-якої норми викликана обставинами судової справи та необхідністю законного, обґрунтованого і справедливого розв'язання правового конфлікту в обмежені строки. Весь масив судової практики за часом прийняття відповідним вищим спеціалізованим судом роз'яснень умовно можна поділити на дві групи: судову практику, яка склалася до прийняття цих роз'яснень, та судову практику, яка склалася після їх прийняття. У свою чергу остання може поділятися на судову практику, в якій враховані відповідні роз'яснення, та судову практику, в якій такі роз'яснення не враховані.

Як зазначає А. В. Грищенко, роз'яснення повинні надаватись з метою не просто однакового застосування законодавства. Це викликано необхідністю забезпечувати верховенство права і правового закону, що є складовою існуючого механізму забезпечення здійснення правосуддя в Україні. Роз'яснення повинні слугувати постановленню правосудних рішень опосередкованою гарантією забезпечення реалізації засад та завдань судочинства [2, 7]. Виходячи з викладеного, і сам пленум ВССУ повинен використовувати власні роз'яснення при вирішенні конкретних справ.

Крім того, постає проблема дії (дієвості) роз'яснень пленуму як колегіального суддівського органу. Наприклад, на наш погляд, застарілою є позиція Верховного Суду України, висловлена в п. 24 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» від 1 листопада 1996 р. № 9, за змістом якого керівні роз'яснення Пленуму Верховного Суду України щодо застосування чинного законодавства, надані до введення в дію Конституції України, можуть застосовуватись при розгляді справ у частині, що не суперечить Конституції. Таким чином окремі роз'яснення Пленуму Верховного Суду України, навіть незважаючи на прийняття нового Закону про судоустрій і статус суддів, так і залишилися керівними. Вважаємо, що нині вони повинні вважатись рекомендаційними роз'ясненнями, якщо, звичайно, не втратили значення через зміни у законодавстві.

Відповідно до п. 14 ч. 1 ст. 92 Конституції України виключно законами України визначаються судоустрій, судочинство тощо. Однак конституційні норми, як правило, є досить абстрактними правовими орієнтирами та потребують деталізації і розкриття в галузевих нормативних актах, зокрема у процесуальному законодавстві. Але це не означає, що пленум у разі внесення будь-яких змін до діючого законодавства повинен надавати свої роз'яснення, без попереднього вивчення і аналізу судової практики. Це буде суперечити вимогам Закону України «Про судоустрій і статус суддів», оскільки за змістом ст. 32 цього Закону ВССУ надає судам, що спеціалізуються на розгляді відповідних категорій справ, рекомендаційні роз'яснення фактично на підставі узагальнення судової практики та аналізу судової статистики.

Тобто законодавець визначив, що тільки після того, як складеться відповідна практика, а матеріали цієї практики будуть узагальнені вищим спеціалізованим судом за встановленим критерієм (конкретна категорія справ, певний

вид процесуальних рішень суду, певне коло правовідносин тощо), і в наслідок такого узагальнення будуть виявлені порушення закону в роботі судів, причини їх виникнення та шляхи усунення, останній може прийняти рішення про надання необхідних роз'яснень відповідним судам загальної юрисдикції. Це є і виправданим, зокрема з точки зору усунення можливого впливу на формування позиції судді (суду) при вирішенні конкретних справ.

У контексті дослідження правової природи роз'яснень ВССУ необхідно звернути увагу на поняття «судовий прецедент». Розглядаючи шляхи впровадження до правозастосовної практики судового прецеденту, виникає питання про однозначність його розуміння всіма юристами і трактування цього поняття. Відомо, що визнання та широке використання судового прецеденту характерно для країн англосаксонського права (Австралія, Велика Британія, США, Канада тощо). Прецедентом визнається рішення суду у справі, що розглядається вперше, та є обов'язковим для застосування у всіх наступних аналогічних справах. Отже, таке рішення суду набуває значення своєрідного орієнтиру для наступних рішень. Виходячи з такої специфіки судового прецеденту як джерела права, для правових систем країн загального права відмінною ознакою є той факт, що суд своїм рішенням у процесі розгляду тієї або іншої справи фактично сам створює правову норму. Разом із тим у правових системах романо-германської правової сім'ї суд у своїй правозастосовній діяльності обмежений існуючими нормами позитивного права та не може виходити за встановлені ними рамки, обмежуючи свою діяльність правильним застосуванням тієї або іншої норми і її тлумаченням [6, 13–15].

Незважаючи на істотні відмінності англосаксонської й романо-германської систем права у підходах до питань правотворчості, загалом вони є умовними і залежними від того, яке із джерел права домінує в національній правовій системі конкретної держави. Адже фактично у правових системах прецедентного права поряд із прецедентом використовується як джерело права нормативно-правовий акт. У свою чергу в континентальних правових системах чимале значення має судова практика в різних формах її прояву — рішення з окремих резонансних справ, узагальнення судової практики, зокрема постанови пленумів вищих судів, роз'яснення щодо правозастосування вищих спеціалізованих судів, або інші «керівні» роз'яснення. Так, на думку професора С. М. Братуся, керівні роз'яснення визнаються «прецедентом тлумачення» або «розробка правоположень на основі розкриття смислу й змісту правових норм» [1, 58–66]. Тому-то роль судової практики в країнах континентальної правової сім'ї не можна ототожнювати з роллю прецеденту в системах прецедентного права. З іншого боку не можна й применшувати її значення для процесу правотворчості загалом. Це в повній мірі стосується вітчизняних правових реалій.

За наслідками узагальнення правозастосовної практики, її аналізу та вироблення на цій основі роз'яснень у судів виникає можливість спиратися на тлумачення тієї або іншої норми права, викладене в рішенні вищого суду, яким може надаватися підстава до нового розуміння та застосування цієї правової норми. В цьому полягає роль судової практики для країн континенталь-

ної системи права, яка, так би мовити, зміцнює розуміння змісту правової норми, тобто фактично є «вторинним» джерелом права, що поглиблює і доповнює закон та інші нормативно-правові акти. Крім того, у законодавця з'являється можливість, беручи за основу узагальнення правозастосовної практики, коригувати існуючі правові норми в напрямі конкретизації того, що перевірено практикою, та відмови від того, що виявилось неправильним у житті і не має застосування. Як зазначає з цього приводу Н. Б. Болотінова, за неможливості й абсурдності самої ідеї запровадження в чистому вигляді прецедентної форми правотворчості в континентальних правових системах роль судової практики набуває дедалі більшого значення ніж специфічне «вторинне джерело права» [7, 227].

Здійснюючи тлумачення правові норми, суд зобов'язаний побудувати свої роз'яснення на принципах як правової норми, так і принципах даної галузі права загалом. При цьому проведене судом тлумачення і роз'яснення з приводу застосування норми не повинно обмежувати чи іншим способом зменшувати обсяг прав, визначених законом. Прикладом такого широкого тлумачення є постанова Пленуму Верховного Суду України від 1 листопада 1996 р. № 9 «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя», в якій наголошено, що Конституція має найвищу юридичну силу, а її норми є нормами прямої дії [8, 287–293]. Це зобов'язує суди при розгляді конкретних справ оцінювати зміст будь-якого закону чи іншого нормативно-правового акта з точки зору його відповідності Конституції і в усіх необхідних випадках застосовувати Конституцію як акт прямої дії.

Тлумачення закону, що здійснюється пленумом, у тому числі і вищого спеціалізованого суду, адресовано не тільки судовим органам. Так, власники підприємств, установ, організацій та уповноважені ними органи, професійні спілки, робітники і службовці при вирішенні спірних питань, що впливають із трудових відносин, також звертаються до цих роз'яснень, з тим щоб усвідомити, як з точки зору суду касаційної інстанції буде розцінено їх дії судом, що розглядає конкретну трудову справу. Суди забезпечують проведення в життя правових норм, здійснюють піднормативне регулювання суспільних відносин, чим забезпечують досягнення мети правового регулювання. Але результати судової правозастосовної діяльності не завжди повністю відповідають нормам права, їх ідеальній моделі. Тому в рішеннях судових органів з розгляду конкретних справ міститься додаткова інформація про суспільні відносини та зміст норм права.

Судовий орган будь-якого рівня при розгляді правових спорів здійснює правосуддя. Наслідки діяльності суду об'єктивізуються в його постановках, починаючи з рішення суду першої інстанції і закінчуючи роз'ясненнями пленуму. Однак, на думку Г. І. Чанишевої, змістом судової практики, що лягає в основу роз'яснень пленуму, є не сукупність актів застосування права, а сконцентровані в них міркування про фактичні обставини, норми права та їх елементи. Тобто використовується думка, ідея судових органів щодо застосування закону. При розгляді конкретних справ суд здійснює індивідуалізацію, тобто підво-

дить одиничне під загальне, наслідки якої об'єктивізуються в рішенні суду. На відміну від загальних правозастосовних положень висновки суду адресовані конкретним особам і по конкретній справі, їх обов'язковість обмежена рамками даного випадку, що визначає їх місце і роль в процесі правового регулювання. Усі ці індивідуальні правозастосовні положення є «крупинками» досвіду і створюють один з елементів змісту судової практики. З багатьох «крупинок» формується практика застосування певних норм права до конкретних фактичних обставин [7].

На наш погляд, роз'яснення пленуму суду касаційної інстанції мають загальний характер та підлягають багаторазовому застосуванню, що характерно саме для джерел права. Однак цим роз'ясненням притаманна своя специфіка, оскільки вони не можуть підміняти закон чи змінювати його сутність, а сприймаються як допомога судді у вирішенні конкретного спору. Тому видання роз'яснень не наділяє вищий спеціалізований судовий орган правотворчими функціями та не підміняє правотворчі органи. У свою чергу суд першої інстанції, що безпосередньо розглядає правовий спір, має достатньо владних повноважень із метою забезпечення виконання роз'яснень пленуму суду касаційної інстанції всіма учасниками процесу. За відсутності таких повноважень судові органи не можуть виконувати завдання, поставлене у ст. 2 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», та забезпечити точне і неухильне дотримання законів усіма учасниками правовідносин.

Роз'яснення пленуму вищого спеціалізованого суду забезпечені достатнім механізмом для їх виконання, ігнорування яких може мати наслідком в кінцевому підсумку скасування або зміну судового рішення, постановленого всупереч закону. Тому роз'яснення, котрі містять тлумачення закону вищим спеціалізованим судовим органом, зокрема ВССУ, мають свої специфічні ознаки: 1) даються у рамках його законодавчо визначених повноважень; 2) мають правову силу; 3) мають рекомендаційний характер щодо виконання всіма учасниками судочинства; 4) мають слугувати орієнтирами для судів нижчого рівня при розгляді окремих справ; 5) їх ігнорування створює для судів ризик перегляду ухвалених ними рішень [9, 134].

Отже, постанови пленуму суду касаційної інстанції, в яких викладені відповідні роз'яснення, не дивлячись на наявність спорів навколо їх правової природи — це джерело права чи ні, виконують роль актів субсидіарного тлумачення, що слугують для суддів додатковими орієнтирами з питань застосування норм права.

У сучасних правових реаліях існує гостра необхідність посилення роботи вищих спеціалізованих судів із питань узагальнення судової практики у вигляді роз'яснень у контексті вимог Закону України «Про судоустрій і статус суддів», зокрема пошуку належних форм надання їм офіційного статусу. Вважаємо, що першочерговим завданням є вироблення певних правових позицій та видання відповідних роз'яснень щодо численних питань правозастосування специфічних норм, які стосуються досить нових для правової системи України інститутів права, що регулюють, наприклад, корпоративні правовідносини,



відносини в сфері випуску й обігу цінних паперів, інноваційної діяльності, IT-технологій тощо. У такий спосіб забезпечується контроль за тим, аби судді при вирішенні конкретних категорій справ використовували опубліковані у формі роз'яснень правові позиції, які за своєю суттю являють судові прецеденти.

Постанова пленуму приймається у тих випадках, коли потрібно доповнити, виправити, змінити, направити відповідно до іншого принципу правозастосування певні норми законодавства, — тобто судові рішення окремих категорій справ, судові регулювання правовідносин з окремих категорій спорів. Правоположення, що формулюються в постановах (роз'ясненнях), приймаються не у конкретній справі, тому вони за своєю природою не можуть бути правозастосовними актами. Правила вирішення певних правових ситуацій, які в них містяться, з одного боку, є абстрактними нормами, з іншого, — вони не можуть бути відірвані від судової практики, оскільки їх базою є не самі правовідносини, а правова судова оцінка.

Зміст повноваження суду касаційної інстанції щодо надання роз'яснень судам з питань застосування законодавства останнім часом суттєво змінився, оскільки норми чинного Закону України «Про судоустрій і статус суддів» містять посилання саме на рекомендаційну роль роз'яснень. Однак і в цьому випадку їх суттєве значення щодо спрямування судової практики зберігається.

### Література

1. Судебная практика в советской правовой системе / отв. ред. С. Н. Братусь. — М., 1975. — 328 с.
2. Грищенко А. В. Правовий закон: питання теорії та практики в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / А. В. Грищенко. — Х., 2002. — 19 с.
3. Иванов С. А. Еще раз по поводу судебных постановлений как источника трудового права // Судебная практика как источник права. — М., 1997. — С. 24–33.
4. Марченко М. Н. Является ли судебная практика источником российского права? // Журнал российского права. — 2000. — № 12.
5. Смоленцев Е. А. Научно-практический комментарий к Закону «О Верховном Суде СССР» / Е. А. Смоленцев, Т. Я. Добровольская, А. Г. Мазанов, Х. Б. Шейнин. — М., 1981. — 176 с.
6. Коссак С. Судовий прецедент як джерело права в зарубіжних країнах // Юридичний радник. — 2007. — № 2(16). — С. 13–15.
7. Трудове право України : підручник / за ред. Н. Б. Болотіної, Г. І. Чанишевої. — 2-ге вид., стереотип. — К. : Т-во «Знання», КОО, 2007. — 559 с.
8. Постанови Пленуму Верховного Суду України (1963–2000) : у 2 т. / Верховний Суд України ; В. Ф. Бойко (заг. ред.), М. П. Селіванов (упоряд.). — Офіц. вид. — К. : А.С.К., 2000. — С. 287–293.
9. Судоустрій України : підручник / С. В. Ківалов, Ю. Є. Полянський, М. В. Косюта, В. В. Долежан ; за заг. ред. С. В. Ківалова. — К. : Юрінком Інтер, 2011. — 384 с.

### Анотація

**Фесенко Л. І.** Правова природа роз'яснень Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ. — Стаття.

У статті досліджується правова природа роз'яснень Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, розкривається їх зміст та значення. Робиться висновок, що вони виконують роль актів субсидіарного тлумачення, що слугують для суддів додатковими орієнтирами з питань застосування норм права.

**Ключові слова:** Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ, пленум, роз'яснення, судова практика.

### Аннотация

**Фесенко Л. И.** Правовая природа разъяснений Высшего специализированного суда Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел. — Статья.

В статье исследуется правовая природа разъяснений Высшего специализированного суда Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел, раскрывается их содержание и значение. Делается вывод, что они исполняют роль актов субсидиарного толкования, которые служат для судей дополнительными ориентирами по вопросам применения норм права.

**Ключевые слова:** Высший специализированный суд Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел, пленум, разъяснение, судебная практика.

### Summary

**Fesenko L. I.** The Higher Specialized Court on the Civil and Criminal Cases of Ukraine Elucidations Legal Nature. — Article.

This article examines the legal nature of Elucidations of the Higher Specialized Court on the Civil and Criminal Cases of Ukraine, reveals their contents and significance. It is concluded that the Elucidations perform the role of subsidiary acts of interpretation, which serve for further guidance on the application of the law to judges.

**Keywords:** The Higher Specialized Court on the Civil and Criminal Cases of Ukraine, Plenum, Elucidations, Judicial Practice.

УДК 347.963:35.082.6

О. Г. Свида

### ДО ПИТАННЯ ЩОДО ВДОСКОНАЛЕННЯ ІНСТИТУТУ ПРИСЯГИ ПРОКУРОРСЬКИХ ПРАЦІВНИКІВ

На сучасному етапі розвитку Української держави неабияке значення має ефективність функціонування усіх державних органів, серед яких особливе місце займає прокуратура. Проте результати її діяльності в основному обумовлені кадровим питанням, тобто тим, хто здійснює повноваження з виконання функцій прокуратури. Питанням кадрового забезпечення свого часу було присвячене спеціальне засідання колегії Генеральної прокуратури України 15 квітня 2008 р. Тодішній перший заступник Генерального прокурора України С. Винокуров цілком справедливо відзначив: «Назрілою є необхідність глибокого аналізу справ з кадровим забезпеченням органів прокуратури і конституційного визначення нових підходів до вирішення кадрових проблем відомства» [1], що є актуальним і на сьогодні. На актуальність вирішення питань кадрового забезпечення органів прокуратури звертається увага і в наказах Генерального прокурора України, зокрема, в наказі «Про організацію роботи з кадрами в органах прокуратури України» від 20 січня 2006 р. № 2гн [2] це питання розглядається як «ефективний засіб успішного виконання покладених на органи прокуратури завдань щодо утвердження верховенства права, зміцнення законності, захисту прав і свобод громадян та інтересів держави» (п. 1).

Тим чи іншим проблемам кадрового забезпечення органів прокуратури при-

свячені роботи В. В. Долежана [3], С. В. Ківалова [4], М. В. Косюти [5], В. Остапчука [6], Ю. Є. Полянського [7], В. В. Сухоноса [8] та інших.

Проте інститут присяги прокурорських працівників в науковій літературі досліджений не достатньо повно, оскільки прийняття присяги є підставою для перебування прокурорсько-слідчих працівників на посаді, а порушення присяги — є окремою підставою для звільнення.

Присяга прокурорсько-слідчих працівників має важливе морально-психологічне значення, оскільки особа публічно бере на себе обов'язок сумлінно виконувати покладені на неї обов'язки. У той же час слід підтримати правильну думку А. В. Пшонки, що «прокурорська присяга є концентрованим змістом прокурорських обов'язків. Більше того, складання особою присяги є юридичним моментом набуття статусу прокурора й допуском до прокурорської діяльності» [9, 91].

Зважаючи на величезне значення прийняття працівниками прокуратури присяги, в літературі активно обговорювалося питання щодо необхідності внесення відповідних змін до Закону України «Про прокуратуру» з приводу включення до статті 46 тексту присяги, що, нарешті, було зроблено лише 23 грудня 2010 р. [10].

Прийняття присяги та питання щодо її дотримання по-різному розглядається в законодавстві про прокуратуру країни пострадянського простору. За Законом про прокуратуру Латвії [11] присяга, поряд з форменим одягом та посадовим знаком, розглядається як символ прокуратури (ст. 59). Її прийняття передбачено Законом про прокуратуру Молдови (ч. 3 ст. 22) [12], проте в самому Законі передбачено підстави для звільнення прокурорсько-слідчих працівників, зокрема і за порушення присяги.

Дещо нелогічно це питання врегульоване в законодавстві про прокуратуру Туркменістану, оскільки прийняття присяги працівниками не передбачено взагалі в тексті Закону про прокуратуру, проте ст. 74 містить, окрім інших, таку підставу для звільнення, як «порушення Присяги працівника прокуратури» (ч. 2) [13].

Законом про прокуратуру Armenії взагалі не передбачається прийняття прокурорськими працівниками присяги, в той же час міститься вказівка на таку підставу для притягнення до дисциплінарної відповідальності, як «суттєве порушення вимог «Кодексу поведінки прокурора»» (п. 3 ч. 1 ст. 46 Закону [14]). Взагалі не йдеться про прийняття присяги прокурорськими працівниками в законодавстві Білорусії, а підстави для їх звільнення, вказується в статті 63 Закону про прокуратуру, визначаються законодавством про державну службу и законодавством про працю, якщо інше не встановлено Законом та Положенням про проходження служби в органах прокуратури [15].

Чинний Закон про прокуратуру Казахстану дещо нагадує вітчизняний Закон про прокуратуру до грудневих змін 2010 р., тобто прийняття присяги працівниками прокуратури передбачено (ст. 48), проте в законі не міститься її текст. В той же час, на відміну від Закону України «Про прокуратуру», в згаданому Законі Казахстану не визначаються підстави для звільнення проку-

рорських працівників, а міститься лише загальна вказівка, що трудові відносини прокурорських працівників регулюються трудовим законодавством (ст. 52) [16].

Порівнюючи вітчизняний Закон про прокуратуру із аналогічним законодавством країн пострадянського простору можна стверджувати, що він є відносно прогресивним, проте, вважаємо, що його окремі положення також потребують вдосконалення.

Зважаючи на величезну роль Генерального прокурора України в діяльності не лише прокурорської системи, а й держави в цілому, на наш погляд, слід скористатись прогресивним досвідом інших країн, прийнявши для нього окремий текст присяги, як це вже зроблено в Російській Федерації (ч. 3 ст. 12 Закону про прокуратуру [17]) та Молдові (ч. 6 ст. 16 Закону про прокуратуру [18]). Такі зміни матимуть значний позитивний вплив, оскільки прийняття присяги Генеральним прокурором України може відбуватись на урочистому засіданні Верховної Ради України, за присутності Президента України та інших вищих посадових осіб держави та висвітлюватись засобами масової інформації, що, в кінцевому рахунку, сприятиме підвищенню авторитету самого Генерального прокурора України та прокуратури загалом.

Окрім того, оскільки вітчизняним законодавцем обрано шлях щодо визначення спеціальних підстав для звільнення Генерального прокурора України, то, на наш погляд, ч. 2 ст. 2 Закону України «Про прокуратуру» має бути доповнена і такою підставою, як порушення присяги. Також викликає зауваження і ч. 3 ст. 2 згаданого Закону, відповідно до якої «Генеральний прокурор України звільняється з посади також з інших підстав». Вважаємо, що такий перелік підстав для звільнення керівника прокурорської системи допускає зловживання в цій сфері, а отже задля запобігання їх можливості він має бути вичерпним.

Відповідно до ч. 3 ст. 46 Закону процедура прийняття присяги визначається Генеральним прокурором України, який на виконання цієї законодавчої норми, 21 січня 2011 р. затвердив відповідний Порядок [19]. Проте не можна, вважаємо, погодитись із пунктом 6 цього Порядку, за яким «у разі, коли присягає кілька осіб, за рішенням керівника прокуратури Присягу може зачитати один з них, після чого всі працівники, які прийняли Присягу, скріплюють її текст своїм підписом». Вище ми вказували на величезне морально-психологічне значення прийняття присяги, а отже, на наш погляд, за будь-яких умов кожна особа має не лише скріплювати текст присяги підписом, а проголошувати її особисто, як це відбувається при прийнятті військової присяги.

Виходячи з того, що до вітчизняного Закону України «Про прокуратуру» був включений текст присяги, відповідно і ст. 46-2 була доповнена такою підставою для звільнення прокурорів та слідчих, як «порушення «Присяги працівника прокуратури» чи відмови від її прийняття» (п. 2 ч. 2). У той же час текст присяги містить такі окремі оціночні поняття, як професійність, майстерність, принциповість, чесність та сумлінність, що вимагаються від кожного прокурорського-слідчого працівника. Проте, вважаємо, досить важко на практиці їх

застосувати, визначаючи чіткі критерії у цьому разі порушення присяги. Справа також ускладнюється тим, що ст. 46-2 Закону містить самостійну підставу для звільнення, як «притягнення до відповідальності згідно з Дисциплінарним статутом прокуратури України» (п. 6 ч. 2). Самим Дисциплінарним статутом [20, 15] встановлено, що підставою для притягнення до відповідальності є «невиконання чи неналежне виконання службових обов'язків або за проступок, який порочить його як працівника прокуратури» (ст. 8). Проте текст присяги також покладає на працівників прокуратури такі обов'язки, як «сумлінним виконанням своїх службових обов'язків сприяти утвердженню верховенства права, законності та правопорядку» та «...з гідністю нести високе звання працівника прокуратури». Таким чином, виникає конкуренція норм, коли одні й ті самі дії, фактично, дають підстави для звільнення прокурорів та слідчих і за порушення присяги, і на підставі притягнення до відповідальності згідно з Дисциплінарним статутом прокуратури України.

Зважаючи на викладене, вважаємо, що в чинному законодавстві обов'язково повинен бути розтлумачений термін «порушення присяги», як це, наприклад, на сьогодні вже зроблено в Законі України «Про вищу раду юстиції» стосовно порушення присяги суддями судів загальної юрисдикції.

Вказане дозволяє зробити висновок, що дослідження інституту присяги має безперечно надзвичайно важливе теоретичне та практичне значення, а його вдосконалення потребує внесення змін до чинного законодавства.

### Література

1. Винокуров С. Із виступу на розширеному засіданні колегії Генеральної прокуратури України, присвяченому питанням добору, розстановки, професійної підготовки та виховання кадрів, 15 квітня 2008 року // Вісник прокуратури. — 2008. — № 4. — С. 7–21.
2. Про організацію роботи з кадрами в органах прокуратури України : наказ Генерального прокурора України № 2 гн від 20 січ. 2006 р. // Збірник діючих наказів Генерального прокурора України : станом на 20 жовт. 2006 р. — О., 2007. — С. 80–83.
3. Долежан В. Призначення та звільнення керівників Генеральної прокуратури України: підстави, строки, процедура // Вісник Академії прокуратури України. — 2007. — № 3. — С. 44–50.
4. Ківалов С. В. Шляхи зміцнення кадрового потенціалу прокуратури // Вісник прокуратури. — 2007. — № 3. — С. 15–22.
5. Косюта М. Роботі з кадрами — постійну увагу // Право України. — 1998. — № 2. — С. 34–37.
6. Остапчук В. Щодо проблем добору кадрів для органів прокуратури // Вісник прокуратури. — 2009. — № 4. — С. 9–18.
7. Полянський Ю. Щодо змісту майбутнього Дисциплінарного статуту прокуратури України // Прокуратура. Людина. Держава. — 2005. — № 12. — С. 69–74.
8. Сухонос В. В. Організаційно-правові проблеми кадрового забезпечення органів прокуратури : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10 / В. В. Сухонос. — Х., 1999. — 171 с.
9. Пшонка А. В. Дисциплінарна відповідальність прокурорів : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10 / А. В. Пшонка ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. — Х., 2006.
10. Про внесення змін до Закону України «Про прокуратуру» щодо затвердження тексту Присяги працівника прокуратури : Закон України від 23 груд. 2010 р. № 2889-VI // Голос України. — 2011. — № 7, 15 січ.
11. О Прокуратуре : Закон Латвийской Республики, принятый Сеймом 19 мая 1994 г. (с изменениями, внесенными по состоянию на 21 мая 2009 г.) [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.alex-lawyer.lv/zpro.htm>.
12. О прокуратуре : Закон Республики Молдова от 14 марта 2003 г. № 118-XV [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.procuratura.md/ru/leg/>

13. О прокуратуре Туркменистана : Закон Туркменистана от 15 авг. 2009 г. № 50-IV [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://www.turkmenistan.gov.tm/\\_ru/laws/?laws=01fp](http://www.turkmenistan.gov.tm/_ru/laws/?laws=01fp).
14. О прокуратуре : Закон Республики Армения от 29 марта 2007 г. (с изменениями) [Электронный ресурс] // Официальный сайт Генеральной прокуратуры Республики Армения. — Режим доступа : <http://www.genproc.am/ru/93/>
15. О прокуратуре Республики Беларусь : Закон Республики Беларусь от 8 мая 2007 г. № 220-3 [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.pravo.by/webnra/text.asp?RN=H10700220>
16. О Прокуратуре : Закон Республики Казахстан от 21 дек. 1995 г. № 2709 [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.pavlodar.com/zakon/?dok=00129&all=all>.
17. О прокуратуре Российской Федерации : Федеральный закон Российской Федерации от 17 янв. 1992 г. № 2202-1 [Электронный ресурс] // Официальный сайт Генеральной прокуратуры РФ. — Режим доступа : <http://genproc.gov.ru/documents/legal-base/document-2/>
18. О прокуратуре : Закон Республики Молдова от 14 марта 2003 г. № 118-XV [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.procuratura.md/ru/leg/>
19. Порядок прийняття Присяги працівника прокуратури та заходи щодо його виконання : затв. Наказом Генерального прокурора України від 21 січ. 2011 р. № 5 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.procuratura.md/ru/leg/>
20. Дисциплінарний статут прокуратури України : затв. Постановою Верховної Ради України 6 листоп. 1991 р. № 1796-XII // Відомості Верховної Ради. — 1992. — № 4. — Ст. 15.

### Анотація

*Свида О. Г.* До питання щодо удосконалення інституту присяги прокурорських працівників. — Стаття.

У статті розглядаються актуальні питання вдосконалення інституту присяги прокурорсько-слідчих працівників. На основі аналізу зарубіжного досвіду робиться висновок про необхідність закріплення окремого тексту присяги для Генерального прокурора України та доповнення переліку підстав для його звільнення пунктом «порушення присяги». Обґрунтовується необхідність законодавчого тлумачення поняття «порушення присяги», оскільки це самостійна підстава для звільнення працівників прокуратури.

*Ключові слова:* прокурорсько-слідчі працівники, присяга, порушення присяги, Генеральний прокурор України.

### Анотация

*Свида А. Г.* К вопросу относительно усовершенствования института присяги прокурорских работников. — Статья.

В статье рассматриваются актуальные вопросы усовершенствования института присяги прокурорско-следственных работников. На основе анализа зарубежного опыта делается вывод о необходимости закрепления отдельного текста присяги для Генерального прокурора Украины, о дополнении перечня оснований для его увольнения пунктом «нарушение присяги». Обосновывается необходимость законодательного толкования понятия «нарушение присяги», поскольку это самостоятельное основание для увольнения работников прокуратуры.

*Ключевые слова:* прокурорско-следственные работники, присяга, нарушение присяги, Генеральный прокурор Украины.

### Summary

*Svida A. G.* To the Question in Relation to the Improvement of Institute of Oath of Public Prosecutor's Workers. — Article.

The pressing questions of improvement of institute of oath of public prosecutor's workers are examined in the article. On the basis of analysis of foreign experience drawn conclusion about the necessity of fixing of separate text of oath for the Prosecutor general of Ukraine, about addition of list of grounds for his discharge a point «violation of oath». The necessity of legislative interpretation of concept «Violation of oath» is grounded, as it is independent foundation for the discharge of workers of office of public prosecutor.

*Keywords:* public prosecutor's workers, oath, violation of oath, the General public prosecutor of Ukraine.

## МОРСКОЕ ПИРАТСТВО КАК КОНВЕНЦИОННОЕ ПРЕСТУПЛЕНИЕ

Пиратство традиционно рассматривается как классическое международное преступление *jure gentium*, на которое распространяется универсальная юрисдикция согласно международно-правовому обычаю [1]. Пираты издавна объявлялись врагами рода человеческого — *hostis humani generis*. Вместе с тем пиратство является «конвенционным» преступлением (*treaty crime*), то есть транснациональным преступлением, относительно которого действуют договорные международно-правовые нормы [2]. То обстоятельство, что пиратство является и обычно-правовым, и конвенционным транснациональным преступлением, ставит перед его исследователями непростую задачу установления соотношения между этими правовыми концепциями.

Понятие пиратства в международном праве не имело четких параметров и постоянно эволюционировало. Критерии преступной деятельности, именуемой пиратством, обсуждаются в доктрине международного права в течение нескольких веков [3]. С XVII столетия международное право, преимущественно, определяло пиратство как «любой акт ограбления в открытом море, не санкционированный государством и совершенный в духе враждебности» [4]. В 1917 г. Н. А. Захаров писал: «К числу... преступных деяний, наказуемых согласно обычаю международного права, относится столь распространенный ранее, но встречающийся и поныне морской разбой, или пиратство, под именем которого понимается вооруженное нападение, совершенное частными лицами в открытом море на корабль, с целью захвата этого корабля, находящегося на нем груза, или же лиц, плывущих на нем. Пиратским судном может быть лишь частное судно, не имеющее от отечественной государственной власти специального разрешения на производство осмотра и захвата судов в открытом море, и поэтому действующее в интересах личной выгоды» [5].

Необходимость кодификации норм о пиратстве была очевидной уже в XIX столетии. Доктринальные проекты соглашений о борьбе с пиратством разрабатывались, в частности, такими известными учеными, как Фиоре (1890) и Блунчли (1876). В сложных политических условиях начала XX века процесс кодификации норм о борьбе с пиратством приобрел крайне сложный и противоречивый характер. 1926 году Лига Наций учредила подкомитет экспертов для подготовки кодификации «международного права пиратства». Через год проект положений о пресечении пиратства, известный как «Matsuda Draft», был подготовлен, что, однако, не привело к принятию конвенции [7].

Процесс кодификации, инициированный Лигой Наций, побудил Гарвардскую школу права к тому, чтобы начать свою научно-исследовательскую работу, которая послужила весомым вкладом в формирование международно-правовой концепции пиратства. Группой высококомпетентных экспертов был разработан документ, получивший широкую известность как Гарвардский проект

соглашения о пиратстве («Harvard Draft Convention on Piracy») 1932 года [8], комментарии к которому содержали глубокий анализ международно-правовой доктрины, практики и национального права относительно пиратства [9]. Гарвардский проект оказал значительное влияние на развитие понятия пиратства, сформулированного впоследствии Комиссией международного права [10].

Серьезным отступлением от содержащейся в Гарвардском проекте международно-правовой интерпретации пиратства стало подписанное и вступившее в силу в сентябре 1937 г. Нионское Соглашение, участниками которого были такие крупные державы, как Болгария, Великобритания, Греция, Египет, Румыния, СССР, Турция, Франция, Югославия. Этот договор в своей преамбуле содержал следующее заявление: «Принимая во внимание, что в связи с испанским конфликтом в Средиземном море были совершены подводными лодками повторные нападения на торговые суда, не принадлежащие ни одной из сторон борющихся в Испании; что эти акты являются нарушением правил международного права, изложенных в IV части Лондонского договора от 22 апреля 1930 г., об уничтожении торговых судов, что они противоречат самым элементарным принципам человечности и что они должны быть по всей справедливости квалифицированы как акты пиратства (*should be justly treated as acts of piracy*) [11]. В Дополнительном соглашении к Нионскому Соглашению, статье II, говорилось: «Настоящее Соглашение применимо ко всякому нападению, произведенному в Средиземном море на какое-либо торговое судно, не принадлежащее ни одной из воюющих в Испании сторон, каким-либо надводным кораблем или воздушным судном, не считающимся с принципами человечности, освященными международным правом, при войне на море, изложенными в части IV Лондонского договора от 22 апреля 1930 года и подтвержденными Протоколом, подписанным в Лондоне 6 ноября 1936 года» [12].

Нионское соглашение свидетельствует о серьезных расхождениях в понимании содержания пиратства как международного преступления. Трудности согласования определения пиратства отразились на процессе выработки этого понятия Комиссией международного права [13]. Обсуждение понятия пиратства выявило существенные расхождения в правовых и политических позициях [14]. Тем не менее, Первая конференция по морскому праву 1958 г. приняла Конвенцию об открытом море, включавшую восемь статей о пиратстве. Согласованное определение было включено впоследствии в Конвенцию ООН по морскому праву 1982 г.

В ст. 101 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву 1982 г. (Конвенция ЮНКЛОС) содержится следующая формулировка: «Пиратством является любое из перечисленных ниже действий: а) любой неправомерный акт насилия, задержания или любой грабеж, совершаемый с личными целями экипажем или пассажирами какого-либо частновладельческого судна или частновладельческого летательного аппарата и направленный: I) в открытом море против другого судна или летательного аппарата или против лиц или имущества, находящихся на их борту; II) против какого-либо судна или летательного аппарата, лиц или имущества в месте вне юрисдикции какого бы то



ни было государства; b) любой акт добровольного участия в использовании какого-либо судна или летательного аппарата, совершенный со знанием обстоятельств, в силу которых судно или летательный аппарат является пиратским судном или летательным аппаратом; c) любое деяние, являющееся подстрекательством или сознательным содействием совершению действия, предусмотримого в подпункте (a) или (b)».

Широко распространено мнение, что эта формулировка отражает международно-правовой обычай, определяющий пиратство как преступление *jure gentium*, в силу чего понятие пиратства и нормы о допустимости универсальной юрисдикции в отношении него имеют правовое значение для всех государств, вне зависимости от того, являются ли они участниками указанных договоров [15].

Так, Д. Джулфойл не видит существенных различий между преступлением пиратства, как оно определено в договоре и в обычном праве [16]. В то же время, А. П. Рабин, глубоко изучив историю пиратства и борьбы с ним с глубокой древности, заключил, что понятие пиратства как преступления против общего международного права не построено на достаточно последовательной практике [17]. Многие специалисты настаивают на том, конвенции содержат только частичную кодификацию обычного права о пиратстве. По их мнению, данное определение носит сугубо договорный характер и не соответствует в полной мере обычно-правовому представлению о пиратстве, а содержащиеся в них нормы, касающиеся пиратства, связывают только их участников [18].

Остановимся на двух важных параметрах конвенционного определения пиратства, которые ограничивают его рамки. К ним относятся место совершения преступления — *locus delicti* (преступление совершается «в открытом море» и *specific intent* — указание на личные цели нападающих («private ends»).

Первое ограничение — относительно *locus delicti* — касается пространственной сферы пиратства. Для характеристики объективной стороны преступления важно указание на место его совершения: «в открытом море против другого судна или летательного аппарата или против лиц или имущества, находящихся на их борту»; «против какого-либо судна или летательного аппарата, лиц или имущества в месте вне юрисдикции какого бы то ни было государства».

Пиратство является транснациональным преступлением, то есть преступлением, которое подпадает под юрисдикцию более чем одного государства [19]. Исключительность пиратства как транснационального преступления состоит в том, что оно совершается в экстерриториальных водах — открытом море (то есть на территории с международно-правовым режимом), и, в то же время, на судне — то есть на «квазитерритории» государства флага судна. Это не означает, однако, что в отношении таких преступлений отсутствует совпадение двух и более национальных юрисдикций. Государство флага судна не является единственным государством, юрисдикция которого распространяется на такие деяния. Наряду с ним, на осуществление своей уголовной юрисдикции могут претендовать государства, обладающие юрисдикцией на основании активного пер-

сонального принципа, пассивного персонального принципа, защитного и, что особенно важно, принципа универсальности.

Деяния, перечисленные в статье 101 Конвенции ООН по морскому праву 1982 года, могут получить различную квалификацию в зависимости от места их совершения. *Locus delicti* предопределяет их разграничение на две группы: 1) признаваемые пиратством (если совершены в открытом море); 2) не признаваемые пиратством — так называемый «вооруженный разбой в отношении морских судов» — «armed robbery against ships» (если совершены в пределах государственной акватории).

Хотя с точки зрения формального толкования Конвенции пиратство может быть совершено только в открытом море, а такие же действия в территориальных водах — это разбой на море, фактически эти преступные акции между собой не различаются и имеют схожие негативные последствия для потерпевших. Тем не менее, для целей международного сотрудничества различие в месте совершения деяния весьма существенно, поскольку предопределяет различные юрисдикционные полномочия государств. Противодействие вооруженному разбою на море является, в первую очередь, обязанностью прибрежных государств, которые нередко не заинтересованы или не имеют достаточной возможности выполнять эту обязанность. Преступники понимают особенности юридической интерпретации их действий и зачастую успешно пользуются этим, сознательно уклоняясь от открытого моря, где преступления подпадают под понятие «пиратство», что позволяет задействовать более мощные способы борьбы с ними [20].

Распространение мер, допустимых в открытом море, на территориальные воды, как это произошло в отношении побережья Сомали, вызывает изменения в «географии» пиратства: так, если большинство нападений, совершенных сомалийскими пиратами, первоначально происходили в пределах 50 морских миль от побережья Сомали, то из-за усиленного морского патрулирования в этом регионе в 2009–2010 годах нападения совершались в пределах более 1000 морских миль от побережья — в Индийском океане и даже в территориальных водах Кении, Мадагаскара, Сейшельских Островов и Объединенной Республики Танзании [21].

Универсальное конвенционное определение вооруженного разбоя против судов пока не принято. 29 ноября 2001 г., на своей 22-й сессии, Ассамблея Международной морской организации, признавая серьезную угрозу для охраны человеческой жизни на море, безопасности на море и защиты морской среды, которую создают акты пиратства и вооруженного разбоя против судов, приняла резолюцию A.922(22) о Кодексе практики расследования преступлений, связанных с пиратством и вооруженным разбоем против судов. Кодекс содержал определения понятий «пиратство» и «вооруженный разбой против судов». В отношении пиратства Кодекс ограничивается указанием на то, что «пиратство» означает незаконные действия, как они определены в ст. 101 Конвенции ООН по морскому праву 1982 г. «Вооруженный разбой против судов», для целей Кодекса, был определен как «любой незаконный акт насилия, задержания или

любой грабеж либо угрозу такого акта, иного чем акт пиратства, который направлен против судна или против лиц или имущества на борту такого судна и совершен в пределах юрисдикции государства в отношении таких преступлений».

Следует обратить внимание на то, что приведенное определение содержит указание на признак, ограничивающий вооруженный разбой против судов от пиратства: разбоем названы действия, совершенные «в пределах юрисдикции государства». Таким образом, юрисдикционный критерий разграничения между пиратством и вооруженным разбоем против судов был сформулирован в самом общем виде, оставляя поле для различных трактовок понятия территории, находящейся «в пределах юрисдикции государства», в частности, в отношении исключительной экономической зоны [22].

Эта двусмысленность устранена в новой редакции Кодекса практики расследования преступлений, связанных с пиратством и вооруженным разбоем против судов, от 2 декабря 2009 г. [23]. Вооруженный разбой против судов определен в ст. 2 (2) как «любой незаконный акт насилия, задержания или любой грабеж либо угроза такого акта, кроме акта пиратства, совершаемый с личными целями и направленный против судна или против лиц или имущества на борту такого судна и совершенный в пределах внутренних вод, архипелажных вод и территориального моря. Вооруженный разбой против судов составляет также любое действие, подстрекающее к такому акту или умышленно облегчающее его совершение» [24].

Конвенционное определение вооруженного разбоя в отношении морских судов содержится в Региональном соглашении о сотрудничестве в борьбе с пиратством и вооруженным разбоем против судов в Азии (РЕКААП) [25]. Оно соответствует понятию, которое содержится в принятом 26–29 января 2009 г. на совещании высокого уровня Международной морской организации в Джибути «Джибутийском кодексе поведения в отношении пресечения пиратства и вооруженного разбоя против судов в западной части Индийского океана и Аденском заливе» [26]. Этот документ, не будучи юридически обязательным, является важным региональным механизмом сотрудничества в противодействии пиратству и вооруженному разбою на море. Генеральный секретарь ООН признал его «основным инструментом в деле развития регионального потенциала в области борьбы с пиратством» [27].

Второе ограничение, содержащееся в ст. 101, состоит в том, что нелегальные акты насилия, задержания или грабежа рассматриваются как пиратство только в том случае, если они совершены с «личными целями». Такое ограничение дает серьезное основание для дискуссии [28].

Есть достаточные основания полагать, что это требование сформировалось в ответ на необходимость разграничения каперства и пиратства и означает, что, в отличие от каперства, действия, составляющие пиратство, не санкционированы государством, не совершаются по его предписанию, то есть предпринимаются «без должных полномочий» в частных, то есть негосударственных, целях.

Некоторые авторы полагают, что указание на «частные цели» исключает из концепции пиратства нападения на правительственные суда повстанцами во время гражданской войны. Другие, напротив, трактуя «частные цели» как отсутствие должных полномочий, исходят из того, что акты восстания или мятежа можно рассматривать как пиратские, так как лица, совершающие такие акты, в любом случае, не могут быть уполномочены суверенной властью [29].

Понятие личных (или частных) целей не тождественно понятию корыстных интересов, хотя, безусловно, включает их. Как видно из конвенционного определения, собственно корыстное проявление пиратства — «акт грабежа» (*act of depredation*) названо лишь третьим в перечислении возможных действий, составляющих объективную сторону пиратства. Первым назван любой неправомерный акт насилия (*any illegal acts of violence*), вторым — любой неправомерный задержания (*detention*).

В любом случае, следует признать, что конвенционное определение пиратства, содержащееся Конвенции 1958 года об открытом море и Конвенции ООН по морскому праву 1982 года, отражает международно-правовой консенсус относительно этого понятия, сложившийся в условиях острой идеологической конфронтации государств второй половины XX века. Однако генезис становления пиратства как преступления *jure gentium* показывает, что на протяжении всей истории пиратства мотивация морских разбойников не ограничивалась целями личного обогащения и включала в себя весомые политические компоненты.

Эволюция юридической концепции пиратства *jure gentium* не завершена: ее распространение, в соответствии с современными реалиями, на политически мотивированные акции, увеличивает расширяет возможности международного сотрудничества в борьбе с вооруженным захватом морских судов, в силу чего является желательным и исторически обоснованным.

Концепция пиратства *jure gentium* является международно-правовой правовой основой универсальной юрисдикции. Безусловно, это — чрезвычайно важная функция, дающая эффективный механизм пресечения пиратства. Для того, чтобы универсальная юрисдикция была распространена на все акты захвата морских судов в открытом море, в том числе имеющие политическую мотивацию или политический контекст, нужен определенный, весьма высокий, уровень единства мирового сообщества в осуждении таких актов и готовности к их преследованию. В современных условиях этот уровень не является недостижимым.

Признавая важность концепции пиратства *jure gentium* и конвенционного закрепления понятия пиратства в конвенциях по морскому праву, приходится, тем не менее, констатировать, что такие источники не могут в полной мере заменить собой соглашения, регламентирующие международное сотрудничество с преступностью. Антикриминальные конвенции охватывают те виды преступлений, которые вызывают особую озабоченность международного сообщества. Они увеличивают возможности взаимодействия государств в сдержива-

нии таких преступлений, регламентируют порядок осуществления экстрадиции и других видов взаимной юридической помощи государств по уголовным делам, предусматривают обязательства государств по установлению уголовно-правового запрета криминализации правонарушений и, в общих чертах, формулируют международно-правовые стандарты криминализации.

Действия, составляющие объективную сторону пиратства, не остались вне сферы охвата важных международно-правовых соглашений, которые содержат весьма широкий спектр мер международного сотрудничества в борьбе с этим видом преступности. К ним относятся, прежде всего, две секторальные анти-террористические конвенции: Международная конвенция о борьбе с захватом заложников, которая была принята 17 декабря 1979 г. и вступила в силу 3 июня 1983 г., и Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства, известная как «Римская конвенция», принятая 10 марта 1988 г. (вступила в силу 1 марта 1992 г.).

Дихотомией «пиратство — вооруженный разбой в отношении морских судов» не исчерпываются все варианты международно-правовой квалификации преступлений, состоящих в вооруженном нападении на морское судно, захвате этого судна и лиц, на нем находящихся, в качестве заложников. Захват заложников, вне зависимости от мотивов и места совершения, относится террористическим преступлениям. Следует отметить, что первым международно-правовым соглашением, в котором захват заложников назван преступным деянием, является Женевская конвенция о предупреждении и наказании терроризма 1937 г., которая не вступила в силу [30].

Международная конвенция о борьбе с захватом заложников 1979 г. охватывает действия любого лица, которое захватывает или удерживает другое лицо и угрожает убить, нанести повреждение или продолжать удерживать другое лицо («заложника») для того, чтобы заставить третью сторону, а именно: государство, международную межправительственную организацию, какое-либо физическое или юридическое лицо или группу лиц, совершить или воздержаться от совершения любого акта в качестве прямого или косвенного условия для освобождения заложника; а также пытается совершить эти действия или участвует в них в качестве соучастника [31]. Как видим, действия современных морских разбойников вполне соответствуют диспозиции преступлений, на которые распространяется Конвенция.

Захват заложников — наиболее дерзкое и опасное проявление пиратства и морского разбоя. В резолюции 1976 (2011), принятой Советом Безопасности 11 апреля 2011 г., выражается серьезная озабоченность в связи тем, что пираты, действующие у берегов Сомали, все более широко применяют практику захвата заложников и отмечается важность сотрудничества государств-членов в решении этой проблемы [32]. Международная конвенция о борьбе с захватом заложников позволяет рассматривать действия преступника, который «захватывает или удерживает другое лицо и угрожает убить, нанести повреждение или продолжать удерживать другое лицо («заложника»)» как самостоятельное террористическое преступление и применять к нему предусмотренные. В пере-

чень таких мер не входит универсальная юрисдикция, что существенно снижает их эффективность.

Вторым важным антитеррористическим соглашением, которое распространяется на пиратские акции, является Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства [33], заключенная в Риме 10 марта 1988 г. — так называемая «Римская конвенция». В сферу охвата Конвенции, в числе прочего, входят: «действия любого лица, которое незаконно и преднамеренно: а) захватывает судно или осуществляет контроль над ним силой или угрозой силы или путем любой другой формы запугивания; или б) совершает акт насилия против лица на борту судна, если этот акт может угрожать безопасному плаванию данного судна...» [34]. Очевидно, что действия, составляющие объективную сторону пиратства, соответствуют этой диспозиции. При этом ни мотивация, ни место совершения преступления не включены в элементы преступлений против безопасности морского судоходства. Эта конвенция, также как и Международная конвенция о борьбе с захватом заложников, относится к числу секторальных антитеррористических конвенций.

В 2005 г. был принят Протокол к Конвенции о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства, который содержит ценные новеллы и существенно расширяет возможности государств в борьбе с преступностью на море. Согласно ст. 15 (1), в отношениях между сторонами Протокола Конвенция и Протокол «рассматриваются и толкуются вместе как единый документ». Знаменательно, что в преамбуле Протокола подчеркивается «важность Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву, принятой в Монтего-Бее 10 декабря 1982 г., и обычного международного морского права». Таким образом, Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства, Протокол к ней 2005 г., Конвенция по морскому праву 1982 г. и обычное международное морское право рассматриваются как целостный нормативный комплекс, составляющий основу борьбы с преступлениями против безопасности на море.

В резолюции 65/37 «Мировой океан и морское право», Генеральная Ассамблея ООН, отмечая вступление в силу 28 июля 2010 г. Протокола 2005 г. к Конвенции о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства, предложила государствам рассмотреть вопрос о том, чтобы стать его участниками [35].

Нельзя не заметить, что Протокол 2005 г. содержит формулировки, которые не оставляют сомнений в том, что его положения, а также нормы Римской конвенции, которую он дополняет, направлены на борьбу с терроризмом. В числе прочего, в преамбуле Протокола говорится о необходимости «принять дополняющие Конвенцию положения, направленные на пресечение новых жестоких террористических актов против безопасности и защищенности международного морского судоходства и на повышение эффективности Конвенции».

Означает ли это, что акты пиратства следует отнести к проявлениям терроризма или, не будучи террористическими, они не попадают под сферу действия этих важных соглашений? Вопрос о соотношении понятий «терроризм» и «пи-

ратство» заслуживает отдельного рассмотрения, выходящего за рамки данной статьи. Сейчас лишь заметим, что современное пиратство как особый социально-правовой феномен обнаруживает очевидную связь с терроризмом. Оно использует террор — «устрашение» с целью получения материальной выгоды — выкупа. По способу совершения — захват заложников и захват морского судна — пиратство также соответствует проявлениям терроризма [36].

То обстоятельство, что понятие пиратства конвенционно ограничено личными целями, не является препятствием для применения к нему положений Римской конвенции и Протокола к ней 2005 г. Вопреки распространенному мнению, политические цели не являются обязательным элементом терроризма. Возрастающую опасность приобретает преступная деятельность аполитичных террористических групп — так называемый «уголовный терроризм», который не имеет идеологической направленности и политической мотивации [37]. Указание на личные цели пиратства не исключает возможности его международно-правовой квалификации в соответствии с антитеррористическими соглашениями, которые, по справедливому замечанию М. Л. Энтина, как правило, не принимают во внимание мотивы преступлений [38].

Вместе с тем в антитеррористических конвенциях указывается на устрашающие, то есть «террористические» цели. Учитывая, что действия лиц, захватывающих морские суда, направлены именно на то, чтобы заставить государство, организацию, какое-либо физическое или юридическое лицо или группу лиц совершить определенные действия (чаще всего, заплатить выкуп), такая целенаправленность вполне соответствует конвенционным характеристикам.

Кроме того, указание «личные цели» как элемент пиратства означает, что действия не санкционированы государством и мотивированы приватными, а не государственными, интересами. Такие «приватные» интересы вполне могут быть сопряжены с политическими намерениями негосударственных субъектов.

В условиях, когда основная опасность от актов пиратства исходит в ситуациях, в которых «частные» цели тесно переплетены с политическими, а некоторые негосударственные организации соперничают по своей мощи с государствами, критики сформулированного в конвенциях по морскому праву определения пиратства справедливо указывают на неадекватность исключения из этого определения любых проявлений политического экстремизма [39]. Так, А. Чатурведи рассматривает пиратство и терроризм как две стороны одной медали, составляющие единое целое, полагая, что к терроризму на море следует подходить как к проблеме, связанной с пиратством. «Вопреки распространенному мнению, что пираты действуют с единственной целью наживы, многие современные пираты, как и террористы, имеют далеко идущие политические цели. На практике границы между этими явлениями зачастую оказываются размытыми. Разобраться, где терроризм, а где пиратство, становится все сложнее. Особенно в Сомали, где между пиратами и террористическими организациями давно существуют прочные связи», — пишет А. Чатурведи [40]. Нередко захват судов и получаемый преступниками выкуп являются источником финансирования терроризма [41].

Таким образом, Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства, и Международная конвенция о борьбе с захватом заложников занимают заметное место в системе международного сотрудничества в борьбе с пиратством.

Важным элементом этой системы является также Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности, которая была открыта для подписания Генеральной Ассамблеей ООН резолюцией 55/25 от 15 ноября 2000 г. [42]. Эта конвенция — уникальное международное соглашение, формирующее широкие рамки кооперации государств в противодействии транснациональной организованной преступности, одной из опасных форм которой, вне всякого сомнения, является насилие на море.

Для определения сферы применения Конвенции в части, касающейся предупреждения, расследования и уголовного преследования транснациональное организованное преступление — это «серьезное преступление» (то есть преступление, наказуемое лишением свободы на максимальный срок не менее четырех лет или более строгой мерой наказания), имеющее транснациональный характер и совершенное при участии организованной преступной группы, действующей с тем, чтобы получить, прямо или косвенно, финансовую или иную материальную выгоду.

Посредством определения организованной группы как действующей «с тем чтобы получить, прямо или косвенно, финансовую или иную материальную выгоду», Конвенция исключает из понятия «транснациональное организованное преступление» демонстративно политические акции, не преследующие никаких прагматических целей. Пиратские акции могут объясняться любыми мотивами и иметь политический контекст, однако очевидно, что, требуя выкуп за захваченных заложников, морское судно и находящийся на нем груз, пираты действуют «с тем, чтобы получить, прямо или косвенно, финансовую или иную материальную выгоду». На какие цели будет направлена полученная материальная выгода, в данном случае не имеет юридического значения. Все меры международного сотрудничества в противодействии транснациональной организованной преступности, в том числе, в части экстрадиции, могут распространяться на пиратство и применяться в отношениях между государствами-участниками Конвенции.

Наличие нескольких важных международных соглашений, формирующих сложный договорный механизм борьбы с пиратством, не гарантирует, к сожалению, эффективности такого механизма. Участие государств в этих договорах необходимо, но не достаточно. Возрастающая активность пиратов и обескураживающее бессилие мирового сообщества в борьбе с этим злом очевидно свидетельствует о необходимости принятия новых решений, которые позволили бы обеспечить безопасность морского судоходства и защитить лиц, находящихся на морских судах, от угрозы насилия и унижения человеческого достоинства.

В этой связи целесообразным представляется неотложное принятие международной конвенции, которая объединяла бы в себе концепцию пиратства как основы универсальной юрисдикции, содержащуюся в международно-правовом



обычае и, в определенной мере, отраженную в Конвенции об открытом море 1958 г. и Конвенции ООН по морскому праву 1982 г., с потенциалом международно-правовых соглашений по борьбе с преступностью. В такой конвенции должно быть сформулировано понятие пиратства и вооруженного разбоя в отношении морских судов как международно-правового стандарта их криминализации, разрешены ставшие «камнем преткновения» юрисдикционные вопросы, в том числе включено обязательство универсальной юрисдикции, установлен порядок взаимодействия государств в обеспечении привлечения к ответственности лиц, виновных в совершении преступлений, пресечении и предупреждении преступного насилия на море.

Создание эффективного договорного механизма противодействия морской преступности является одной из наиболее актуальных и сложных задач, стоящих перед современным международным правом.

### Литература

1. Engdahl O. Protection of personnel in peace operations: the role of the «safety convention» against the background of general international law / O. Engdahl. — Martinus Nijhoff, 2007. — P. 38 ; Gilbert G. Responding to international crime / G. Gilbert. — Martinus Nijhoff, 2006. — P. 91 ; Werle G. Principles of international criminal law / G. Werle, F. Jessberger. — Cambridge : Cambridge University Press, 2005. — P. 59 ; Simbeye Y. Immunity and International Criminal Law / Y. Simbeye. — Ashgate, 2004. — P. 41–42.
2. Bassiouni M. C. International Criminal Law Conventions and Their Penal Provisions / M. C. Bassiouni. — Transnational Publishers Inc., 1997.
3. Molloy Ch. De jure maritimo et navali: or, a treatise of affairs maritime and of commerce / Ch. Molloy. — London : J. Walthoe junior, J. Wotton, 1722 ; Dickinson S. N. The Pirates own book; or, Authentic narratives of the lives, exploits, and executions of the most celebrated sea robbers: With historical sketches of the Joassamee, Spanish, Ladrone, West India, Malay, and Algerine pirates / S. N. Dickinson. — F. Blake, 1855. — Original from the New York Public Library 2009.
4. Bishop J. P. Commentaries on the criminal law. Vol. 2 / J. P. Bishop. — Edit. 4th. — Little, 1868. — P. 559.
5. Захаров Н. А. Курс общего международного права / Н. А. Захаров. — Петроград, 1917. — С. 232.
6. Noyes J. E. An Introduction to the International Law of Piracy // California Western International Law Journal. — 1990. — N 21. — P. 109–110.
7. Draft Provisions for the Suppression of Piracy. League of Nations Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law // League of Nations. 1927. — Doc. C.196. M.70.1927. V. 116.
8. Harvard Research in International Law. Draft Convention on Piracy with Comments // The American Journal of International Law. — 1932. — Vol. 26. — P. 739–885.
9. Geiss R. Piracy and Armed Robbery at Sea: The Legal Framework for Counter-Piracy Operations in Somalia and the Gulf of Aden / R. Geiss, A. Petrig. — Oxford : Oxford University Press, 2011. — P. 38–39.
10. Dubner B. H. The law of international sea piracy / B. H. Dubner. — The Hague ; London : Nijhoff, 1980.
11. The Nyon Agreement, 181 L.N.T.S. 137, entered into force Sept. 14, 1937 // <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/1937a.htm>.
12. Agreement supplementary to The Nyon Agreement, 181 L.N.T.S. 137, entered into force Sept. 17, 1937// <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/1937a.htm>.
13. Док. ООН A/CN.4/SR.290 ; док. ООН A/CN.4/SR.292.
14. Johnson D. H. N. Piracy in Modern International Law // Transactions of the Grotius Society. — 1957. — Vol. 43. — P. 63–65.

15. Barrios E. Note, Casting a Wider Net: Addressing the Maritime Piracy Problem in Southeast Asia // *Boston College International & Comparative Law Review*. — 2005. — N 28. — P. 149, 153.
16. Guilfoyle D. Treaty Jurisdiction over Pirates: A Compilation of Legal Texts with Introductory Notes Prepared for the 3rd Meeting of Working Group 2 on Legal Issues the Contact Group on Piracy off the Coast of Somalia / D. Guilfoyle. — Copenhagen, 2009. — 75 p.
17. Rubin A. P. The law of piracy / A. P. Rubin. — University Press of the Pacific, 2006.
18. Noyes J. E. An Introduction to the International Law of Piracy // *California Western International Law Journal*. — 1990. — N 21. — P. 105.
19. Зелинская Н. А. Транснациональное преступление и транснациональное право // *Актуальні проблеми політики*. — О., 2002. — Вип. 15. — С. 287–293.
20. Lehr P. Violence at sea: piracy in the age of global terrorism / P. Lehr. — Routledge, 2007. — P. 166.
21. Комиссия по предупреждению преступности и уголовному правосудию. Вена, 11–15 апреля 2011 года. Борьба с морским пиратством в районе побережья Сомали. Доклад Директора-исполнителя. — E/CN.15/2011/18. — П. 5.
22. Guilfoyle D. Treaty Jurisdiction over Pirates: A Compilation of Legal Texts with Introductory Notes Prepared for the 3rd Meeting of Working Group 2 on Legal Issues The Contact Group on Piracy off the Coast of Somalia. — Copenhagen, 2009. — P. 2.
23. Code of practice for the investigation of crimes of piracy and armed robbery against ships // International Maritime Organization. Resolution A.1025(26). Adopted on 2 December 2009 (Agenda item 10). — Doc. A 26/Res.1025. 18 January 2010.
24. Art. 2 (2): «Armed robbery against ships» means any of the following acts: any illegal act of violence or detention or any act of depredation, or threat thereof, other than an act of piracy, committed for private ends and directed against a ship or against persons or property on board such a ship, within a State's internal waters, archipelagic waters and territorial sea»; «any act of inciting or of intentionally facilitating an act described above».
25. [www.recaap.org/index\\_home.html](http://www.recaap.org/index_home.html).
26. The Djibouti Code of Conduct concerning the Repression of Piracy and Armed Robbery against Ships in the Western Indian Ocean and the Gulf of Aden // Sub-regional meeting on maritime security, piracy and armed robbery against ships for Western Indian Ocean, Gulf of Aden and Red Sea States. Resolution 1 // <http://www.imo.org/OurWork/Security/PIU/Pages/DCoC.aspx>.
27. Организация Объединенных Наций. Совет Безопасности. Док. ООН S/2009/590. 13 ноября 2009 г. Доклад Генерального секретаря, представленный во исполнение резолюции 1846 (2008) Совета Безопасности. — П. 38–40.
28. Green L. C. The Santa Maria: Rebels or Pirates? // *British Yearbook of International Law*. — 1961. — N 37. — P. 496.
29. Lanham H. Walk the Plank: Somali Pirates and International Law / H. Lanham. — University of Otago. — 2009. — P. 18–19.
30. Овчинникова Г. В. Захват заложника: уголовно-правовые, криминологические и криминалистические проблемы / Г. В. Овчинникова, М. Ю. Павлик, О. Н. Коршунова. — СПб., 2001. — С. 21.
31. Горбунов Ю. С. Международно-правовое регулирование борьбы с захватом заложников // *Московский журнал международного права*. — 1993. — № 3. — С. 22–35; Оганян Р. Ответственность за захват заложников по международному уголовному праву // *Российская юстиция*. — 2002. — № 5. — С. 45–46; Шишов О. Ф. Уголовная ответственность за терроризм и захват заложников // *Современные проблемы борьбы с транснациональной преступностью*. — Краснодар, 2000. — С. 142–146.
32. UN. Doc. S/RES/1976 (2011).
33. United Nations. Treaty Series. — 1992. — P. 249–261.
34. Куликов С. Р. Международно-правовое регулирование антитеррористической деятельности государств в Мировом океане // *Юридическая мысль*. — 2003. — № 1 (14). — С. 76–80; Куршев М. Международные проблемы борьбы с морским пиратством // *Уголовное право*. — 2001. — № 14. — С. 105–107.
35. UN Doc. A/65/37. — Para. 98.
36. Ronzitti N. Maritime Terrorism and International Law / N. Ronzitti. — Martinus Nijhoff Publishers, 1990.
37. Дремин В. Н. Террористическая деятельность организованных преступных групп // *Весы Фемиды*. — 1998. — № 2. — С. 11–14.

38. Энтин М. Л. Международное сотрудничество в борьбе с терроризмом: причины низкой эффективности международно-правового регулирования, пути и перспективы ее повышения // Советский ежегодник международного права, 1988. — М., 1989. — С. 127.
39. Halberstam M. Terrorism on the High Seas: The Achille Lauro, Piracy and the IMO Convention on Maritime Safety // The American journal of international law. — Vol. 82. — P. 269, 272 ; Keith M. War, Piracy and Terror : the High Seas in the 21st Century // The Journal of International Maritime Law. — 2006. — Vol. 12, issue 5. — P. 313–324.
40. Chaturvedi A. Navy Two Faces of High-Seas Crime // Proceedings Magazine. — 2010. — Vol. 136/7/1,289. — <http://www.usni.org/magazines/proceedings/2010-07/two-faces-high-seas-crime>.
41. Guilfoyle D. Shipping Interdiction and the Law of the Sea // Cambridge Studies in International and Comparative Law. — Cambridge, 2009. — Vol. 63. — P. 3.
42. UN Doc. A/RES/55/25. — Add. I.

### Аннотация

**Зелинская Н. А. Морское пиратство как конвенционное преступление. — Статья.**

Пиратство, являясь классическим международным преступлением *jure gentium*, на которое распространяется универсальная юрисдикция согласно международно-правовому обычаю, в то же время является транснациональным конвенционным преступлением, относительно которого действуют договорные международно-правовые нормы. В статье анализируются основные характеристики конвенционного определения пиратства, рассматриваются положения многосторонних договоров, в сферу охвата которых входят действия, которые могут быть квалифицированы как пиратство. Наличие важных международных соглашений, формирующих сложный договорный механизм борьбы с пиратством, по мнению автора, не гарантирует эффективности такого механизма. Принятие универсальной международной конвенции в отношении пиратства является неотложной задачей, стоящей перед мировым сообществом.

**Ключевые слова:** пиратство, вооруженный разбой в отношении морских судов, конвенционное преступление, транснациональное преступление, универсальная юрисдикция.

### Анотація

**Зелінська Н. А. Морське піратство як конвенційний злочин. — Стаття.**

Піратство, будучи класичним міжнародним злочином *jure gentium*, на який поширюється універсальна юрисдикція згідно з міжнародно-правовим звичаєм, в той же час є транснаціональним конвенційним злочином, щодо якого діють договірні міжнародно-правові норми. У статті аналізуються основні характеристики конвенційного визначення піратства, розглядаються положення багатосторонніх договорів, до сфери охоплення яких входять дії, що можуть бути кваліфіковані як піратство. Наявність важливих міжнародних угод, які формують складний договірний механізм боротьби з піратством, на думку автора, не гарантує ефективності такого механізму. Прийняття універсальної міжнародної конвенції щодо піратства є невідкладним завданням, що стоїть перед світовою спільнотою.

**Ключові слова:** піратство, збройний розбій щодо морських суден, конвенційний злочин, транснаціональний злочин, універсальна юрисдикція.

### Summary

**Zelinskaya N. A. Maritime Piracy as a Treaty Crime. — Article.**

Piracy, being a classic international crime *jure gentium* and a subject to universal jurisdiction under international customary law, at the same time, is a transnational treaty crime prohibited by the treaty norms of international law. The author analyzes the main characteristics of the conventional definition of piracy, considers the related provisions of multilateral treaties, which cover actions that can be qualified as piracy. The author argues that the existence of important international agreements, which form a complex treaty mechanism of piracy counteraction, does not guarantee the effectiveness of this mechanism. Thereby the adoption of a universal international convention against piracy is an urgent task facing the international community.

**Keywords:** maritime piracy, armed robbery against ships, treaty crime, transnational crime, universal jurisdiction.

### КОДИФІКАЦІЯ НОРМ ПРО ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ МІЖНАРОДНИХ ОРГАНІЗАЦІЙ

Сучасні міжнародні відносини характеризуються постійним розширенням сфер взаємодії держав. Цей факт обумовлений багатьма причинами, починаючи від постійного науково-технічного розвитку цивілізації в різних сферах, закінчуючи зростаючими проблемами у сфері екологічної безпеки, а також необхідністю підтримання миру на планеті. Міжнародні організації відіграють особливу роль в обговоренні та вирішенні найбільш складних питань міжнародного життя, що викликало необхідність виникнення в міжнародному праві окремої галузі — права міжнародних організацій. Міжнародні організації є провідною інституційною формою співробітництва держав і виступають у ролі основного організатора міждержавного спілкування.

В сучасному своєму розумінні міжнародні організації як правовий феномен виникли в кінці XIX — на початку XX століть, коли потреби світового розвитку обумовили необхідність створення постійно діючих колективних міждержавних органів. З появою міжнародних організацій виникла низка теоретичних та практичних проблем, однією з яких є проблема відповідальності міжнародних організацій. Варто відзначити, що відповідальність належить до числа фундаментальних категорій міжнародно-правової науки. «Для того, щоб функціонування міжнародних організацій було більш ефективним і безпечним для всіх учасників правовідносин, необхідна всебічна розробка питань відповідальності міжнародних організацій на практиці і в доктрині» [1, 3]. Таким чином, до завдань міжнародного права належить не тільки встановлення правил поведінки міжнародних організацій, але й вироблення норм і принципів, що гарантують дотримання цих правил. Одним із важливих міжнародно-правових інструментів є відповідальність міжнародних організацій за порушення їх міжнародних зобов'язань, а також за шкідливі наслідки дій, не заборонених міжнародним правом.

Питання відповідальності міжнародних організацій і, зокрема, кодифікації норм про відповідальність міжнародних організацій досліджували у своїх працях такі вітчизняні та закордонні вчені: Д. Ф. Амерасінх, М. Арсаніан, В. Батлер, В. Г. Буткевич, Я. М. Вільчак, Ю. Ю. Блажевич, В. Ю. Замятін, С. О. Коваленко, Ю. М. Колосов, П. М. Куріс, Д. Б. Левін, І. І. Лукашук, В. А. Мазов, М. В. Митрофанов, Г. І. Тункін, І. А. Ушаков, О'Конелл, Х. Оппенгейм, А. Фердресс та інші.

Проте в даний час проблеми відповідальності міжнародних організацій в міжнародному праві далекі від свого вирішення. «Основною проблемою в дослідженні особливостей відповідальності міжнародних організацій є недостатність практики з цього питання. Установчі акти міжнародних організацій не містять норм щодо їхньої відповідальності за порушення міжнародних зобо-

в'язань, і єдиним джерелом є Проект статей щодо відповідальності міжнародних організацій, що розробляється Комісією міжнародного права» [2].

Мета статті полягає у висвітленні питань кодифікації норм про відповідальність міжнародних організацій за міжнародно-протиправні діяння.

Питання міжнародно-правової відповідальності міжнародних організацій мають дуже незначне кодифікаційне закріплення. Норми про відповідальність міжнародних організацій в основному містяться у міжнародних договорах, що стосуються сфери відповідальності за шкоду, заподіяну діями, не забороненими міжнародним правом. Так, наприклад, відповідальність міжнародних організацій передбачається в Договорі про принципи діяльності держав з дослідження і використання космічного простору, включаючи Місяць та інші небесні тіла 1967 р., Конвенції про міжнародну відповідальність за шкоду, заподіяну космічними об'єктами 1972 р., Конвенції з морського права 1982 р. та ін. Статуті окремих міжнародних організацій містять лише загальні положення про те, що відповідна міжнародна організація повинна нести відповідальність за порушення своїх міжнародних зобов'язань. Однак ці джерела не вирішують проблеми кодифікації загальних норм про відповідальність міжнародних організацій.

Кодифікацією норм міжнародної відповідальності стала займатися Комісія міжнародного права ООН (далі — Комісія) за дорученням Генеральної Асамблеї ООН у 1956 р. Спочатку були розроблені норми про відповідальність держав за шкоду, заподіяну особистості та майну іноземців. У 1963 р. Генеральна Асамблея ООН орієнтувала роботу Комісії на вирішення основних проблем відповідальності держав за агресію, за відмову від надання незалежності колоніальним країнам і народам. У 1978 р. Комісія включила в свою програму тему «Міжнародна відповідальність за шкідливі наслідки дій, не заборонених міжнародним правом». 12 грудня 2001 р. Генеральна Асамблея ООН прийняла Резолюцію, у додатку до якої міститься документ «Відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння».

Зосередивши увагу на відповідальності держав, Комісія підкреслювала, що вона жодним чином не применшує значення дослідження питань, що стосуються відповідальності інших суб'єктів міжнародного права [3].

Тема відповідальності міжнародних організацій вперше була відзначена такою, що заслуговує уваги Комісії міжнародного права ще в 1963 р. у першій доповіді спецдоповідача А. Ель-Еріан з питання про відносини між країнами і міжурядовими організаціями. А. Ель-Еріан зазначив, що «постійне розширення сфери охоплення діяльності міжнародних організацій швидше за все додасть нові виміри проблемі відповідальності міжнародних організацій» [4]. У тому ж році Підкомітет з відповідальності держав, який обговорив сферу охоплення майбутнього дослідження, дійшов висновку про те, що «питання про відповідальність інших суб'єктів міжнародного права, таких, як міжнародні організації, слід відкласти в сторону» [5, 4].

Як зазначає І. І. Лукашук, «рішення про підготовку спочатку статей про відповідальність держав, а в подальшому статей про відповідальність органі-

зацій представляється обґрунтованим. Одночасна розробка обох тем суттєво ускладнила б завдання, яке і без того є виключно складним, а також позначилася б на термінах завершення роботи. Прийняття статей про відповідальність держав істотно полегшує розробку теми відповідальності організацій. Статті містять чимало положень, які носять загальний характер і тому можуть застосовуватися і до організацій як загальні принципи права або за аналогією. У першу чергу це стосується загальної частини права відповідальності, що відзначалося і в доповіді робочої групи. Слід також враховувати, що чимало положень про відповідальність організацій існують у вигляді звичайних норм [6, 11].

У проектах статей про відповідальність держав, прийнятих у першому читанні (1996 р.), міжнародні організації згадувалися в двох положеннях про присвоєння поведінки, однак у другому читанні дані положення були зняті. Деяким чином питання відповідальності міжнародних організацій згадуються у Статтях про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння 2001 р. Відповідно до ст. 57 зі сфери охоплення даного документа виключені, по-перше, будь-які питання відповідальності міжнародних організацій і, по-друге, будь-які питання відповідальності держав за поведінку міжнародних організацій. Відповідно до ст. 33 цього документу не розглядається можливість призвання до відповідальності держави міжнародними організаціями.

У 2000 р. на своїй п'ятдесят другій сесії Комісія на основі рекомендації Робочої групи по довгостроковій програмі роботи прийшла до висновку про те, що тема «Відповідальність міжнародних організацій» є підходящою для включення в її довгострокову програму роботи [7]. Генеральна Асамблея в резолюції 55/152 від 12 грудня 2000 р. прийняла до відома доповідь Комісії щодо її довгострокової програми роботи. У резолюції 56/82 від 12 грудня 2001 р. Асамблея просила Комісію розпочати роботу з цієї теми.

У 2002 р. на своїй п'ятдесят четвертій сесії Комісія постановила включити цю тему в свою програму роботи, призначити Джорджо Гая Спеціальним доповідачем по даній темі і заснувати Робочу групу [8]. Робоча група розглянула наступні питання: а) сфера охоплення теми, включаючи концепцію відповідальності і концепцію міжнародних організацій; б) взаємозв'язок між темою відповідальності міжнародних організацій і статтями про відповідальність держав; в) питання присвоєння; г) питання, що стосуються відповідальності держав-членів за поведінку, що присвоюється міжнародній організації; д) інші питання, що стосуються виникнення відповідальності міжнародної організації; е) питання, що стосуються змісту та імплементації міжнародної відповідальності; ф) врегулювання спорів; г) практика, яку слід прийняти до уваги. Робоча група рекомендувала Секретаріату зв'язатися з міжнародними організаціями з метою збору відповідних матеріалів [9]. Наприкінці своєї п'ятдесят четвертої сесії Комісія затвердила доповідь Робочої групи [10].

У період з п'ятдесят п'ятої сесії (2003) по шістдесят третю сесію (2011) Комісія отримала і розглянула вісім доповідей Спеціального доповідача.

На своїй п'ятдесят п'ятій сесії в 2003 р. Комісії була представлена перша доповідь Спеціального доповідача, в якій було запропоновано наступні проєк-

ти статей: 1 (сфера охоплення проекту статей), 2 (використання термінів) і 3 (загальні принципи) [4].

На п'ятдесят шостій сесії в 2004 р. Комісія розглянула другу доповідь Спеціального доповідача з питань присвоєння поведінки міжнародній організації [11].

На п'ятдесят сьомій сесії в 2005 р. Комісія розглянула третю доповідь Спеціального доповідача, що стосувалася питань про наявність порушення міжнародного зобов'язання з боку міжнародної організації і відповідальності міжнародної організації у зв'язку з діями держави або іншої міжнародної організації [12].

На своїй п'ятдесят восьмій сесії в 2006 р. Комісії була представлена четверта доповідь Спеціального доповідача. На цій же сесії Комісія прийняла 14 проектів статей з коментарями щодо обставин, які виключають протиправність та питань відповідальності держав у зв'язку з діями міжнародної організації [13].

На п'ятдесят дев'ятій сесії в 2007 р. Комісії була представлена п'ята доповідь Спеціального доповідача, в якій розглядалися питання змісту міжнародної відповідальності міжнародної організації [14].

На шістдесятій сесії в 2008 р. Комісії представлена шоста доповідь Спеціального доповідача, що стосувалася питань реалізації відповідальності міжнародних організацій [15].

На шістдесят першій сесії в 2009 р. Комісії була представлена сьома доповідь Спеціального доповідача. Ця доповідь поділена на розділи, які відповідають поділу текстів статей, прийнятих в попередньому порядку. Комісія прийняла проекти ст. ст. 2, 4, 8, 15, 15-біс, 18, 19 і 55, а потім і проекти ст. ст. 54 і 56 до 60, а також проекти ст. ст. 3, 3-біс, 28, п. 1, 61, 62, 63 і 64. Таким чином, вона прийняла комплекс з 66 проектів статей про відповідальність міжнародних організацій у першому читанні, разом з коментарями. Комісія вирішила передати проект статей урядам та міжнародним організаціям для коментарів і зауважень з проханням представити такі коментарі і зауваження до Генерального секретаря до 1 січня 2011 р. [16].

На шістдесят третій сесії в 2011 р. Комісії була представлена восьма доповідь Спеціального доповідача, де містився огляд зауважень держав і міжнародних організацій щодо проекту статей про відповідальність міжнародних організацій, які були прийняті в першому читанні Комісією міжнародного права на її шістдесят першій сесії [17].

У п. 5 резолюції 65/26 від 6 грудня 2010 р. Асамблея знову звернула увагу урядів на те, що Комісії важливо отримати до 1 січня 2011 р. їх коментарі та зауваження. У восьмій доповіді Спеціальний доповідач висловив особливу вдячність тим державам і міжнародним організаціям, які надали свої письмові коментарі у встановлений термін або незабаром після його закінчення [17].

Слід відзначити принципове положення, що стосується зв'язку проекту статей про відповідальність організацій зі статтями про відповідальність держав. Комісія зазначала, що документ про відповідальність міжнародних організацій формально буде незалежним від статей про відповідальність держав, але це не

означає, що в ньому не буде посилань на норми цих статей. Вказувалося, що враховуючи необхідність єдності права міжнародної відповідальності, в ході роботи буде постійно враховуватися зміст статей про відповідальність держав. Останні розглядаються як зразок для структури статей про відповідальність організацій. Загальні норми мають значення і для тлумачення спеціальних норм про відповідальність організацій [6, 70]. Разом з тим група підкреслила, що кожне питання, що стосується міжнародних організацій має бути предметом самостійного вивчення. Враховуючи обмежений обсяг доступної практики організацій, деякі питання можуть бути відкладені або вирішені шляхом відсилання до норм, що застосовуються до держав [6, 12].

Необхідно зазначити, що при розробці Проекту про відповідальність організацій не йде мова про безпосереднє застосування норм про відповідальність держав до міжнародних організацій [5, 8]. Важливим у даній ситуації є застосування основоположних принципів права міжнародної відповідальності до всіх суб'єктів міжнародного права. У першу чергу це необхідно для ефективного функціонування права міжнародної відповідальності як галузі міжнародного права. Наприклад, навряд чи можна стверджувати, що принцип, відповідно до якого кожне міжнародно-протиправне діяння тягне за собою міжнародну відповідальність, не може однаково застосовуватися і до держав, і до міжнародних організацій внаслідок істотних відмінностей між ними. Як зазначав Спеціальний доповідач Дж. Гая, у Комісії немає підстав для того, щоб використовувати різні підходи до питань, що стосуються міжнародних організацій, які існують паралельно з питаннями, що стосуються держав, якщо тільки на це немає необхідних причин. Однак це не означає резюмування того, що питання слід розглядати в якості аналогічних і це буде призводити до аналогічних рішень. Мета полягає лише в припущенні того, що якщо дослідження, присвячене особливим питанням, що стосуються міжнародних організацій, дасть результати, які не відрізняються від результатів, досягнутих Комісією при аналізі відповідальності держав, то необхідно слідувати моделі проекту статей про відповідальність держав як з точки зору загального начерку, так і при формулюванні нового тексту [4].

Однією з основних проблем при здійсненні кодифікації норм про відповідальність міжнародних організацій є визначення остаточної форми Проекту статей про відповідальність міжнародних організацій. Беручи до уваги досвід роботи над Проектом статей про відповідальність держав, а також той факт, що робота над новим проектом ускладнюється специфікою правосуб'єктності міжнародних організацій, можна припустити, що розробка даного проекту займе чимало часу. Проте, безсумнівно, робота Комісії над Проектом статей про відповідальність міжурядових організацій є великим досягненням у розвитку системи міжнародного права.

#### *Література*

1. Белалова Б. Ш. Международно-правовая ответственность международных межправительственных организаций : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10 / Б. Ш. Белалова. — М., 2002.



2. Вільчак Я. М. Особливості відповідальності міжнародних організацій за порушення міжнародних зобов'язань // Юридична Україна. — 2008. — № 4. — С. 93–98.
3. Доклад Комиссии международного права о работе ее 29-й сессии // Ежегодник КМП. — 1977. — Т. I, ч. 2.
4. First Report on Responsibility of International Organizations, UN Doc. A/CN.4/532
5. Воробьёва Е. К. вопросу о кодификации права международной ответственности: Проект статей об ответственности международных организаций // Журнал международного права и международных отношений. — 2006. — № 3. — С. 3–8.
6. Лукашук И. И. Право международной ответственности / И. И. Лукашук. — М. : Волтерс Клувер, 2004. — 405 с.
7. Official Records of the General Assembly, Fifty-fifth Session, Supplement N 10 (A/55/10), paras. 726–728 and 729.
8. Official Records of the General Assembly, Fifty-seventh Session, Supplement N 10 (A/57/10), paras. 10 (b), 18, 461–463, 517 and 519.
9. Official Records of the General Assembly, Fifty-seventh Session, Supplement N 10 (A/57/10), paras. 465–488.
10. Official Records of the General Assembly, Fifty-seventh Session, Supplement N 10 (A/57/10), para. 464.
11. Second report on responsibility of international organizations UN Doc. A/CN.4/541
12. Third report on responsibility of international organizations UN Doc. A/CN.4/553
13. Fourth report on responsibility of international organizations UN Doc. A/CN.4/564
14. Fifth report on responsibility of international organizations UN Doc. A/CN.4/583
15. Sixth report on responsibility of international organizations UN Doc. A/CN.4/597
16. Seventh report on responsibility of international organizations UN Doc. A/CN.4/610
17. Eighth report on responsibility of international organizations UN Doc. A/CN.4/640

### Анотація

**Нестеренко С. С.** Кодифікація норм про відповідальність міжнародних організацій. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду питань кодифікації норм про відповідальність міжнародних організацій. Автором досліджуються доповіді Спеціального доповідача про відповідальність міжнародних організацій з 2003 по 2011 рр.

**Ключові слова:** право міжнародної відповідальності, кодифікація, відповідальність міжнародних організацій, Комісія міжнародного права.

### Аннотация

**Нестеренко С. С.** Кодификация норм об ответственности международных организаций. — Статья.

Статья посвящена рассмотрению вопросов кодификации норм об ответственности международных организаций. Автором исследуются доклады Специального докладчика об ответственности международных организаций с 2003 по 2011 гг.

**Ключевые слова:** право международной ответственности, кодификация, ответственность международных организаций, Комиссия международного права.

### Summary

**Nesterenko S. S.** Codification of Rules of Responsibility of International Organizations. — Article.

The article deals with the issues of codification of the rules of responsibility of international organizations. The author examines the reports of the Special Rapporteur on responsibility of international organizations from 2003 to 2011.

**Keywords:** law of international responsibility, codification, responsibility of international organizations, International Law Commission.

### ИНТЕРПРЕТАЦИОННЫЙ ПОТЕНЦИАЛ КАК ДИФФЕРЕНЦИАЛЬНЫЙ ПРИЗНАК МЕЖДУНАРОДНОГО НОРМАТИВНО-ПРАВОВОГО АКТА

В связи с пристальным вниманием международных организаций к текущей ситуации и происходящим переменам в нашем государстве вопрос толкования правовых норм приобретает свою актуальную значимость.

Изучением вопросов взаимодействия языка и права, лингвистической экспертизы текстов; толкования текста нормативных актов в последнее время занимаются и юристы, и лингвисты. Проблемы интерпретации различных типов текста активно изучаются прежде всего в рамках общей лингвистики (или теории) текста, а также более узкого направления, — интерпретации текста.

Основные задачи и принципы интерпретационной деятельности сформулированы в фундаментальных трудах В. А. Кухаренко [8], К. А. Долинина [5], Н. С. Валгиной [3]. В целом ряде работ поднимаются вопросы кодификации и интерпретации конкретных типов текста, в частности научных и художественных [7; 10].

Вместе с тем следует отметить, что в центре внимания большинства исследователей всё же остаются вопросы интерпретации художественных текстов. Что касается официально-деловых текстов, то достаточно подробно описаны лишь их общие признаки [3; 6].

В западноевропейской и американской литературе лингвистический аспект права представлен широко и разнообразно, особенно активно разрабатываются вопросы интерпретации, аргументации, лингвистической экспертизы. Полное представление о данном аспекте дает научно-аналитический обзор «Юридические понятия и язык права», составитель С. В. Лёзов.

Одной из основных проблем юридической лингвистики является толкование понятий. Со времен римского права договор должен «быть определенным по содержанию, в том числе определенным относительно действий или вещей. Эти действия или вещи должны не подразумеваться, но возможно точно определяться...» [11, 74].

Положение о том, что «право может и должно быть определенным» [1], отражает ту задачу, которую призваны, на наш взгляд, решать информационно-интерпретационные блоки в международных нормативно-правовых актах (МНПА), а именно, сделать юридический текст точным по своему содержанию и одновременно понятным.

Специфика МНПА заключается в наличии обширных интерпретационных блоков, что позволяет автору ещё на этапе порождения текста снять нежелательную двусмысленность и неопределенность представленной информации, до предела конкретизируя содержательно-фактуальную составляющую МНПА.

Интерпретация текста, его толкование, следует понимать и как когнитивный процесс и как конечный результат целого ряда речемыслительных опера-

ций. Толкование может носить как внутритекстовой, так и внетекстовой характер.

В первом случае речь идет о толковании терминов и отдельных высказываний юридического документа, которые представлены непосредственно в самом тексте документа, являются его неотъемлемой частью. Такое внутритекстовое толкование фактически является адресантным. Во втором случае имеется в виду фиксация толкования во вторичных документах, — судебных постановлениях, комментариях и т.д. Ещё раз подчеркнем, что в МНПА первичное внутритекстовое, или адресантное, толкование играет чрезвычайно важную роль, до минимума сокращая возможности толкования его адресатом, потребителем первичной информации и исполнителем соответствующих предписаний. Толкование в процессе изложения регулятивных норм позволяет сразу же отсеять все дополнительные, аддитивные смыслы, сосредоточившись на исходной трактовке предложенных норм и положений. Таким образом, в МНПА невозможно отделить собственно фактуальную часть от интерпретационной, которая пронизывает весь текстовый массив. Интерпретационные части либо перемежаются с фактуальными, либо представлены в тесном переплетении, образуя целые контаминированные блоки, а в некоторых случаях интерпретационная информация одновременно является и фактуальной, как это наблюдается, например, в целом ряде протокольных МНПА [14]. Такое же наложение двух видов информации, а точнее её существование одновременно в двух ипостасях — фактуальной и интерпретационной, позволяет говорить о едином информационно-интерпретационном пространстве МНПА, в котором можно выделить информационно-интерпретационные поля (ИИП) адресанта и адресата, которые находятся в тесном взаимодействии и оказывают влияние друг на друга (ИИПа1 и ИИПа2).

Из сказанного вовсе не следует, что в других текстах информационно-интерпретационное пространство не существует. Просто в иных типах текста интерпретационная составляющая (интерпретационный потенциал) не занимает столь значимое место и не получает столь четкой вербальной экспликации, как в текстах НПА. Эта особая роль интерпретационной компоненты, — интерпретационного потенциала, является одним из важнейших дифференциальных признаков данного типа текстов.

Как ранее отмечалось, специфика НПА, в том числе и МНПА, заключается в том, что приемы и правила изложения включают не только и не столько правила и приемы изложения содержания, но и первичного, т.е. авторского толкования, которое получает отражение на бумаге наряду с фиксацией регулятивных норм.

Поскольку в информационно-интерпретационном поле адресанта (ИИПа1) интерпретационная составляющая имеет гораздо большее значение, чем, например, в художественном тексте, остановимся на особенностях авторской (адресантной) составляющей подробнее.

Различные виды МНПА уже не раз обсуждались. Обычно внимание на их различиях не заостряется: «Статус международного договора не зависит от его

конкретного наименования: соглашение, конвенция, устав международной организации, протокол. Для определения того, является ли документ договором, необходимо проанализировать его содержание, т.е. выяснить, имели ли стороны намерение взять на себя международно-правовые обязательства» [12, 88]. Хотя юристы достаточно свободно оперируют такими названиями, как *convention*, *pact* и т.д., тем не менее, у каждого документа существуют определенные дифференциальные признаки. В частности, это касается и различий в объеме, и значении собственно интерпретационных разделов в этих документах.

Так, *Protocol* — это документ, который обычно используется для внесения поправок к договорам, конвенциям. В этом смысле он представляет собой НПА, где дается интерпретация и оговорки к указанным документам. Иными словами, протокол это по сути дела целиком интерпретационный документ. Именно толкование уже имеющихся норм и положений, уточнение сферы их применения, конкретизация юридических терминов составляет его основную прагматическую задачу:

Protocol n 2. An international agreement of a less formal nature than a treaty. It is often used to amend treaties. It may also be an instrument subsidiary or ancillary to a convention, in which case it may deal with points of interpretation and reservations [13, 367].

В других МНПА соотношение между регулятивными и интерпретационными частями более сбалансировано, хотя в некоторых конвенциях, пактах, заключительных актах собственно интерпретационные блоки могут занимать до 50% всего текстового массива.

Как уже неоднократно отмечалось, в МНПА имеются целые разделы или блоки, основной прагматической задачей которых является экспликация и интерпретация терминов конкретных положений (пропозиций) документа. Сюда прежде всего относятся разделы, называемые «*Interpretation of Functions*», «*Interpretation of Forms*» и проч., а также специальные дефиниционные статьи и целые разделы (*Definitions*), в которых разъясняются различные термины и терминологические словосочетания.

Подобные интерпретационные блоки и дефиниционные статьи представляют собой комплексные содержательно-логические макроориентиры декодирования, которые играют особую роль для конечного (адресатного) толкования терминов и нормативных положений. Их основная прагматическая функция — максимально сблизить, а в какой-то мере и совместить когнитивные поля и концептуальные системы отправителя и реципиента, добиваясь предельной адекватности в адресантно-адресатной трактовке предложенных пропозиций и отдельных терминов. Это действенные логико-вербальные средства создания эффекта интерактивности, без которой, как мы уже отмечали, трудно достичь эквивалентности исходных и принимаемых информационных сигналов.

Наши наблюдения показали, что жесткой схемы репрезентации внутритекстового толкования, т.е. интерпретационных и дефиниционных статей и частей, не существует. Интерпретационные блоки могут предварять отдельные положения статьи и целые разделы, т.е. занимать инициальную позицию в

пределах статьи. Они могут помещаться и в финальной части различных структурно-содержательных блоков юридического документа, — разделов, статей и проч. Наконец они могут занимать и промежуточную позицию в соответствующих статьях, разделах и пунктах, когда последние требуют определенных пояснений.

Автономные интерпретационные блоки, т.е. такие, в которых не ставится иных прагматических задач, кроме задачи толкования, иногда отличаются значительным объемом (50–80 предложений). В этом случае, как правило, они достаточно структурированы, что облегчает процесс декодирования заложенной в них информации. Так, статья под названием «Интерпретация законодательных актов» (Interpretation of legislation) «Закона о правах человека в Великобритании» (Human Rights Act, 1998) состоит из двух пунктов — 1 и 2. Пункт 2, в свою очередь, распадается на три подпункта, помеченных буквенными символами — (a), (b), (c).

В интерпретационные блоки, помимо дефиниционных (или дефинитных) частей, входят также квазидефинитные положения: это ссылочные статьи, различные оговорки (*reservations*). Сюда же относятся и положения, которые закрепляют за конечным интерпретатором определенную свободу выбора, т.е. дискрецию соответствующих судебных и исполнительных органов.

Остановимся подробнее на ключевых составляющих информационно-интерпретационных блоков в текстах МНПА, — дефинициях.

Как ранее отмечалось, наряду с нормо-содержащими блоками в тексте МНПА имеются дефиниционные разделы. Часто это дефиниционные фрагменты, которые сопровождают нормативные положения, хотя во многих случаях в МНПА дефиниционные элементы выделяются в отдельные статьи. Но не только отдельные статьи, но и целые главы, части (разделы и подразделы) могут иметь сугубо дефиниционный характер. Так, вся глава 1 «Конвенции по защите прав трудовых мигрантов и членов их семей» (International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, 2001) посвящена определению и использованию терминов.

Вторая статья этой главы имеет заголовок «Определения» — Article 2 — Definitions. В этой статье объясняются такие термины, как «migrant worker», «frontier worker», «seafarer», «worker on an offshore installation», «seasonal worker». Например:

Article 2

For the purposes of the present Convention:

1. The term «migrant worker» refers to a person who is to be engaged, is engaged or has been engaged in a remunerated activity in a State of which he or she is not a national.

2. (a) The term «frontier worker» refers to a migrant worker who retains his or her habitual residence in a neighbouring State to which he or she normally returns every day or at least once a week;

(b) The term «seasonal worker» refers to a migrant worker whose work by its character is dependent on seasonal conditions and is performed only during part

of the year [Conv. on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families, 2001: 3].

Таким образом, дефиниция является минитекстом в рамках текста, который можно назвать макротекстом, и составной частью медиатекста, т.е. соответствующей интерпретационной статьи или интерпретационной части. Подчеркнем ещё раз, что в некоторых случаях дефиниции составляют целый блок и выделяются в отдельные интерпретационные статьи МНПА, полностью посвященные толкованию.

Несмотря на общую жесткость текста МНПА, в структурно-композиционном плане в нем допускаются различные варианты представления дефиниционных фрагментов. Так, дефиниционные части не всегда занимают препозицию, т.е. предшествуют собственно правовым положениям. Они могут занимать постпозицию, т.е. следовать за теми нормативными положениями, в которые должны внести ясность и определенность.

Наши наблюдения показали, что в МНПА дефиниционные части преимущественно даются в препозиции по отношению к положениям, которые они призваны разъяснить, уточнить и проч. Это соотношение препозиционных и постпозиционных элементов дефиниционных блоков в среднем составляет 2,5:1. Это свидетельствует о том, что адресант старается заранее сориентировать адресата, подготавливая его к правильному, с точки зрения отправителя, восприятию последующих положений, максимально облегчая для адресата этот процесс.

### Литература

1. Абрамов В. А. Герменевтика, интерпретация, текст // *Studia Linguistica* 2. — С.Пб., 1996. — С. 114–119.
2. Алексеев С. С. Общая теория права : курс. В 2 т. Т. 2 / С. С. Алексеев. — М., 1982.
3. Валгина Н. С. Теория текста / Н. С. Валгина. — М. : Логос, 2004. — 280 с.
4. Долинин К. А. ИмPLICITное содержание высказывания // *Вопросы языкознания*. — 1983. — № 6. — С. 34–47.
5. Долинин К. А. Интерпретация текста / К. А. Долинин. — М. : Просвещение, 1985. — 288 с.
6. Кожина М. Н. Стилистика русского языка / М. Н. Кожина. — М. : Просвещение, 1977. — 223 с.
7. Колегаева И. М. Текст как единица научной и художественной коммуникации / И. М. Колегаева. — О. : Ред.-изд. отд. обл. упр. по печати, 1991. — 121 с.
8. Кухаренко В. А. Интерпретация текста / В. А. Кухаренко. — М. : Просвещение, 1988. — 327 с.
9. Лёзов С. В. Юридические понятия и язык права / С. В. Лёзов. — С.Пб., 1986. — 268 с.
10. Мизецкая В. Я. Композиционно-речевая организация драматургического текста : на материале англоязычных пьес XVI–XX вв. : дис. ... д-ра филол. наук / В. Я. Мизецкая. — О., 1992. — 501 с.
11. Омельченко О. А. Римское право : учебник / О. А. Омельченко. — Изд. 2-е, испр. и доп. — М. : ТОН — Остожье, 2000 — 208 с.
12. Хайд Ч. Ч. Международное право, его понимание и применение Соединенными Штатами Америки. Т. 1–5 / Ч. Ч. Хайд ; под ред. В. Н. Дурденевского и С. Б. Крылова. — М., 1950–1953.
13. *Oxford Dictionary of Law*. — Oxford. N.Y. : Oxford Univ. Press, 1997. — 515 p.
14. Draft Opinion on the Constitutional Situation in Ukraine. Council of Europe. Venice Commission 2010.
15. Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families, 2001.

### Аннотация

**Юлинецкая Ю. В.** Интерпретационный потенциал как дифференциальный признак международного нормативно-правового акта. — Статья.

Статья посвящена изучению интерпретационной составляющей, которая в текстах НПА имеет четкую вербальную экспликацию. Целью исследования было выявление в различных международных нормативных актах соотношения между регулятивными и интерпретационными частями. Материалом для анализа были выбраны международные конвенции, заключения, в которых интерпретационные блоки играют значительную роль.

**Ключевые слова:** интерпретационная составляющая, международный нормативно-правовой акт, вербальная экспликация, регулятивная часть, интерпретационная часть.

### Анотація

**Юлінецька Ю. В.** Інтерпретаційний потенціал як диференціальна ознака міжнародного нормативно-правового акта. — Стаття.

Стаття присвячена вивченню інтерпретаційної складової, яка у текстах НПА має чітку вербальну експлікацію. Метою дослідження було виявлення у різних міжнародних нормативних актах співвідношення між регулятивними та інтерпретаційними частинами. Матеріалом для аналізу було обрано міжнародні конвенції, висновки, в яких інтерпретаційні блоки відіграють значну роль.

**Ключові слова:** інтерпретаційна складова, міжнародний нормативно-правовий акт, вербальна експлікація, регулятивна частина, інтерпретаційна частина.

### Summary

**Yulinetska Y.** Interpretative Potential As a Differential Feature of the International Normative Act. — Article.

The article deals with the linguistic analysis of the interpretative component in international normative acts, its particular importance and clear verbal explication. The work aimed at studying the correlation between informative and regulative parts in various international conventions. Several normative acts served as the material. The analysis showed that interpretative blocks play a great role in international conventions and draft opinions.

**Key words:** interpretative component, international normative act, verbal explication, informative part, regulative part.

УДК 341.4:343.1

**Н. В. Дрёмина-Волок**

### УСТАНОВЛЕНИЕ И ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ УГОЛОВНОЙ ЮРИСДИКЦИИ КАК МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВО ГОСУДАРСТВА

Понятие «юрисдикция государства» является категорией как национально-го, так и международного права. Оно издавна привлекает к себе внимание юристов-международников. Теории уголовной юрисдикции, ставшие доктринальным основанием современных концепций, разрабатывались, в частности, известными учеными XIX столетия — Грольманом, Фон-Модем, Бульмерингом, Гамакером, А.-В. Гефтером, Ф. Листом, Ф. Ф. Мартенсом, Э. К. Симсоном, Н. М. Коркуновым, Н. А. Захаровым, Л. А. Камаровским.

Большой вклад в изучение международно-правовых аспектов уголовной

юрисдикции внесли многие зарубежные ученые, такие как М. Н. Arsanjani, К. D. Askin, М. Ch. Bassiouni, С. L. Blakesley, А. Bos, L. Caflisch, А. Cassesse, R. S. Clark, J. Crawford, Н. А. М. von Hebel, P. Cesare, Ph. Kirsch, R. May, T. Meron, J. Murphey, G. O. W. Mueller, V. P. Nanda, R. B. Philips, G. Gaja, А. Pellet, L. N. Sadat, M. Scharf, D. J. Scheffer, O. Triffterer, V. Tochilovsky, А. Zimmermann, J. Stone, R. K. Woetzel, E. Wilmschurst. Несмотря на то, что в советской юридической науке категория юрисдикции не пользовалась популярностью, ее исследованию уделяли внимание Л. Н. Галенская, А. Л. Колодки, Е. В. Рябова, Б. С. Хейфиц, Л. М. Лунц, Ю. С. Ромашев, Т. И. Спивакова, Н. А. Ушаков, С. В. Черниченко и другие ученые. В течение последних десятилетий прослеживается тенденция повышения внимания к рассматриваемой проблематике. В постсоветский период весомый вклад в развитие концепции уголовной юрисдикции в контексте международного права внесли И. П. Блищенко, Ю. Г. Васильев, Р. А. Каламкарян, И. И. Лукашук, Р. А. Мюллерсон, А. В. Наумов, Ю. А. Решетов, Н. А. Сафаров. В течение последних десятилетий прослеживается тенденция повышения внимания к рассматриваемой проблематике в отечественной юриспруденции. Особое значение в этом направлении имеют, на наш взгляд, труды М. В. Буроменского. Важные аспекты уголовной юрисдикции освещаются в работах В. Ф. Антипенко, С. М. Выхриста, Н. А. Зелинской, Н. И. Пашковского, Г. Г. Середы, Т. Л. Сыроед, В. В. Серафимова и других украинских правоведов.

Уголовная юрисдикция традиционно рассматривается как одно из проявлений государственного суверенитета, состоящее в правомочии государства устанавливать основания и порядок осуществления уголовного преследования, осуществлять уголовное преследование лиц, обвиняемых в совершении преступлений и наказывать виновных лиц. Британский юрист-международник Я. Броунли полагает, что «обычный комплекс государственных прав, типичный случай правовой компетенции, обычно обозначается как суверенитет; конкретные же права или некая совокупность прав, количественно меньшая, чем этот комплекс, называется юрисдикцией» [1, 174]. Рассматривая юрисдикцию как одно из основных проявлений суверенитета, Я. Броунли различает материальную или законодательную юрисдикцию (то есть право принимать решения или устанавливать нормы, принудительно осуществляемые в пределах государственной территории) и исполнительную (персональную, прерогативную). Вторая является функцией первой» [1, 174].

Понятие «юрисдикция» отражает два аспекта властного принятия решений: первый относится к созданию норм, регулирующих общественный порядок, и второй — к приведению этих норм в исполнение [2; 3, 197–198]. Общепризнанно, что каждое государство имеет право регулировать общественное поведение в пределах своей территории и вне ее, в случае, если такое поведение касается внутренних интересов данного государства. Право государства предписывать правила поведения на своей территории является неотъемлемым аспектом осуществления государственного суверенитета. Таким образом, существует тесная взаимосвязь между суверенитетом и юрисдикцией [4, 203].



По авторитетному мнению И. И. Лукашука и А. В. Наумова, «юрисдикция есть проявление государственного суверенитета; она обозначает сферу действия государственной власти» [5, 38–39]. В «Юридической энциклопедии», изданной Российской академией наук, проф. И. И. Лукашук пишет: «Юрисдикция» — термин, означающий осуществление властных полномочий» [6, 1224].

В широком значении, юрисдикция традиционно рассматривается как право каждого государства создавать национальное законодательство и обеспечивать его исполнение. Это право реализуется тремя способами, соответственно трем ветвям государственной власти. Следовательно, законодательная, или предписывающая, юрисдикция государства относится к праву государства определять сферу действия его национального законодательства; судебная юрисдикция относится к компетенции судов по применению национального права; исполнительная юрисдикция государства представляет собой способность государства приводить в исполнение решения, принятые органами законодательной и судебной власти.

В решении по жалобе Д. Тадича Апелляционная камера Международного трибунала по бывшей Югославии сочла нужным разъяснить, что «юрисдикция — это не исключительно пределы или сфера деятельности (что в данном случае более адекватно было бы определить как «компетенция»). Это, в первую очередь (что видно из первоначального значения термина «*jurisdiction*») — правовая власть (*legal power*) и, следовательно, легитимная власть «устанавливать право» (*dire de droit*) в определенных пределах, авторитетным и окончательным образом». Такое значение существует во всех правовых системах [7].

Вместе с тем в сфере международного права интерпретация уголовной юрисдикции исключительно как «правовой власти» государства, является необходимой, но не достаточной. В международно-правовом контексте установление и осуществление государством своей уголовной юрисдикции представляет собой не только правомочие, но и международно-правовое обязательство государства, вытекающее из международного договора или международно-правового обычая.

Договорный международно-правовой механизм регламентации уголовной юрисдикции, включает в себя, как правило, обязательства, касающиеся осуществления предписывающей юрисдикции, в частности, установления уголовно-правового запрета в отношении определенного вида преступлений (криминализации) и соразмерных санкций (пенализация), также и судебной и исполнительной юрисдикции с целью привлечения к ответственности виновных лиц. Так, например, в ст. 5 Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности, принятой резолюцией 55/25 Генеральной Ассамблеи от 15 ноября 2000 г., содержится четко сформулированное обязательство осуществить предписывающую юрисдикцию — признать в качестве уголовно наказуемого, участие в организованной преступной группе. Статья 11 (2) устанавливает, что «каждое государство-участник стремится обеспечить использование любых предусмотренных в его внутреннем законодательстве дискреционных юридических полномочий, относящихся к уголов-

ному преследованию лиц за преступления, охватываемые настоящей Конвенцией, для достижения максимальной эффективности правоохранительных мер в отношении этих преступлений и с должным учетом необходимости воспрепятствовать совершению таких преступлений».

Статья 15 («Юрисдикция») в ч. 1 содержит обязательства государств по установлению своей юрисдикции в соответствии с территориальным принципом и принципом юрисдикции государства флага (то есть квазитерриториальным), принципами с формулировкой: «Каждое Государство-участник принимает такие меры, какие могут потребоваться, с тем чтобы установить свою юрисдикцию в отношении преступлений, признанных таковыми в соответствии со ст. ст. 5, 6, 8 и 23 настоящей Конвенции когда: а) преступление совершено на территории этого Государства-участника; или б) преступление совершено на борту судна, которое несло флаг этого Государства-участника в момент совершения преступления, или воздушного судна, которое зарегистрировано в соответствии с законодательством этого Государства-участника в такой момент». При наличии таких оснований государство не может уклониться от установления своей уголовной юрисдикции, ссылаясь на то, что юрисдикция — это правомочие, а не обязанность государства. В отличие от этого четкого обязательства, в ч. 2 той же статьи говорится о том, что государство «может также установить свою юрисдикцию в отношении любого такого преступления» в соответствии с другими указанными в статье принципами.

Положения, содержащие обязательства государства установить всю уголовную юрисдикцию содержатся практически во всех соглашениях о международном сотрудничестве в борьбе с преступностью. Это позволяет прийти к выводу, что в контексте международного права уголовная юрисдикция государства может быть интерпретирована не только как правомочие (*legal power*), но и международно-правовое обязательство государств установить предусмотренные договором виды, основания и условия уголовной юрисдикции и надлежащим образом осуществлять свою юрисдикцию.

Более проблематично обоснование такой «внешней» стороны юрисдикции государства в том случае, если международное соглашение, которое обязывало бы государство установить и осуществлять свою юрисдикцию, отсутствует. Существует ли внедоговорное обязательство, а не правомочие, государства установить и/или осуществлять свою уголовную юрисдикцию? В поисках ответа на этот вопрос остановимся на некоторых аспектах становления принципов уголовной юрисдикции в международном праве.

Как известно, в XIX столетии «международно-правовые теории уголовной юрисдикции делились на две основные группы, называемые: одни — теориями эгоистическими, выходящими исключительно из идеи отдельного государства, а другие — теориями космополитическими, принимающими в расчет и интересы международные» [8, 313]. По мнению представителей первого течения, государство ограничивается собственными своими целями и задачами, и ему ничего не следует делать, чтобы наказывать за нарушение чужого правового порядка. Поэтому для всех независимых государств не существует никакой обя-

занности заботиться о поддержании порядка вне их области [9, 223]. Наиболее очевидную аргументацию эгоистических теорий первой группы приводили сторонники территориального принципа уголовной юрисдикции. Эта аргументация состояла в том, что уголовно-карательная власть государства ограничивается пределами государственной территории. Основание исключительно территориального действия уголовных законов усматривали в суверенитете, который принадлежит каждому государству [10, 392]. Так, проф. А.-В. Гефтер (1880) утверждал: «Ни одно государство не имеет задачи заботиться везде об осуществлении права и справедливости» [11, 130]. Аналогичную позицию в этом вопросе занимали многие авторитетные ученые XIX столетия, в частности, Стори, Абегг, Витон, Вильдман, Льюс, Филлимор.

Значительно расширил уголовную юрисдикцию государства универсальный принцип (*universal principle*) или космополитическая теория. Согласно этой теории, основную мысль которой высказывал уже Г. Гроций, основной вопрос не в том, какое государство имеет право наказывать, а в том, чтобы ни одно преступление не осталось ненаказанным. Универсальная юрисдикция как юрисдикция государства, в котором обвиняемый фактически задержан, была упомянута уже в *Corpus Juris Civilis*. Система универсальной юрисдикции предполагает использование государствами внутренних механизмов для судебного преследования преступников в соответствии с их внутренними уголовными законодательствами (но не требует какого-либо конкретного наказания) или выдачу их другому государству для судебного преследования. Выдача является одним из двух основополагающих элементов универсальной юрисдикции, и от эффективности этого института зависит эффективность всей системы [12, 169]. «Еще в XVII ст. Г. Гроций провозгласил начала космополитической юриспруденции — каждое государство обязано само покарать преступника, либо выдать его государству, которое его преследует», — подчеркивает М. В. Буроменский [13, 363].

Как отмечал Н. С. Таганцев, позднее элементы универсальной (космополитической) теории встречались в работах юристов начала XIX столетия (например, у Грольмана), но как доктрина она была впервые сформулирована в середине века Бульмеринком. «Основа этой концепции такова: всякое государство, в фактическом обладании коего находится преступник, имеет не только право, но и обязанность его наказать: посягнувший на одного члена международного общения посягает на весь организм. Фон-Моль также сформулировал «как верное основание образованных государств» космополитическое понятие задачи права» [8, 257–258, 319].

В конце XIX ст. Н. М. Коркунов писал, что универсальная теория, «выставленная впервые Молем и Бульмеринком», пользуется «особенной популярностью» [14]. В основу универсальной теории была положена мысль о «всемирной правовой расправе». Эта идея в том или ином контексте поддерживалась многими авторами. Так, по мнению Бернера, государство вступило в союз со всеми остальными государствами с целью осуществления права во всем человечестве, поэтому каждое государство обязано помогать другим государствам в судебной

расправе, чтобы последняя совершалась призванными и имеющими на то право органами [9, 257].

Концепция универсальной юрисдикции получила убедительное развитие в XX веке. В настоящее время существуют обычно-правовая и конвенционная формы универсальной юрисдикции [15, 400; 16, 162; 17, 111]. После заключения соглашения, в котором установлена универсальная юрисдикция, государства-участники не вправе, а обязаны ее применять [18, 107]. В том, что касается внедоговорной универсальной юрисдикции, ответ не столь однозначен.

Анализируя феномен универсальной юрисдикции, М. Ш. Бассиуни называет две основные теоретические позиции, которые объясняют ее существование и применение. Первая — так называемая нормативная универсалистическая позиция, которая базируется на фундаментальных человеческих ценностях, признанных международным сообществом. Такие основные ценности воспринимаются как достаточно важные, чтобы оправдать выход за границы обычного принципа территориальности в осуществлении уголовной юрисдикции. Вторая позиция состоит в прагматическом понимании мировым сообществом необходимости, в случаях, когда затрагиваются интересы всего международного сообщества, применения такого механизма противодействия, который не ограничивается традиционными границами национального суверенитета [19, 42].

Традиционно выделяют «узкое» понятие универсальности (условная универсальная юрисдикция или юрисдикция места задержания — *forum deprehensionis*) и широкое понятие универсальности (абсолютная универсальная юрисдикция), в соответствии с которым государство может подвергать судебному преследованию лиц, обвиняемых в международных преступлениях, независимо от других юрисдикционных оснований и вне зависимости от того, задержан ли предполагаемый преступник на территории этого государства [20, 308–309].

*Ratione material* принцип универсальной юрисдикции имеет специфическую природу: он имеет отношение к определенным категориям правонарушений, а не ко всем правонарушениям, известным уголовному праву [21, 32–34]. Как подчеркивает Дж. О'Брайн, «универсальная юрисдикция — это юрисдикция, которая применяется относительно определенной категории преступлений исключительно вследствие их природы, независимо от того, где они были совершены» [22, 245]. Таким образом, уголовная юрисдикция как право государства осуществлять уголовное преследование лиц, обвиняемых в совершении определенных преступлений, не ограничивается конкретной связью этого государства с событием преступления, обвиняемыми или потерпевшими лицами. Однако создает ли это обязанность государства осуществлять уголовное преследование, иначе говоря, существует ли сегодня, в начале XXI столетия, обязанность государств участвовать во «всемирной правовой расправе»?

Эта проблема стала предметом широкой дискуссии в рамках ООН при обсуждении вопроса об охвате и применении принципа универсальной юрисдикции. В ходе дискуссии, в частности, была высказана идея о том, что больше внимания следует уделять связи между универсальной юрисдикцией и даяни-

ями, которые носят характер *jus cogens*. В частности, необходимо определить, подлежат ли преступления, запрет которых доходит до уровня *jus cogens*, преследованию в порядке реализации универсальной юрисдикции и является ли такая юрисдикция факультативной или обязательной [23].

Отвечая на этот вопрос, следует, на наш взгляд, прежде всего, исходить из того, что существует международно-правовое обязательство всех государств установить свою предписывающую уголовную юрисдикцию в отношении международных преступлений, криминализированных международно-правовым обычаем, то преступлений по общему международному праву. Государства обязаны привести свое уголовное законодательство в полное соответствие с нормами международного обычного права, установившими такой уголовно-правовой запрет.

Таким образом, и при отсутствии договора установление предписывающей юрисдикции может рассматриваться как обязательство *erga omnes* [24]. В том, что касается судебной и исполнительной юрисдикции, особую сложность вызывает вопрос об обязательстве осуществления уголовного преследования на основании принципа универсальности. В этой связи следует еще раз обратить внимание на существенное различие между широкой и узкой интерпретацией этого принципа. В первом случае признание обязательства осуществлять юрисдикцию не имеет смысла, поскольку такое оно возлагалось бы на неопределенный круг государств, не имеющих реальной юрисдикционной связи с преступлением и предполагаемым преступником. Во втором случае речь идет, о юрисдикции по месту нахождения субъекта, то есть о прямо противоположной ситуации, когда именно у данного государства есть реальная возможность осуществить исполнительную и судебную юрисдикцию.

Возникает ли у такого государства, при наличии соответствующих условий, обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование — *aut dedere aut judicare*? В ходе упоминавшегося выше обсуждения этой проблемы в рамках ООН, некоторые правительства высказали соображения, в которых они предостерегали против смещения универсальной юрисдикции с этим обязательством. Отмечалось, что универсальная юрисдикция является основанием только для установления юрисдикции, и сама по себе не подразумевает наличия обязательства передавать дело для возможного судебного преследования [23].

С этими соображениями можно согласиться в отношении правонарушений, не являющихся преступлениями по общему международному праву. В тех же случаях, когда на территории государства находится лицо, обвиняемое в преступлениях против человечества, и государство отказывает в выдаче такого лица, осуществление уголовной юрисдикции может рассматриваться как обязательство в результате действия положения «*aut dedere aut judicare*».

Обязательства по осуществлению своей юрисдикции в отношении преступлений, вызывающих озабоченность всего международного сообщества, возникают не только у государства, на территории которого находится предполагаемый преступник, но и у государств, обладающих юрисдикцией, основанной на территориальном (либо квазитерриториальном) принципе или принципе ак-

тивной национальности. Если государство не выполняет эту обязанность, ситуация может быть передана на рассмотрение международных уголовных судов. В подтверждение этого тезиса обратимся к Римскому Статуту Международного уголовного суда. По общему правилу, изложенному в ст. 12 Статута, юрисдикция Суда производна от национальной юрисдикции, основанной на территориальном принципе или принципе активной национальности. Согласно принципу комплементарности, который заявлен уже в преамбуле Статута: «обязанностью каждого государства является осуществление его уголовной юрисдикции над лицами, несущими ответственность за совершение международных преступлений» (п. 6) [25].

Безусловно, приоритетная роль в уголовном преследовании лиц, совершивших международные преступления, принадлежит национальным уголовно-правовым системам. Государства, вне зависимости от того, являются ли они участниками Римского Статута, должны выполнить вытекающее из общего международного права обязательство установления и осуществления своей уголовной юрисдикции в отношении самых серьезных преступлений, вызывающих озабоченность всего международного сообщества. Если национальная система функционирует нормально, и государство выполняет свои обязательства в отношении уголовной юрисдикции, то не возникает оснований для вмешательства Международного уголовного суда. В то же время Международному уголовному суду предоставляется возможность осуществить свою юрисдикцию в случаях, когда государство проявляет нежелание или неспособность возбудить и произвести уголовное преследование должным образом [26, 39–40].

Мировое сообщество не может позволить репрессивному режиму ссылаться на суверенитет и независимость государства для того, чтобы его лидеры могли уклониться от ответственности. Нежелание или неспособность государства, под юрисдикцию которого подпадают самые серьезные преступления, вызывающие озабоченность всего международного сообщества, осуществлять свою уголовную юрисдикцию, не должно стать панацеей от привлечения к ответственности виновных лиц. Неотвратимость уголовной ответственности для всех лиц, совершивших международные преступления, является одним из основных условий надлежащего функционирования уголовно-правовой системы. Достижению этой цели должно способствовать проявление политической воли бороться с «культурой безнаказанности», обеспечивая отправление справедливого и беспристрастного правосудия.

### *Литература*

1. Броунли Я. Международное право. Кн. 1 / Я. Броунли. — М. : Прогресс, 1977.
2. Blakesley C. L. Extraterritorial jurisdiction // International Criminal Law. Vol. II Jurisdiction and Cooperation / compiled and edited by M. C. Bassiouni and Ved P. Nanda. — Illinois, 1998. — P. 25–27.
3. Blakesley C. L. Terrorism, Drugs, International Law and the Protection of Human Liberty / C. L. Blakesley. — New York, 1992.
4. Bassiouni M. Ch. International Extraterritoriality and World Public Order / M. Ch. Bassiouni. — N.Y. : Oceana publication inc., 1974.

5. Лукашук И. И. Международное уголовное право : учебник / И. И. Лукашук, А. В. Наумов. — М. : Спарт, 1999.
6. Юридическая энциклопедия / отв. ред. Б. Н. Топорнин. — М. : Юристъ, 2001.
7. Prosecutor v. Tadic. Case No. IT-94-1. Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 10.
8. Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Часть общая : лекции. Т. 1 / Н. С. Таганцев. — Изд. 2-е, пересмотр. и доп. — С.Пб., 1902.
9. Симсон Э. К. О невыдаче собственных подданных / Э. К. Симсон. — С.Пб., 1892.
10. Мартенс Ф. Ф. Современное международное право цивилизованных народов. Т. 2 / Ф. Ф. Мартенс. — Изд. 5-е. — С.Пб., 1903.
11. Гефтер А.-В. Европейское международное право / А.-В. Гефтер ; пер. К. Таубе. — С.Пб., 1880.
12. Блищенко И. П. Международный уголовный суд / И. П. Блищенко, И. В. Фисенко ; предисл. В. П. Лобзякова. — М. : Закон и право, ЮНИТИ, 1998.
13. Буроменьский М. В. Деякі судження про поняття міжнародного кримінального права // Вісник Академії правових наук України : зб. наук. пр. — 2003. — № 2(33)–3(34).
14. Коркунов Н. М. Опыт конструкции международного уголовного права // Сборник статей Н. М. Коркунова, 1877–1898 гг. — М., 1898. — С. 468–469.
15. Yepes-Enriquez R. Treaty enforcement and international cooperation in criminal matters: with special reference to the Chemical Weapons Convention / R. Yepes-Enriquez, Li. W. Tabassi ; Organisation for the Prohibition of Chemical Weapons. — Cambridge University Press, 2002.
16. Ratner S. R. Accountability for human rights atrocities in international law: beyond the Nuremberg legacy / S. R. Ratner, J. S. Abrams. — Ed. 2nd. — Oxford University Press, 2001.
17. Zerk J. A. Multinationals and corporate social responsibility: limitations and opportunities in international law / J. A. Zerk ; Cambridge studies in international and comparative law. — Cambridge University Press, 2006.
18. Broomhall B. International justice and the International Criminal Court: between sovereignty and the rule of law / B. Broomhall. — Ed. 2nd. — Oxford University Press, 2003.
19. Bassiouni M. Ch. The History of Universal Jurisdiction and Its Place in International Law // Universal Jurisdiction. National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law / ed. by Stephen Macedo ; Univ. of Pennsylvania Press. — Philadelphia, 2006. — P. 42.
20. Cassese A. International Criminal Law / A. Cassese. — Oxford : Oxford University Press, 2003.
21. Bassiouni M. Ch. A Treatise on International Criminal Law. Vol. 2 / M. Ch. Bassiouni. — Springfield, IU. : Charles C. Thomas, 1973.
22. O'Brien J. International law / J. O'Brien. — Routledge Cavendish, 2001.
23. UN Doc. A/65/101. — Para. 26.
24. Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd. (Belg. v. Spain) 1970 I.C.J. 3, 32 (Feb. 5).
25. Rome Statute of the International Criminal Court (17 July 1998). United Nations, Treaty Series, Vol. 2187.
26. Bos A. The International Criminal Court: Recent Developments / A. Bos.

### Аннотация

**Дрёмина-Волок Н. В.** Установление и осуществление уголовной юрисдикции как международно-правовое обязательство государства. — Статья.

В статье рассматриваются проблемы идентификации понятия «уголовная юрисдикция» государства как категории международного права. Автор обосновывает позицию, согласно которой в международно-правовом контексте установление и осуществление государством своей уголовной юрисдикции представляет собой не только правомочие (legal power), но и международно-правовое обязательство государства, вытекающее из международного договора или международно-правовой обычаи. Особое внимание уделяется универсальной уголовной юрисдикции государств.

**Ключевые слова:** уголовная юрисдикция, международно-правовое обязательство, территориальный принцип юрисдикции, универсальная юрисдикция.

### Анотація

**Дрёмина-Волок Н. В.** Становлення та здійснення кримінальної юрисдикції як міжнародно-правове зобов'язання держави. — Стаття.

У статті розглядаються проблеми ідентифікації поняття «кримінальна юрисдикція» держа-

ви як категорії міжнародного права. Автор обґрунтовує позицію, згідно з якою в міжнародно-правовому контексті встановлення і здійснення державою своєї кримінальної юрисдикції являє собою не тільки правомочність (legal power), а й міжнародно-правове зобов'язання держави, що випливає з міжнародного договору або міжнародно-правового звичаю. Особлива увага приділяється універсальній кримінальній юрисдикції держав.

*Ключові слова:* кримінальна юрисдикція, міжнародно-правове зобов'язання, територіальний принцип юрисдикції, універсальна юрисдикція.

### Summary

*Dryomina-Volok N. V. Criminal Jurisdiction Establishment and Exercise As an Obligation of States Under the International Law. — Article.*

The article approaches the problem of State's «criminal jurisdiction» concept identification as of an international law category. The author grounds the view that within the international legal context the establishment and exercise of state criminal jurisdiction is not only a legal power, but also an obligation of States under the international law based on international treaty or customary international law. Particular attention is paid to universal criminal jurisdiction of States.

*Keywords:* criminal jurisdiction, international obligation, principle of territoriality, universal jurisdiction.

УДК 340.12:(159.9.019.4+316.62)

А. В. Лещенко

### ГЕНЕЗИС ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВИХ УЯВЛЕНЬ ПРО ПРАВОВУ ПОВЕДІНКУ

Актуальність дослідження правової поведінки пов'язана з нестачею теоретичних розробок в юриспруденції та активним проведенням процесу реформ в Україні. Між тим термін «правова поведінка» вже досить міцно увійшов у науковий світ і активно використовується як в теорії права, так і в соціології права, філософії права. Проте практично відсутні дослідження праць вчених античності, середньовіччя та Нового часу з цього питання. На сьогодні досить популярним стає тезис про виключення неправомірної поведінки зі сфери правової поведінки, і це питання викликає досить активну дискусію. Ця невизначеність несе в себе неоднозначність трактування як в теорії права, так і в галузевих юридичних науках, і вимагає подальшого наукового дослідження з аналізом поглядів мислителів античності, середньовіччя та Нового часу. Ця проблема має і практичне значення, що виражається в удосконаленні законодавства України, практики Конституційного Суду України та судів загальної юрисдикції. Вище вказані обставини обумовлюють актуальність дослідження, його зв'язок з найважливішими теоретичними і практичними завданнями.

Дослідження питання стосовно правової поведінки можна знайти у різні періоди розвитку правової думки в працях давньогрецьких філософів Арістотеля, Платона, Епікура; римських правників Гая, Юстиніан, Ульпіана; вчених епохи середньовіччя Томаса Гоббса, Джона Локка; німецьких філософів Нового часу Еммануїла Канта, Георга Вільгельма Фрідріха Гегеля, Людвіга Фейєр-



баха та інших дослідників, які лягли в основу цієї праці. Серед останніх публікацій необхідно виділити статті А. О. Штанько «Філософсько-правові основи формування інституту правопорушення як виду правової поведінки», В. І. Івакіна «Пропорушення як вид правової поведінки», М. І. Абдулаєва «Вчення Канта про право і державу».

Проте невирішеним залишається питання щодо розвитку уявлень про правову поведінку і теоретичне осмислення цих напрацювань для визначення поняття та сутності правової поведінки.

Основним завданням цієї статті є дослідження поняття правової поведінки на підставі аналізу праць найвизначніших вчених епох античності, середньовіччя та Нового часу до XX століття; визначення видів правової поведінки, які виокремлювалися дослідниками різних епох до XX століття; дослідження генезису філософських поглядів щодо правової поведінки, які необхідно покласти в основу при вивченні поняття правової поведінки.

Проблема зв'язку поведінки людини з правом була відома ще в часи античності. Вже в Стародавній Греції постало питання співвідношення поведінки людини і оцінки такої поведінки з боку права. Так, в працях Арістотеля, Платона, Епікура, Сократа можна віднайти перші ознаки класифікації поведінки людини, визначено основні види поведінки у сфері права, виділено умисну та неумисну поведінку, зроблено спробу визначити основні причини порушення законів та інше.

Зародки теоретичних узагальнень відносно правової поведінки вперше досліджені в творі Платона «Закон», в якому Платон пов'язує поведінку з поняттям справедливості і виділяє справедливі та несправедливі вчинки. На думку Платона, відносно справедливості взагалі, справедливих людей, вчинків і діянь, ми усі якось згодні, що це прегарно. Таким чином, якщо стверджувати, що всі справедливі люди, навіть з брудним тілом, прегарні своїми справедливішими моральними властивостями, то, мабуть, в цих словах не буде нічого невідповідного [1, 313]. Відносно несправедливих вчинків, Платон виділяє добровільні і недобровільні несправедливі вчинки, умисні та ненавмисні несправедливі вчинки, а також виокремлює причини вчинення несправедливих вчинків [1, 315–316].

Подальший внесок стосовно розвитку теорії правової поведінки відображено в праці Арістотеля «Нікомахова етика». В цьому творі Арістотель пов'язує поведінку людини з такими властивостями, як правосудність та неправосудність. На думку Арістотеля, «неправосудним» вважається той, хто переступає закон, хто корисний і несправедливий, а звідсіль зрозуміло, що правосудний — це законослухняний і справедливий. Таким чином, правосуддя (або право), — це законне і справедливе, а неправосудне (або неправове) — це протизаконне і несправедливе [2, 145]. Разом з тим Арістотель при визначенні правосудності людського вчинку вважав, що необхідно враховувати волю особи і ставлення до вчинку — свідоме чи несвідоме.

На думку А. О. Штанько, згідно з сучасною юридичною термінологією «правосудний поступок» за Арістотелем є правомірною поведінкою. «Неправосудний поступок» — це протиправна поведінка (правопорушення) [3, 48].

Таким чином, в період античності в працях давньогрецьких філософів були закладені основи для розрізнення поведінки у сфері права на правомірну та протиправну поведінку, розроблено питання стосовно форм вини щодо навмисної та ненавмисної поведінки, виявлено залежність поведінки від волі особи, здійснено розподіл протиправної поведінки на злочини як найбільш серйозні порушення норм права та інші менш шкідливі проступки, що стало основою для розвитку теорії правової поведінки.

Подальший розвиток наукової думки відносно правової поведінки ми спостерігаємо з досягнень римської правової думки.

Основні напрацювання правової думки щодо поведінки у сфері права знайшли своє логічне продовження в працях римських юристів, які вже на теоретичному рівні узагальнили напрацювання в законотворчій сфері стосовно дії права в житті. Оцінюючи вклад римської правової спадщини, проф. А. Р. Калюжний зазначив, що римське право вперше в історії людства розробило критерії для оцінки правової поведінки людини, сформулювало особливу правову культуру відносин між людьми [4, 36].

Одним з факторів для поштовху теоретичних узагальнень стосовно правомірної поведінки в римській правовій спадщині можна вважати кодифікацію норм римського права. Значна чисельність зовнішніх проявів правомірної поведінки в римському праві була пов'язана з зобов'язаннями (*obligatio*). На думку професорів О. А. Підпригора та Є. О. Харітонова, в римському праві зобов'язання виражається у кількох варіантах: «Зобов'язання є правовими ланцюгами, що примушують нас щось виконати відповідно до законів нашої держави (Д. 1.3.13); або «Значення зобов'язання полягає не в тому, щоб зробити нашим який-небудь тілесний предмет, а щоб зв'язати перед нами іншого, аби він нам щось дав, зробив або надав» (Д. 44.7.3.) [5, 349].

В римському праві були теоретично узагальнені положення стосовно юридичних фактів (*factum*), де поряд з іншими юридичними фактами виділялися дії як правомірні, так і неправомірні.

Правомірні дії, які були спрямовані на виникнення, зміну або припинення прав та обов'язків, називалися правочинами. Розрізняли двосторонні правочини (договори), для встановлення, зміни чи припинення прав та обов'язків необхідно було волевиявлення двох сторін, та відповідно односторонні, що виникали за волевиявленням однієї сторони.

Так, відповідно до § 2 фрагмента 1 Титулу XIV Книги другої Дигестів Юстиніана договір є бажанням двох або декількох осіб одного й того ж і за їхньою згодою [6, 220].

Поряд з цим існували дуже важливі інститути щодо осіб, права власності, володіння, суперфіцію, емфітевзису, захисту права власності, які надавали можливість для правомірного втілення в життя норм права. Разом з цим в римському праві було розроблено цілу систему норм щодо процедурних питань, які посідали важливе місце в поведінці людей.

Стосовно неправомірної поведінки в римському праві, то тут можна спостерігати справжній генезис цього інституту.

Спочатку в Законах XII таблиць не було проведено поділу правопорушень на приватні та публічні, і всяке порушення норм права охоплювалося поняттям *delictum* (правопорушення, делікт). Першу спробу уніфікувати норми, що містили перелік основних правопорушень в Римі, у III ст. до н.е. було проведено Аквілієм, проте і цей закон не розділяв делікти на публічні та приватні.

Цікаво, що О. А. Підпригора та Є. О. Харітонов зазначали, що в найдавніші часи державна влада взагалі не втручалася у відносини приватних осіб — реагувати на порушення інтересів мали самі потерпілі.

Проте з загостренням класових і суспільних суперечностей та падінням республіки в Римі держава змушена була взяти на себе обов'язок щодо покарання за правопорушення, які посягали на публічний порядок, встановивши групу особливо небезпечних діянь, що були закріплені в нормах права і за які було встановлено відповідні покарання. Таким чином, порушення норм публічного права охоплювалося поняттям *delictum publicum* (публічний делікт), яке ще називали *crimen* (злочин), а відповідно норм приватного права — *delictum privatum* (приватний делікт).

Слід відзначити, що в цей період злочини в римському праві поділялися на ординарні (*crimen ordinaria*) і екстраординарні, чи надзвичайні (*crimen extraordinaria*). В основу цього поділу було покладено не характер злочинних дій чи суспільні відносини, на які посягали злочинною дією, а норма права, яка регламентувала цю протиправну дію. Так, під ординарними злочинами вважали дії, які були закріплені нормами *jus vetus* («старе» право). Ці злочини містили чіткий перелік правопорушень з суворо формалізованим визначенням злочинних дій. Екстраординарні злочини передбачалися нормами, що були створені едиктами імператорів. Ці дії мали більш гнучкий характер, необхідно було оцінювати протиправність в залежності від обставин справи на основі аналізу суб'єктивних і об'єктивних обставин вчинення злочину і були розраховані на помірний розсуд судді, який розглядав справу. Також варто підкреслити, що під злочином в римському праві розуміли лише активну дію, а бездіяльність не вважалася злочинною.

Під приватним правопорушенням (*delictum privatum*) римські правники розуміли неправомірну дію, яка порушувала інтереси приватних осіб. До приватних правопорушень відносились тільки такі дії, що були закріплені в законі як: 1) кривда (особиста образа); 2) крадіжка; 3) неправомірне знищення або пошкодження чужого майна.

Що стосується зловживання правом, то римській юриспруденції ця категорія була невідома. Як говорив Гай, «ніхто не вважається таким, що діє зловмисно, якщо він користується належним йому правом» [7, 49].

Також варто зазначити, що римська юриспруденція так і не сформувала правила, що деліктом визнається будь-яке неправомірне завдання шкоди. Як і система зобов'язань, система правопорушень містила лише вичерпний перелік правопорушень, що був вироблений з часом шляхом вирішення конкретних справ.

Оцінюючи доробок римської юриспруденції у створенні теорії права, на думку професорів О. А. Підпригори та Є. О. Харітонова, слід, насамперед, врахову-

вати, що визначальним тут був принцип, за яким перевага у дослідженнях надавалась аналізу конкретних ситуацій, а не дефініціям або абстрактним узагальненням. Цей принцип, зокрема, знайшов своє відображення у відомій сентенції Яволена: «У *jus civile* будь-яка дефініція небезпечна, адже обмаль випадків, коли вона не може бути викривлена» (Д. 50.17).

Тому розвідки щодо засад приватного чи публічного (що траплялося рідше) права, зазвичай, проводились на конкретних прикладах, життєвих казусах і, як правило, не мали загального характеру. Це, звичайно, не означає, що теорія права займала другорядне місце, але теоретичні побудови були кінцевим результатом досить довгого ланцюжка аналізу реальних (а пізніше й спеціально змодельованих) судових спорів [4, 59].

Подальший розвиток ідей про поведінку у сфері права в період середньовіччя було продовжено англійським філософом Томасом Гоббсом (1588–1679), який в основу своїх вчень поклав праці Платона та Арістотеля.

В праці Томаса Гоббса «Левіафан, або Матерія, форма і влада держави церковної і цивільної» вчений досліджує поведінку людини через призму суспільного договору і загальних понять справедливості та несправедливості. На думку вченого, в природничому законі містяться джерела і початок справедливості. Тому що там, де не було попередньо укладено договір, не було перенесено ніякого права і кожна людина мала право на все, і, отже, ніяка дія не могла бути несправедливою. Але якщо договір укладено, то його порушення — несправедливе. Несправедливість же не що інше, як невиконання договору. А все, що не несправедливе, справедливе» [8, 56].

Через загальні поняття справедливості і несправедливості Томас Гоббс виокремлює такі поняття, як справедливість людини, справедливість характеру, справедливість вчинку. На думку дослідника, коли вони (справедливість чи несправедливість. — *А. Л.*) відносяться до людей, вони визначають відповідність або невідповідність їх характеру розуму. Коли ж вони відносяться до вчинків, вони означають відповідність чи невідповідність розуму не характеру чи образу життя, а окремим вчинкам. Справедливі вчинки визначають людей не як справедливих, а я невинуватих, а несправедливі вчинки (які також називають правопорушеннями) — лише як винуватих [8, 56].

Стосовно поняття злочину, то Томас Гоббс під злочином розумів гріх, який полягає у вчиненні ділом або словом того, що заборонено законом, або в невиконанні того, що він повеліває. Так що всякий злочин є гріхом, але не всякий гріх є злочином [8, 116].

Причинами злочинів Томас Гоббс вважав хибні принципи відносно права та неправа. Також варто відмітити, що філософ вважав, що пізнання правомірного і неправомірного досить складно, і ніхто не повинен претендувати на таке знання без довгого і інтенсивного вивчення.

Специфічні погляди стосовно поведінки у сфері права були висловлені англійським філософом Джоном Локком (1632–1704) в його праці «Два трактати про правління». Основа вчень Джона Локка про поведінку людини у сфері права будувалася на природному стані людини та законі розуму. На думку

Джона Локка, кожний з нас, оскільки він зобов'язаний з тієї ж причини, коли його життю не загрожує небезпека, наскільки зможе, зберігати іншу частину людства і не повинен, окрім як творити правосуддя по відношенню до злочинця, не позбавляти життя, не посягати на нього, рівно як і на все, що здатне зберегти життя, свободу, здоров'я, членів тіла або власність іншого [9, 265].

Джон Локк вважав, що кожен може причинити зло тому, хто порушив закон, в тій мірі, щоб змусити його розкаятися в його діянні і тим самим стримати його, а на цьому прикладі і інших від подібних злодіянь. Таким чином, кожна особа має право карати злочинця і бути виконавцем закону природи. Окрім цього, потерпіла сторона також має права на стягнення шкоди з того, хто завдав шкоду.

Говорячи про неправомірну поведінку, Джон Локк виділяв злочини та звичайне завдання шкоди. Під злочином він розумів порушення закону і відхід від справедливого правління розуму, коли людина настільки вироджується, що заявляє про відмову від принципів людської природи і стає шкідливою істотою. Зустрічається також і звичайне нанесення шкоди тій чи іншій особі, і якійсь людині завдається шкода в силу цього порушення. В цьому випадку той, кому було нанесено шкоду, має крім права покарання, яке є в нього, як і в інших людей, ще особливе право шукати відшкодування у того, хто завдав йому шкоду. І кожна інша особа, яка вважає це справедливим, може також приєднатися до потерпілого і допомагати йому отримати назад від злочинця стільки, скільки потрібно, щоб відшкодувати понесені збитки [9, 267].

Справжнім теоретичним узагальненням поведінки у сфері права можна вважати наукову спадщину Еммануїла Канта (1724–1804). Саме Еммануїл Кант вперше обґрунтував та на теоретичному рівні узагальнив знання стосовно поведінки людини у сфері права. В основу концепції Еммануїла Канта стосовно права покладені визначені вченим в праці «Основи метафізики моральності» поняття свободи, морального закону, обов'язку, категоричного імперативу, дії, вчинку, максимуму.

На думку І. Канта, одну лише відповідність чи невідповідність вчинку закону безвідносно до його мотиву називають легальністю (законоподібність) та відповідність, в якій ідея обов'язку, яка заснована на законі, є в той же час мотивом вчинку, називають моральністю вчинку [10, 126].

Відповідно до поглядів філософа, правовою або неправовою (*rectum aut minus rectum*) взагалі буде дія, оскільки вона збігається з обов'язком або суперечить обов'язку (*factum licitum aut illicitum*); при цьому байдуже, яким є обов'язок за змістом або походженням. Дія, яка суперечить обов'язку, називається порушенням (*reatus*). При цьому під обов'язком Кант розуміє вчинок, який хтось зобов'язаний вчинити; відповідно, обов'язок — це матерія обов'язковості, і обов'язок (у відповідності до вчинку) може бути одним і тим же, хоча б нас могли зобов'язати до нього по-різному [10, 130–132].

Досліджуючи вчення Канта про право та державу, М. І. Абдулаєв зазначав, що, з одного боку, Кант розрізняє моральну і легальну поведінку, право з об'єктивної сторони і право з суб'єктивної сторони. Моральним можна назвати

таку поведінку, яка продиктована внутрішнім усвідомленням обов'язку. Правова ж поведінка заснована на виконанні приписів закону, незалежно від внутрішніх мотивів суб'єкта [11, 150].

Таким чином, можна стверджувати, що Еммануїл Кант вперше розпочав теоретичне дослідження правової поведінки, заклавши теоретичні основи для подальшого дослідження цієї категорії.

Наступний етап дослідження поведінки у сфері права здійснив німецький філософ Георг Вільгельм Фрідріх Гегель (1770–1831) в праці «Основи філософії права, або природне право і державознавство». Трьома основними сходинками в діалектичному розумінні права для Гегеля виступають абстрактне право, мораль і моральність (моральні устрої). Саме в абстрактному праві Гегеля можна розглядити основи формування вчень щодо поведінки у сфері права.

На думку Гегеля, право — це безпосереднє буття, яке надає собі свободу в безпосередній спосіб, як-от:

а) щодо володіння як власності; свобода виступає свободою абстрактної волі взагалі, або саме через це якоїсь одиничної особи, що співвідноситься тільки з собою;

б) особа, відрізняючи себе від себе, творить відношення до іншої особи, й обидві вони наділені одна для одної буттям лише як власники. Їхня в собі суцта тотожність набуває існування шляхом переходу власності одного у власність іншого при наявності спільної волі та збереження їхнього права — в договорі;

с) воля, яка (а) в своєму співвідношенні з собою відрізнена не через іншу особу (б), а через себе саму як особлива воля, відмінна від себе й протилежна собі як в собі й для себе суцта — неправо й злочин [12, 53].

Саме в цих формах абстрактне право в Гегеля набуває значення правомірної поведінки, яка виступає як володіння, як власність (а) та наявність спільної волі, що виражена в договорі (б), та протиправної поведінки, як протилежності правомірній поведінці, що знаходить свій вияв в категоріях «неправа» та «злочину».

Щодо неправа, то філософ виділяв ненавмисне або цивільне (громадянське) неправо (видимість права в цивільному правовому спорі, при якому особою помилково неправо сприймається в якості дійсності), обман (на думку Гегеля, обман стосується лише договорів, за якими придбається у власність річ частиною від власника, а частиною із власності іншого) та злочин (як дійсне неправо, в якому не поважається ані право в собі, ані право, яким воно дається; разом з тим порушуються обидві сторони права, об'єктивна і суб'єктивна).

Надалі дослідження філософів А. Шопенгауера, Л. Фейєрбаха, Ч. Беккарія, І. Бентама були направлені, перш за все, на дослідження неправомірної поведінки, а саме: злочинів, їх класифікацію, співвідношення між злочинами та покараннями та інше.

На підставі вище викладеного ми доходимо висновку, що необхідно провести певну періодизацію стосовно вчень про правову поведінку і виокремити дослідження авторів античності, середньовіччя та Нового та Новітнього часу.

Саме теоретичні узагальнення стосовно правової поведінки з'являються в Новий час і пов'язані з ім'ям німецького філософа Еммануїла Канта. Аналізуючи праці дослідників античності, середньовіччя та Нового часу, слід зазначити, що саме в категорії правової поведінки як узагальнюючому понятті дослідники об'єднали два протилежні види поведінки: правомірну та неправомірну, які в залежності від поглядів окремих дослідників називалися по-різному. Таким чином, вважаємо неприпустимим тезис про ототожнення правової поведінки виключно з правомірною поведінкою. В якості подальших перспектив дослідження вважаємо, що треба дослідити уявлення про правову поведінку в XX столітті, правову поведінку з урахуванням різних підходів до праворозуміння та правову поведінку в публічній та приватній сферах.

### Література

1. Платон. Собрание сочинений. В 4 т. Т. 4 : пер. с древнегреч. / Платон ; общ. ред. А. Ф. Лосева, В. Ф. Асмуса, А. А. Тахо-Годи ; авт. ст. в прим. А. Ф. Лосев ; прим. А. А. Тахо-Годи. — М. : Мысль, 1994. — 830, [1] с. — (Философское наследие).
2. Аристотель. Сочинения. В 4 т. Т. 4 : пер. с древнегреч. / Аристотель ; общ. ред. А. И. Доватур. — М. : Мысль, 1983. — 830 с. — (Философское наследие).
3. Штанько А. О. Філософсько-правові основи формування інституту правопорушення як виду правової поведінки // Юриспруденція: теорія і практика. — 2009. — № 10. — С. 47–53.
4. Каложний Р. А. Римське приватне право : курс лекцій / Р. А. Каложний. — К. : Істина, 2005. — 144 с.
5. Підпригора О. А. Римське право : підручник / О. А. Підпригора, Є. О. Харітонов. — К. : Юрінком Інтер, 2006. — 512 с. — Бібліогр. : с. 477–481.
6. Римське право (Інституції) / за заг. ред. Є. О. Харітонова. — Х. : Одісей, 2003. — 288 с.
7. Римское частное право / под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. — М. : Юрист, 1994.
8. Гоббс Т. Левиафан, или Материя, форма и власть государства церковного и гражданского / Т. Гоббс. — М. : Мысль, 2001. — 240 с.
9. Локк Дж. Сочинения. В 3 т. Т. 3 : пер. с англ. и лат. / Дж. Локк ; ред. и сост., авт. прим. А. Л. Суботин. — М. : Мысль, 1988. — 668 [1] с. : ил., 1 л. портр. — (Философское наследие).
10. Кант И. Сочинения. В 6 т. Т. 4, ч. 2 / И. Кант ; под общ. ред. В. Ф. Асмуса, А. В. Гульги, Т. И. Ойзермана. — М. : Мысль, 1965. — 544 с., 1 л. портр.
11. Абдулаев М. И. Учение Канта о праве и государстве // Правоведение. — 1998. — № 3. — С. 148–154.
12. Гегель Г. В. Ф. Основы философии права, або Природне право і державознавство / Г. В. Ф. Гегель ; пер. з нім. Р. Осадчука та М. Кушніра. — К. : Універс, 2000. — 336 с.

### Анотація

*Лещенко А. В.* Генезис філософсько-правових уявлень про правову поведінку. — Стаття.

У цій статті проводиться історично-правовий аналіз розвитку уявлень про правову поведінку філософів античності, середньовіччя та Нового часу як узагальнюючої категорії, що об'єднує правомірну та неправомірну поведінку.

*Ключові слова:* права поведінка; правомірна поведінка; неправомірна поведінка; епоха.

### Аннотация

*Лещенко А. В.* Генезис философско-правовых представлений о правовом поведении. — Статья.

В данной статье проводится историко-правовой анализ развития представлений о правовом поведении философов античности, средневековья и Нового времени как обобщающей категории, которая объединяет правомерное и неправомерное поведение.

*Ключевые слова:* правовое поведение; правомерное поведение; неправомерное поведение; эпоха.

### Summary

*Leshchenko A. V. Genesis of Legal Philosophy Ideas about Legal Behavior. — Article.*

In this study author applies a historical-legal method to analyze the legal behavior concept stated in philosophic works of Antiquity, Middle Ages and Modern Age as a generalizing category which includes lawful and illegal behavior.

*Keywords:* legal behavior, lawful behavior, illegal behavior, age.

УДК 347.122:347.73:336.14

*О. А. Музыка-Стефанчук*

### РОЗУМІННЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ СУБ'ЄКТІВ БЮДЖЕТНИХ ПРАВОВІДНОСИН В ЮРИДИЧНІЙ НАУЦІ

На практиці фінансово-правовий статус реалізується у процесі, коли суб'єкти публічної влади вступають у фінансові (зокрема, бюджетні) правовідносини і переходять із категорії «суб'єкт фінансового права» у категорію «суб'єкт фінансових правовідносин».

Взагалі, термінологічний зворот «правовий статус» широко використовується в юридичній науці, особливо в теорії права. У галузевих науках ця категорія досить ґрунтовно досліджена у конституційному, адміністративному, цивільному та трудовому праві.

Незважаючи на широке використання у спеціальній літературі терміна «правовий статус», у науці фінансового права він і досі залишається малодослідженим. Хоча варто зазначити, що окремі вчені, наприклад, О. Ю. Бакаєва, Л. Н. Древаль, В. Є. Кириліна, М. А. Перепелиця, М. В. Карасьова, Р. Посікіра, О. О. Семчик, Ю. Л. Смірнікова, певною мірою висвітлюють у своїх працях це питання (вони не лише оперують цим поняттям, але й розглядають його загальнотеоретичне та фінансово-правове коріння). Проблема також ускладнюється тим, що немає одностайності щодо розуміння такої важливої категорії, як правовий статус.

Розглядаючи питання фінансово-правового статусу суб'єктів РФ, Ю. Л. Смірнікова зупиняється на різних підходах до загального розуміння правового статусу [1, 16–17]. Так, можна зустріти такі позиції:

- правовий статус ототожнюється з правовою природою;
- правовий статус ототожнюється з правовим становищем;
- правовий статус і правове становище розмежовуються.

На нашу думку, підхід, за якого поняття «статус» і «становище» є взаємозамінними, особливо виправданий. Не завжди потрібно займатися створенням «нового зі старого», «винаходити новий велосипед». Так, юридична наука стрімко пішла вперед (особливо протягом останніх двох десятиліть), молоді вчені шукають щось малодосліджене або ж намагаються часто-густо виробити радикально нові погляди на вже відомі явища чи категорії з метою привернути



увагу до себе чи своїх думок. Проте на сьогодні є набагато важливіші царини для дослідження правознавців, ніж просто «гра у слова».

Отже, вважаємо, що термінологічні звороти «правовий статус» і «правове становище» є синонімічними категоріями.

Основною складовою і базовою характеристикою правового статусу будь-якого органу, на думку багатьох вчених, є його компетенція. При цьому поняття «правовий статус» і «компетенція» слід відрізнити від правоздатності і правосуб'єктності органу публічної влади; це різні правові явища, які не слід ототожнювати [2, 13]. Окрім цього, бюджетну компетенцію держави (так само як і органів місцевого самоврядування. — *О. М.-С.*) визначає її бюджетно-правовий статус, основою якого є право на бюджет [3, 90]. Бюджет є найважливішою категорією бюджетного права. У свою чергу, всі бюджетні правовідносини так чи інакше пов'язані з бюджетом.

До правового статусу, на думку А. В. Міцкевича, можна включити «правоздатність, права та обов'язки, що виникають поза правовідносинами, а виникнення суб'єктивних прав та обов'язків у правовідносинах залежатиме від фактичного здійснення правоздатності, забезпеченого рядом гарантій» [4, 15].

Правосуб'єктність є категорією можливості, а правовий статус — категорією дійсності [5, 76–77].

Варто погодитися із твердженням М. В. Вітрука про те, що правосуб'єктність окремо від правового статусу не існує. Саме факт нерозривного зв'язку правосуб'єктності та правового статусу, його структурних елементів слугує ґносеологічною основою ототожнення їх змісту. Правосуб'єктність в цілому показує здатність до усвідомленої поведінки в межах правового статусу. Правовий же статус — це самостійне явище, відмінне від правосуб'єктності, що окреслює межі можливої та необхідної поведінки особи (органу. — *О. М.-С.*), визначає міру користування конкретними благами через вказівку на права, свободи, обов'язки, законні інтереси у всіх галузях суспільних відносин. Таким чином, правосуб'єктність і правовий статус характеризують особу як суб'єкта права [6, 221–222].

Підтримуємо думку О. О. Семчик про те, що фінансова діяльність держави, яка реалізується через функції, компетенцію і відповідальність системи її органів, що є основою правового статусу держави, є однією з найважливіших сфер державної діяльності [7, 43–44]. Отже, фінансово-правовий статус суб'єктів бюджетних правовідносин розкривається через бюджетну діяльність. Тобто фінансова діяльність держави та органів місцевого самоврядування є способом реалізації фінансово-правового статусу (або ж одним із способів реалізації їх правового статусу). Те ж саме можна сказати про бюджетну діяльність і бюджетно-правовий статус. Особливе місце у змісті фінансово-правового статусу суб'єктів бюджетних правовідносин посідають гарантії їх діяльності.

Взагалі, «фінансово-правовий статус це встановлена законом сукупність прав і обов'язків (предметів відання та повноважень), що безпосередньо закріплені за конкретними суб'єктами в галузі утворення, розподілу, перерозподілу та використання фондів грошових коштів» [8, 74].

У науці фінансового права зустрічається термінологічний зворот «бюджетно-правовий статус». На думку Ю. О. Крохіної, загальний бюджетно-правовий статус муніципальних утворень складається із сукупності певних прав [9, 309–310], які викладені нижче у порівнянні із вітчизняним законодавством: 1) самостійне формування, затвердження та виконання місцевих бюджетів, здійснення контролю за їх виконанням; 2) використання доходів, що передаються до бюджетів муніципальних утворень представницькими органами влади відповідного територіального утворення вищого рівня у порядку перерозподілу коштів свого бюджету; 3) самостійне розпорядження коштами місцевих бюджетів; 4) додаткові видатки органів місцевого самоврядування для здійснення фінансування окремих повноважень держави, які щорічно передбачаються у федеральному бюджеті та бюджетах суб'єктів Федерації; 5) збільшення видатків або зменшення доходів органів місцевого самоврядування, які виникають у результаті прийняття рішень органами державної влади Федерації чи суб'єктів РФ, і це компенсується відповідними органами, які прийняли рішення (це твердження потребує уточнення. Нам видається, що, наприклад, додаткові видатки компенсує зовсім не Верховна Рада України, яка прийняла закон про державний бюджет і зміни до нього, — процедурно це здійснює Міністерство фінансів України, а саме — Державна казначейська служба України, але, звичайно, за рахунок коштів державного бюджету); 6) прийняття добровільних внесків від членів місцевого співтовариства для фінансування питань місцевого значення (в Україні, як приклад цього, можна навести самооподаткування, яке відповідно до ст. 1 Закону «Про місцеве самоврядування в Україні» — це форма залучення на добровільній основі за рішенням зборів громадян за місцем проживання коштів населення відповідної території для фінансування різних цільових заходів соціально-побутового характеру. Звичайно, практика самооподаткування нині майже повністю відсутня); 7) забезпечення органами державної влади муніципальним утворенням мінімальної бюджетної забезпеченості шляхом закріплення доходних джерел для покриття мінімальних видатків місцевих бюджетів (наприклад, згідно зі ст. 1 Закону «Про місцеве самоврядування в Україні» мінімальний бюджет місцевого самоврядування — розрахунковий обсяг місцевого бюджету, необхідний для здійснення повноважень місцевого самоврядування на рівні мінімальних соціальних потреб, який гарантується державою. З цією метою у БК України визначаються закріплені і власні доходи місцевих бюджетів, тобто доходи, які враховуються при визначенні обсягів міжбюджетних трансфертів і які не враховуються); 8) задоволення основних життєвих потреб населення у сферах, віднесених до відання муніципальних утворень не нижчих мінімальних державних соціальних стандартів, виконання яких гарантується державою шляхом закріплення за місцевими бюджетами відрахувань від федеральних податків і податків суб'єктів РФ (в Україні — відрахувань від загальнодержавних податків і зборів); 9) випуск муніципальних позик, лотерей, отримання і видання кредитів, створення муніципальних банків та інших фінансово-кредитних установ (для нашої держави це право є одним із найбільш проблемним, оскільки лотерейна діяльність на

сьогодні практично монополізована державою, муніципальні (комунальні) банки не створюються, оскільки в органів місцевого самоврядування нема коштів для формування статутного фонду таких банків чи інших фінансово-кредитних установ); 10) судовий захист своїх бюджетних прав (за великим ранком це право реалізується лише у випадках, коли йдеться про неперерахування чи несвоєчасне перерахування коштів до бюджету. Якщо ж якісь бюджетні права поручені органом влади, який має бюджет-донора (тобто з якого перераховуються міжбюджетні трансферти, зокрема дотації), то вступ у судову тяганину з ним буде мало ефективним. Навіть за умови позитивного на користь позивача рішення, позивач ризикує втратити майбутні можливі дотаційні кошти); 11) рівноправну діяльність на фінансовому ринку; 12) координацію фінансових коштів муніципальних підприємств, установ та організацій.

На думку І. М. Мальцевої, виявити обсяг і специфіку повноважень різних органів влади у сфері організації бюджетного процесу на відповідній території можливо лише шляхом визначення бюджетно-правового статусу відповідного територіального утворення та аналізу компетенції як місцевих, так і державних органів влади в цілому [10, 14].

Отже, фінансово-правовий статус органів публічної влади — суб'єктів бюджетних правовідносин складається з таких елементів: права цих органів, їх обов'язки, публічні інтереси. Останні, безумовно, належать до законних інтересів та існують «лише у тих галузях суспільних відносин, які охоплюються сферою правового регулювання» [6, 242].

У 60-х роках ХХ ст. вчений М. В. Вітрук висунув та обґрунтував концепцію стадій появи (динаміки) прав, свобод та обов'язків особи. Ґрунтуючись на цьому, ми можемо сформулювати наступне. По-перше, для органів публічної влади — суб'єктів бюджетних правовідносин для отримання відповідних бюджетних прав на стадії володіння правом необхідним є спеціальні юридичні факти (на відміну від суб'єктивних прав особи, для отримання яких не вимагаються якісь юридичні факти).

Як пише М. В. Вітрук, володіння правом — це ще не завжди є його реалізація, не саме користування, але вже реальна можливість користуватися точно визначеним, конкретним благом. Користування благом може мати місце значно пізніше моменту набуття відповідного права [6, 214]. Для органів публічної влади володіння бюджетними правами та обов'язками вже одразу передбачає їхню реалізацію, їхній захист. У зв'язку із цим, на стадії користування бюджетними правами органи публічної влади здійснюють їх вже безпосередньо, але виключно в тих межах, що визначені в законодавстві.

До речі, М. В. Вітрук ще у радянський період обґрунтував ідею про існування суб'єктивних прав у вигляді загального стану і продовжив цю ідею далі [6, 215]. Всі ті права, які набуваються особами на підставі юридичних фактів, спочатку для них знаходяться в стадії загального стану. Виділення самої стадії виникнення юридичних прав і обов'язків — стадії загального стану — дозволяє розглядати правоздатність, права та обов'язки особи як цілком самостійні правові категорії [6, 219].

Отже, можна стверджувати, що бюджетні права органів публічної влади спочатку завжди знаходяться в стадії загального стану. При цьому між правом у стадії загального стану і тим самим правом у стадії володіння та користування лежать такі конкретні умови та факти, як кількість і якість праці, величина доходів тощо, тобто по відношенню до яких люди не можуть бути рівними [6, 216]. Органи ж, наприклад, місцевого самоврядування одного рівня мають рівний комплекс бюджетних прав. На наш погляд, для органів публічної влади стадії загального стану та володіння бюджетними правами не співпадають у часі (загальний стан, тобто проста законодавча фіксація наявності бюджетних прав, обов'язково передуює реальному (практичному) володінню правами), але для владних органів одного рівня є однаковими.

Держава визначає основи фінансово-правового статусу органів публічної влади — суб'єктів бюджетних правовідносин. Деталізація чого знаходить свій вияв у бюджетній діяльності та підзаконних нормативно-правових актах органів державної виконавчої влади та органів місцевого самоврядування.

### Література

1. Смирникова Ю. Л. Финансово-правовой статус субъектов Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.14 / Ю. Л. Смирникова. — М., 2002.
2. Карабін Т. О. Співвідношення повноважень місцевих органів публічної влади : монографія / Т. О. Карабін ; за наук. ред. В. Б. Авер'янова. — Ужгород : ЗакДУ, 2006. — 156 с.
3. Поветкина Н. А. Российская Федерация как субъект бюджетного права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.14 / Н. А. Поветкина. — М., 2004. — 203 с.
4. Мицкевич А. В. Субъекты советского права / А. В. Мицкевич. — М. : Гос. изд-во юрид. лит., 1962. — 212 с.
5. Сергеев С. Л. Субъект Федерации: статус и законодательная деятельность / С. Л. Сергеев. — СПб. : Изд-во юрид. ин-та, 1999. — 215 с.
6. Витрук Н. В. Общая теория правового положения личности / Н. В. Витрук. — М. : Норма, 2008. — 448 с.
7. Семчик О. О. Держава і фінанси: правовий зв'язок : монографія / О. О. Семчик ; відп. ред. Л. К. Воронова. — К. : Юрид. думка, 2010. — 204 с.
8. Древалі Л. Н. Субъекты российского финансового права / Л. Н. Древалі ; под ред. Е. Ю. Грачевой. — М. : ИД «Юриспруденция», 2008. — 288 с.
9. Крохина Ю. А. Бюджетное право и российский федерализм / Ю. А. Крохина ; под ред. Н. И. Химичевой. — М. : НОРМА, 2001. — 352 с.
10. Мальцева И. Н. Организация бюджетного процесса в субъекте Российской Федерации (по материалам Сибирского федерального округа) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.14 / И. Н. Мальцева. — Томск, 2005. — 24 с.

### Анотація

**Музыка-Стефанчук О. А.** Розуміння правового статусу суб'єктів бюджетних правовідносин в юридичній науці. — Стаття.

У статті досліджуються питання розуміння правового статусу суб'єктів бюджетних правовідносин. Розглядається співвідношення поняття «правовий статус» із суміжними поняттями та категоріями.

**Ключові слова:** правовий статус, суб'єкт бюджетних правовідносин, орган публічної влади.

### Аннотация

**Музыка-Стефанчук О. А.** Понимание правового статуса субъектов бюджетных правоотношений в юридической науке. — Статья.

В статье исследуются вопросы понимания правового статуса субъектов бюджетных правоотношений.

ношений. Рассматривается соотношение понятия «правовой статус» со смежными понятиями и категориями.

*Ключевые слова:* правовой статус, субъект бюджетных правоотношений, орган публичной власти.

### Summary

*Muzyka-Stefanchuk O.* Understanding of Legal Status of Budgetary Legal Relationships in the Legal Science. — Article.

The questions of understanding of legal status of subjects of budgetary legal relationships are probed in the article. Correlation of concept «legal status» is examined with contiguous concepts and categories.

*Keywords:* legal status, subject of budgetary legal relationships, organ of public power.

УДК 343.811

Д. В. Ягунов

### ЧИ МОЖНА ПРОДАВАТИ «ПРАВО КАРАТИ»? (ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ФЕНОМЕНА В'ЯЗНИЧНОЇ ПРИВАТИЗАЦІЇ)

Актуальність проблематики цієї статті обумовлена низкою факторів. Тиск, що спричиняється глобалізацією на національні пенітенціарні системи, призводить до того, що практика виконання кримінальних покарань дедалі частіше звикається з думкою, що злочинців ресоціалізовувати не варто. Краще «закрити двері в'язниці та викинути ключі від неї». Зростання в'язничної популяції у всьому світі та систематичне переповнення в'язниць, «новий менеджеріалізм» та послаблення соціальної складової при виконанні кримінальних покарань — все це стає порогами, на яких остаточно розбивається «реабілітаційний ідеал» у багатьох країнах [1; 2].

Зазначені тенденції та проблеми відображають різні аспекти впливу глобалізації на сутність сучасної держави. Можна вочевидь спостерігати поступову втрату державою провідної ролі в управлінні суспільним життям. Як слушно зазначає І. Радзієвський, на зміну вертикальним ієрархіям прийшла «мережева організація», в якій «державні інституції перебувають у тісній взаємозалежності з автономними громадськими та приватними акторами» [3].

У сфері функціонування сучасних національних пенітенціарних систем це проявляється в їх повній або частковій приватизації. Держави віддають свої в'язниці приватним акторам внаслідок неспроможності оперативно реагувати на виклики глобалізації. При цьому держава змушена поступитися суттєвою, а головне — принциповою часткою своїх повноважень на користь транснаціональних корпорацій. Саме це підкреслює актуальність дослідження питань в'язничної приватизації як сучасного правового, економічного та соціального феномена.

Представлена стаття є продовженням наукових досліджень автора з питань в'язничної приватизації в контексті проблематики впливу глобалізаційних процесів на сутність сучасної національної держави [4; 5].

Завдання цього дослідження пов'язуються із: 1) аналізом деяких аспектів історії в'язничної приватизації в США та країнах Європи; 2) вивченням обсягів в'язничної приватизації на сучасному етапі в США та країнах Європи; 3) аналізом сутності в'язничної приватизації як соціального, економічного та правового феномена; 4) спробою надати відповідь на філософське питання: чи може бути державна монополія виконувати покарання бути заміненою на конкурентне середовище, де поняття «виконання кримінальних покарань» замінюється поняттям «надання виправних послуг», які, в свою чергу, надаватимуться приватними акторами?

Викладаючи основний матеріал статті, варто наголосити, що питання в'язничної приватизації можна вважати недостатньо дослідженим у вітчизняній науковій літературі. Проте цей феномен аж ніяк не може вважатися новим явищем в історії в'язниці. Навіть загальновідомий «паноптикон» відомого пенітенціариста Джеремі Бентама був проектом саме приватної в'язниці [6].

Так, у США використання праці ув'язнених відбувалося постійно. Проте кінець ХХ століття надав можливість говорити про якісно нові форми організації в'язничної праці — про в'язничну індустрію, яка поступово витіснила форму праці ув'язнених за контрактом, яка діяла до цього часу. Сутність її полягала в тому, що адміністрація надавала засуджених у користування підприємцям, за що і отримувала прибуток. Відома американська Обернська в'язниця з 1828 по 1833 рік завдяки праці ув'язнених отримала прибуток у розмірі 25 тис. дол., що на той час становило надзвичайно велику суму [7, 229].

Наприкінці ХІХ століття контрактна система почала піддаватися нападам з боку різних акторів, серед яких можна виділити таких: 1) деякі в'язничні адміністратори; 2) громадські діячі та гуманісти, які вважали (і, на нашу думку, обґрунтовано вважали), що праця ув'язнених не може бути орієнтована на одержання прибутку; 3) конкуренти тих фірм, які використовували працю ув'язнених.

Критика контрактної системи була закріплена в Декларації принципів Американської асоціації в'язничних службовців (1870), де зазначалося: «Незважаючи на те, що виробнича праця у в'язницях у будь-якому виді є важливою та корисною, ми розглядаємо контрактну систему праці ув'язнених шкідливою для дисципліни, фінансів та завдань виправлення... Вона має бути ліквідована, і чим скоріше, тим краще» [7, 229].

Проте така іділія тривала відносно недовго. Окремі приклади надання в'язничній праці статусу індустрії існували в США ще в 1930-х роках.

Сьогодні кількість засуджених у приватних виправних закладах та установах в США, Великій Британії, Австралії, Франції та інших країн невпинно зростає. Поняття «в'язнично-індустріальний комплекс» отримало надзвичайно велике поширення в сучасній зарубіжній соціологічній та кримінологічній літературі [8, 15], що відображає як включення приватних акторів до управління пенітенціарними системами, так і зміну філософсько-правових засад реалізації пенітенціарної політики.

Так, у Данії такий важливий елемент національної пенітенціарної системи, як служба пробації, зазнав суттєвого впливу приватизації [9].

У Канаді виправні громадські центри (CCCs) управляються урядом, у той час коли громадські резидентські центри (CRCs) управляються різними приватними акторами відповідно до контрактів, підписаних з урядом. Частина канадських пенітенціарних установ управляється приватними неприбутковими організаціями (наприклад, Товариство Джона Говарда, Товариство Єлизавети) [10, 362, 437, 592].

У Нідерландах публічна служба пробації, яку було створено ще 1823 року, сьогодні представлена приватними організаціями [11, 118].

У Південній Африці наприкінці 1990-х років уряд розробив план створення приватних в'язниць на базі залишених золотих рудників [12, 188]. Сьогодні деякі зарубіжні в'язничні корпорації управляють окремими виправними установами у цій країні.

У Франції в'язниці почали приватизовуватися з кінця 1980-х років.

В Англії та Уельсі новітня історія в'язничної приватизації розпочалася з підписання урядом контракту з фірмою «Securitor» щодо управління центрами для нелегальних мігрантів, збудованих на базі чотирьох колишніх аеропортів (1970). Починаючи з 1988 року вже половина мігрантів трималася в приватних центрах, що знаменувало «перший надлом державної монополії на право ув'язнювати» [13, 230]. Відповідно до Закону «Про кримінальну юстицію» (1991) Секретар внутрішніх справ отримав повноваження укладати контракти на управління в'язницями в Англії та Уельсі.

Станом на середину 1990-х років три приватні в'язниці функціонували в Англії і одна — в Шотландії: Wold (відкрита 1992 р.), Blakenhurst (1993), Doncaster (1994), Buckley Hall (1994). Процес приватизації в'язниць в Англії був підтриманий Американською виправною корпорацією (CCA) шляхом допомоги в питаннях фінансування (наприклад, Wold Remand Prison). Сьогодні у цій країні функціонують вже одинадцять приватних в'язниць, які управляються корпораціями G4S, Kalyn та SERCO. Серед них особливе місце посідає в'язниця Bronzefield — єдина приватна в'язниця для жінок у Британії, яка водночас є найбільшою жіночою в'язницею в Європі.

2004 року в Англії та Уельсі відбулася чергова реформа, яка суттєво змінила основоположні принципи управління британською пенітенціарною системою. Головна ідея реформи полягала в створенні «конкурентного середовища в сфері постачання виправних послуг» з метою заохочення їх постачальників «демонструвати їхні наміри забезпечувати найкращу цінність грошей платників податків». Відповідно до цього створена нова служба (National Offender Management Service). Територію країни поділено на регіони, кожен з яких обслуговується регіональним менеджером (ROM), обов'язки якого полягають у проведенні переговорів з «постачальниками виправних послуг» (як державних, так і приватних). Внаслідок реформи держава фактично втратила монополію на виконання покарань та проведення соціальної роботи зі злочинцями не лише у в'язницях, але також у сфері діяльності служб пробації [14; 15].

Наприклад, в окрузі Східний Мідлендз регіональний менеджер отримує виправні послуги (як реабілітаційні, так і охоронні) від десяти постачальників виправних послуг («провайдерів»): В'язничної служби (15 державних в'язниць), корпорації SERCO, корпорації GS, чотирьох рад пробації (Derbyshire, Lincolnshire, Northamptonshire, Nottinghamshire), трасту пробації (Leicestershire, Rutland), корпорації Clearsprings, корпорації G4S [16].

В Ізраїлі 2004 року парламент дозволив створення приватних в'язниць, що викликало гострі суперечки в ізраїльському суспільстві. Вже через рік після прийняття зазначеного закону громадські організації та академічні установи почали активну кампанію, спрямовану на скасування цього закону. Внаслідок цього в листопаді 2009 року Верховний Суд Ізраїлю визнав положення закону про приватні в'язниці неконституційними, зазначивши, що передача функцій управління пенітенціарною системою від держави до приватних акторів порушує право ув'язненого на гідність.

Президент Верховного Суду Ізраїлю зазначив з цього приводу, що основні принципи ізраїльського права визнають право на застосування сили в цілому та право на виконання кримінального покарання шляхом ув'язнення людей одним з найбільш фундаментальних та одним з найзначніших в юрисдикції держави. Тому їх потрібно використовувати з великою долею обережності. Таким чином, коли влада ув'язнювати передається приватній корпорації, метою якої є заробляння грошей, це означає, що позбавлення людини свободи втрачає великий ступінь своєї легітимності. У свою чергу, це перетворює покарання на щось інше, що не має нічого спільного з реалізацією традиційного «права карати» з не менш традиційними цілями превенції та реабілітації, що належить державі [17].

Щодо Сполучених Штатів Америки, то ера тотальної в'язничної приватизації розпочалася в цій країні у 1980-х роках завдяки проголошеній на той час «війні з наркотиками», що призвела до значного збільшення в'язничного населення країни. У 1999 році в США функціонували вже 14 великих та малих в'язничних корпорацій.

Провідне місце в цій сфері посідає Американська виправна корпорація (ССА), заснована 1983 року. Саме з цієї корпорації розпочалося поширення хвилі в'язничної приватизації в США, коли у 1984 році ССА підписала контракт з урядом штату Теннессі на управління в'язницею у Гамільтоні. Це був перший випадок, коли уряд передав приватній компанії управління в'язницею у повному (!) обсязі.

Сьогодні ССА — це найбільша та найстаріша в'язнична корпорація в США. На офіційному сайті корпорації зазначається, що ССА — це «національний лідер у сфері вирішення виправних проблем для федерального уряду, урядів штатів та органів місцевої влади».

ССА адмініструє 60 установ, які утримують понад 60 тис. ув'язнених. Корпорація будує в'язниці та управляє ними на замовлення Федерального бюро в'язниць, Федеральної імміграційної служби та Федеральної маршальської служби. ССА підписала контракти на управління в'язницями з урядами май-



же половини штатів. Крім того, корпорація надає виправні послуги більш ніж у десяти зарубіжних країнах.

Крім того, було б цікавим зазначити, що приватна в'язнична система корпорації США посідає шосте місце в усій країні після в'язничних систем штатів Техас, Каліфорнія, Нью-Йорк, Флорида та в'язничної системи, що адмініструє Федеральне бюро в'язниць.

Друге місце серед американських в'язничних корпорацій посідає GEO Group (колишня Wackenhut Corrections Corporation). Майже 9 тис. службовців працюють в 47 установах цієї корпорації в США, Австралії, Новій Зеландії та Канаді, обслуговуючи приблизно 40 тис ув'язнених.

Третє місце у списку наймогутніших американських в'язничних корпорацій посідає корпорація Management & Training, частка якої в американському в'язничному ринку складає 7,5 %.

Четверте місце посідає корпорація Cornell Companies (понад 7 тис. в'язничних місць) з часткою в американському в'язничному ринку 5,8 %.

Подані нижче дані надають порівняльну характеристику американських в'язничних корпорацій в частині кількості ув'язнених, що можуть утримуватися в їхніх установах, та в частині частки цих корпорацій в загальній кількості контрактів, підписаних з урядами штатів (станом на 1999 р.):

- 1) Corrections Corporation of America: 68 256 місць, частка — 55,6 %;
- 2) GEO Group: 26 704 місць, частка — 21,7 %;
- 3) Management & Training Corporation: 9177 місць, частка — 7,5 %;
- 4) Cornell Corrections: 7138 місць, частка — 5,8 %;
- 5) Correctional Services Corporation: 6517 місць, частка — 5,3 %;
- 6) CiviGenics: 2791 місць, частка — 2,3 %;
- 7) Maranatha Production Company: 500 місць, частка — 0,4 %;
- 8) The Bobby Ross Group: 464 місць, частка — 0,4 %;
- 9) Correctional Systems: 272 місць, частка — 0,2 %;
- 10) The GRW Corporation: 362 місць, частка — 0,3 %;
- 11) Avalon Correctional Services: 350 місць, частка — 0,3 %;
- 12) Alternative Programs: 340 місць, частка — 0,3 % [18].

Якщо проаналізувати відносні показники в'язничного населення, що утримується у приватних установах, можна зазначити, що різні американські штати суттєво відрізняються один від одного.

Так, процент ув'язнених, які утримувалися у приватних установах штату Техас складав у 1999 році 10,1 %, Нью Мексико — 43,8 %, Аляска — 31,7 %, Монтана — 32,7 %, Вайомінг — 28,3 %, Гавайї — 22,9 %, Вісконсин — 16 %, Міссісіпі — 16,9 %, Теннессі — 15,5 % [18].

Численні дослідження, проведені прихильниками в'язничної приватизації, дійсно вказують на суттєве зменшення ціни ув'язнення у багатьох випадках. Так, дослідження, проведені у 1997–2000 роках в штаті Арізона, показали, що один день перебування в державній в'язниці в середньому коштує на 17 % більше, аніж у приватній виправній установі. Приватні виправні установи штату Луїзіана показали зменшення ціни ув'язнення від 14 до 16 % порівняно з дер-

жавними установами. Американська виправна корпорація на своєму сайті оприлюднила інформацію, що лише за період 1994–1998 років уряди американських штатів, які уклали контракти з корпорацією на управління в'язницями, заощадили 248 млн доларів [18].

Отже, на підставі представлених вище прикладів можна побачити, наскільки феномен в'язничної приватизації є поширеним у сучасних європейських країнах та США. Більше того, можна впевнено сказати, що аналіз сучасних національних пенітенціарних систем є неможливим без врахування проблематики їх часткової приватизації.

Після представлених вище прикладів можна поставити низку питань. Чи можливе взагалі управління в'язницею приватною особою? Як делегування приватним особам «влади карати» буде розцінюватися ув'язненими та суспільством? Чи може мотив отримання прибутку бути сумісним з офіційно проголошеними традиційними цілями покарання, особливо з метою реабілітації засуджених? Чи приведе приватизація в'язниці до зменшення ціни ув'язнення? Чи може бути забезпечена належна безпека у приватних в'язницях? Ці та багато інших аспектів потребують детального вивчення при відповіді на питання, чи може бути приватизована в'язниця [4].

Поширене сьогодні в літературі поняття «приватна в'язниця» не означає, що певна юридична особа отримує право власності на в'язницю як інституцію. Недержавна компанія укладає контракт з в'язничним відомством, відповідно до умов якого цій компанії делегуються всі або частина функцій з виправного менеджменту.

Питання приватизації в'язниці може бути філософським, політичним або юридичним. Противники цього процесу здебільшого вказують на неконституційність, незаконність і аморальність приватної в'язниці: «Держава не повинна втрачати своєї монополії на використання ув'язнення» [19, 133].

Але, як зазначає відомий американський дослідник питань в'язничної приватизації Ч. Логан, не існує обмежень щодо того, які функції держави можуть бути делеговані приватним акторам. Питання полягає в тому, в якому обсязі певна функція може бути делегована [20, 59]. Ув'язнення — це діяльність для суспільства, але не для індивідуальних осіб, тому має характеристики публічної продукції. Як і продукція інших видів, ув'язнення може оцінюватися в категоріях вимог, постачання, якості та ціни. Якщо продукцію пропонує монополіст, то дуже часто якість є невисокою, ціни — високими, умови постачання не відповідають вимогам [20, 9]. Тому головною причиною приватизації в'язниці є зменшення ціни виправних послуг з одночасним підвищенням їх якості [20, 3].

Першою причиною негативного ставлення до приватної в'язниці є символізм. В'язниця — це символ державної влади в очах багатьох громадян, це — інструмент державного примусу. Багато вчених підкреслюють роль не стільки в'язниці, скільки символу (!) в'язниці, де держава є монополістом у реалізації влади карати. Чи буде система справедливою та легітимною, якщо в'язень буде читати на уніформі персоналу в'язниці «Виправна компанія»

або «Виправна корпорація» замість «Адміністрація виправних установ»? [20, 55–56].

З цього приводу Ч. Логан обґрунтовано відзначає, що ув'язнених більше хвилюють практичні питання, ніж філософські. Вони більше звертають увагу на те, наскільки чесно і справедливо персонал в'язниці поводить з ними. Особливості знаків на їхній уніформі мають набагато менше значення [20, 56].

Приватна в'язниця може бути звинувачена в тому, що мотив отримання прибутку суперечить офіційно проголошеним цілям покарання, а головне — професійному та гуманному поводженню з ув'язненими. Безумовно, це — небезпечний бізнес. Але наявність мотиву отримання прибутку не завжди означає, що тільки приватна структура може використовувати працю засуджених задля задоволення своїх корпоративних інтересів. Можна навести багато прикладів радянського походження, коли саме державна в'язниця перетворювалася на власника рабів-засуджених, прикриваючись офіційними цілями щодо їх виправлення.

У сучасному розумінні в'язнична приватизація передбачає пошук дешевих шляхів витрачання бюджетних грошей, які державною виділені на в'язничну систему через підписання контрактів з приватними акторами. Приватизація в'язниці може мати різні форми. Приватні корпорації можуть надавати різні послуги (реабілітаційні, охоронні, транспортні, технічні тощо), забезпечувати роботою засуджених (за їхньою згодою). Приватні менеджери можуть бути запрошені для управління в'язницею в цілому.

Проте існує базова філософська та етична проблема: чи може «індустрія болю» бути проданою? Гадаємо, що ні. Пенітенціарна діяльність повинна базуватися не на отриманні прибутку, який суперечить «реабілітаційному ідеалу». Реабілітація є правом засуджених і, як результат, обов'язком держави. Якщо приватні в'язниці не приділяють достатньо уваги реабілітації, це означає, що держава не виконує своїх обов'язків.

З іншого боку, криза «реабілітаційного ідеалу» по всьому світові робить зазначений вище аргумент доволі вразливим [1; 21; 22].

Як це не було, приватна в'язниця не є власне в'язницею. Це — бізнес, а інтереси бізнесу і в'язниці є діаметрально протилежними. І реабілітація є не змаганням: «Класична модель вільного ринку не працює у сфері приватизації в'язниць» [13, 245].

В'язничні корпорації значно більше зацікавлені в максимізації прибутків, ніж у соціальному забезпеченні як ув'язнених, так і персоналу [4, 355]. Не можна дивуватися, що філософія в'язничних корпорацій не базується на реабілітації. Так, головним обов'язком персоналу найбільшої у світі в'язничної корпорації США є «створення прибутку для наших акціонерів» [23]. Ця філософія базується на чесності, але ця чесність — тільки для «наших акціонерів», але не для ув'язнених. Етика приватних в'язниць базується на бізнес-репутації, але в жодному разі не на реабілітації ув'язнених.

Підсумовуючи викладене вище, варто зазначити, що приватні в'язниці отримали значне поширення у пенітенціарній практиці сучасних країн. Вони

вважаються дешевшим варіантом, проте ніхто поки ще не дав об'єктивну відповідь на запитання, чи є вони справді дешевші.

Проте, з іншого боку, очевидним є те, що в епоху глобалізації в'язниця набуває нового «обличчя». Але проблема полягає в тому, що природа держави в умовах глобалізації та значення державного суверенітету ще не досліджена достатньою мірою. Ніхто ще не робив обґрунтованих прогнозів щодо того, наскільки держава може бути «звільнена» від своїх традиційних атрибутів, які більш впливові гравці на міжнародній арені «розглядають» як «зайві» та «застарілі».

Щодо в'язниці, то впливи глобалізації на неї та особливості формування сучасних пенальних політик є ще більш неясними. Ця проблема є одночасно філософською, юридичною, економічною та етичною. Удавання до детальнішого аналізу впливу глобалізації на пенітенціарну політику, сутність в'язниці та межі в'язничної приватизації потребують більш детального розгляду крізь призми відповідних знань, у чому ми вбачаємо перспективу подальших наукових розвідок.

### Література

1. Ягунов Д. В. Філософія пробації: трансформація поглядів на сутність та цілі поводження зі злочинцями // *Актуальні проблеми політики*. — О., 2010. — Вип. 40. — С. 175–183.
2. Ягунов Д. Альтеративні санкції в сучасному пенальному ландшафті: тенденції, проблеми та перспективи // *Актуальні проблеми політики*. — О., 2007. — Вип. 30. — С. 204–211.
3. Радзівеський І. Трансформація системних характеристик державного управління в умовах глобалізації: автореф. дис. ... канд. наук з держ. упр. : 25.00.01 / І. Радзівеський; НАДУ при Президенті України. — К., 2007. — 20 с.
4. Ягунов Д. Приватизація в'язничної системи: англо-американський досвід // *Актуальні проблеми політики*. — О., 2004. — Вип. 19. — С. 355–360.
5. Ягунов Д. Privatisation of Corrections in the New Millennium // *Юридичний вісник*. — 2007. — № 3. — С. 48–53. — Англ. мовою.
6. Ягунов Д. Пенітенціарні ідеали та пенітенціарна архітектура в механізмах соціального управління // *Актуальні проблеми державного управління*. — О., 2005. — № 4 (24). — С. 91–97.
7. Митфорд Дж. Тюремний бізнес / Дж. Митфорд. — М., 1978. — 389 с.
8. Mathiesen T. Prison on Trial / T. Mathiesen. — Winchester: Waterside Press, 2000. — 208 p.
9. Blair C. Prison and Probation. Review of the Criminal Justice System of the Northern Ireland // *Research Report*. — March 2000. — № 6. — P. 25.
10. Griffiths C. Canadian Criminal Justice / C. Griffiths, S. Verdun-Jones. — Toronto, 1989. — 629 p.
11. Войнова Л. Пенітенціарна система Нідерландів // *Вісник Міністерства юстиції РФ*. — 2002. — № 4. — С. 118.
12. Смит Дир ван Зил. Жесткое правосудие: новый стиль Южной Африки // *Правоведение*. — 2000. — № 3. — С. 188.
13. Cavadino M. The Penal System: An Introduction / M. Cavadino, J. Dignan. — 3rd ed. — SAGE, 2002. — 405 p.
14. Ягунов Д. Пенітенціарна система Англії та Уельсу: перехід від виконання покарань до менеджменту у галузі виконання покарань // *Актуальні проблеми політики: зб. наук. пр.* — О., 2008. — Вип. 33. — С. 207–212.
15. Ягунов Д. Трансформація системи альтернативних покарань в Англії та Уельсі: можливість запозичення зарубіжного досвіду для України // *Відновле правосуддя в Україні*. — 2007. — № 2(6). — С. 67–72.
16. Consultation on proposed NOMS Regional Commissioning Priorities 2008-9 (East Midlands). — NOMS, September 2007.

17. Prison Privatization Judged Unconstitutional by the Supreme Court of Israel [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://blogs.law.yale.edu/>
18. McFarland S. Prisons, Privatization, And Public Values [Електронний ресурс] / S. McFarland, C. McGowan, T. O'Toole. — Режим доступу : <http://government.ccc.cornell.edu>.
19. Messner C. Germany: the Penal System between Past and Future // Western European Penal Systems : A Critical Anatomy / eds. V. Ruggiero, M. Ryan and J. Sim. — SAGE, 1995. — P. 133.
20. Logan C. Private Prisons: Cons and Pros / C. Logan. — New-York, 1990.
21. Ягупов Д. В. Глобалізаційна обумовленість «кризи покарання»: аналіз сучасних пенальних практик на основі кримінологічних поглядів Мішеля Фуко // Правова держава. — 2010. — № 12. — С. 325–330.
22. Ягупов Д. В. Вплив глобалізації на кримінальну політику сучасної держави в контексті питання про «кризу покарання» // Проблеми національної державності: матеріали Міжнар. наук. конф. пам'яті Л. М. Стрельцова, ОПУ ім. І. І. Мечникова, 26 берез. 2010 р. — О., 2010. — С. 261–263.
23. CCA Code of Ethics and Business Conduct for Directors and Employees (2003) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [www.correctionscorp.com](http://www.correctionscorp.com).

### Анотація

*Ягупов Д. В.* Чи можна продавати «право карати»? (філософсько-правовий аналіз феномена в'язничної приватизації). — Стаття.

Стаття присвячена актуальним питанням пенітенціарної політики сучасних держав, а саме приватизації національних пенітенціарних систем. Увага також приділяється проблемі трансформації цілей кримінального покарання з урахуванням кризи реабілітаційного ідеалу.

*Ключові слова:* ув'язнення, в'язнична приватизація, реабілітація засуджених.

### Анотация

*Ягупов Д. В.* Можно ли продавать «право наказывать»? (философско-правовой анализ феномена тюремной приватизации). — Статья.

Статья посвящена актуальным вопросам пенитенциарной политики современных государств, а именно приватизации национальных пенитенциарных систем. Внимание также уделяется проблеме трансформации целей уголовного наказания с учетом кризиса реабилитационного идеала.

*Ключевые слова:* тюремное заключение, тюремная приватизация, реабилитации осужденных.

### Summary

*Yagupov D. V.* Is It Possible to Sell «A Right To Punish»? (Philosophical and Legal Analysis of the Phenomenon of Prison Privatisation). — Article.

An article is focused on the topical issues of penal policy of contemporary states including issues of prison privatisation. Attention is also paid to the problem of transformation of aims of punishment taking into account crisis of the rehabilitative ideal.

*Keywords:* imprisonment, prison privatisation, offender rehabilitation.

### СУТНІСТЬ ТА ЗМІСТ ОХОРОННОЇ ФУНКЦІЇ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

Вплив права на суспільні відносини визначається його функціями, а точніше змістом функції. Кожна галузь права має свої функції, вони об'єктивні і існують незалежно від волі людини, але їх зміст, способи забезпечення створюються людьми, тому зміст функціонального впливу права визначається свідомістю і волею суспільства.

Кримінальне право специфічне. Воно забороняє суспільно небезпечні діяння, встановлює покарання та інші засоби кримінально-правового характеру і разом з цим виступає одним із важливих регуляторів суспільного життя. Але реалізація кримінально-правових приписів у зв'язку з вчиненням злочину викликає в суспільстві не тільки позитивні, а й негативні емоції, наприклад, помилкове застосування норм кримінального права або свавілля, яке вчиняється деякими особами.

У зв'язку з цим метою даної статті є дослідити зміст та сутність охоронної функції кримінального права, оскільки саме через функції розкривається власна сутність права, однак питання про зміст та сутність охоронної функції кримінального права на сьогоднішній день залишається відкритим. Тому, досліджуючи його, ми вимушені створювати власні підходи до цього явища, яке, без сумнівів, має відчутні особливості.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми і на які спирається автор, дає підстави стверджувати, що деякі аспекти цієї проблеми висвітлювалися по-різному в роботах С. В. Векленко [1], Д. А. Липинського [2], В. Г. Смирнова [3], М. П. Трофімова [4], С. Л. Федорова [5], В. Д. Філімонова [6], та інших.

Зміст явища — це «єдність всіх складових елементів об'єкта, його властивостей, внутрішніх процесів, зв'язків, суперечностей, тенденцій» [7, 621]. Сутність — це «внутрішній зміст предмета, який виражається в єдності всіх різноманітних і суперечливих форм його буття» [7, 665]. Таким чином, зміст і сутність — близькі, але не тотожні поняття, які розкривають перш за все внутрішні елементи того чи іншого явища, процесу, предмета, який нерозривно зв'язаний з його структурою. Одною із головних задач будь-якої науки є пізнання сутності вивчаємих явищ. Сутність являє собою «вищу сходинку абстрагування від конкретного різноманіття. Разом з тим, будучи результатом сходження від явища до закону, вона сприяє проникненню мислення в досліджуваний об'єкт, визначенню його найважливіших сторін, глибокому й повному відбиттю його природи» [1, 130].

З приводу структури функцій права в науці висловлювались і висловлюються різні думки, але варто відмітити, що звертатися до дослідження питань, які зв'язані з змістовною стороною правових функцій, стали не так давно.

М. П. Трофімова до елементів, які утворюють зміст функцій юридичної відповідальності, відносить «її суб'єктів; об'єкти впливу; способи і засоби здійснення; правопорушення; норми юридичної відповідальності» [4].

Д. А. Липинський до змісту функцій юридичної відповідальності відносить лише «об'єкти впливу, формальні підстави, фактичні підстави, способи здійснення, результати впливу (наслідки)» [2, 88]. Дані висловлені положення можна віднести і до функцій права в цілому, в тому числі і до охоронної функції кримінального права. На нашу думку, в зміст функцій права взагалі і охоронної функції зокрема не слід включати такі елементи, як суб'єкти правовідносин і самі правовідносини. Тому що функція права — це напрямок права на суспільні відносини. Суб'єкти, на нашу думку, є елементами правовідносин. Саме правовідносини — це те, на що впливає функція права. Тому, якщо визнати суб'єкта елементом функції, то він повинен указувати напрямок поведінки іншим суб'єктам. Взагалі це можливо, якщо один суб'єкт — уповноважена особа, наприклад, законодавець, який формує норми права. Але тут виникає одна проблема, яка заключається в тому, що функція права — категорія об'єктивна і не залежить від волі суб'єкта правотворчості, вона або є, або її немає. Суб'єкти можуть лише впливати на елементи її змісту, але самі при цьому знаходяться під впливом функції права, будучи елементами правовідносин.

На наш погляд, не зовсім логічним в позиції М. П. Трофімової є включення в зміст функцій норм юридичної відповідальності поряд з формальними підставами. Було б доречним підтримувати позицію Д. А. Липинського, який відмічає, що «формальна підстава і заключається в правових нормах» [8, 22].

Спробу розкрити внутрішній зміст правової функції у свій час розпочав В. Г. Смирнов. Він писав: «...поняття «функція права» синтезує завдання й способи регулювання суспільних відносин... визначає в єдності мету й методи їхнього регулювання, але оскільки завдання й методи правового регулювання не можуть бути зрозумілі без з'ясування структури й змісту предмета, на який впливає право, остільки поняття функції права фактично відбиває в сукупності предмет, завдання й метод правового регулювання. Таким чином, тут ми зіптовхуємося з поняттям, що у єдності виражається соціальне призначення правового регулювання (з нього виводяться завдання) і метод регулювання (він визначається предметом і завданнями регулювання)» [3, 20].

Функцію права потрібно розглядати як із зовнішньої сторони, тобто з урахуванням тієї ролі, яку вона виконує у взаємозв'язку з суспільними відносинами, так і з її внутрішньої сторони, приймаючи до уваги предмет, задачі і метод здійснення нею правового регулювання.

В. Д. Філімонов вважає, що не слід об'єднувати у внутрішню структуру правової функції різнопланові явища — це задачі правового регулювання, які є суб'єктивним елементом, і метод правового регулювання — об'єктивний елемент. Вплив права на систему суспільних відносин — об'єктивний процес, тому у внутрішньому змісту функції потрібно розрізняти спрямованість правового впливу і метод його здійснення [4, 27–29]. По задачах, які стоять перед

тією або іншою галуззю права, можна судити про спрямованості правового впливу, але включати їх в зміст функції права, на наш погляд, непотрібно.

В кримінально-правовій літературі доволі часто задачі як кримінально-правова категорія співвідносяться з іншими категоріями права. Так, можна зустріти співвідношення «задач» і «функцій» кримінального права [9, 31], з одної сторони, а з іншої — підхід до функцій і задач як незбіжні поняття, розмежування яких має «принципiальне значення як для законотворчості, так і для правозастосовувача», оскільки функції права є ознакою самого права, а задачі є властивістю суспільства, визначаються ним і знаходяться поза кримінальним правом [10, 51]. Однак ми вважаємо, що задачі і функції співвідносяться по-іншому. Категорії права «задача», «функція» мають самостійне значення в кримінальному праві, знаходячись в тісному взаємозв'язку.

Задача визначається як те, що потрібно виконати, розв'язати, складне питання, проблема, яка потребує дослідження. Функції права в самій узагальненій формі визначаються як напрямок впливу права на суспільні відносини.

Отже, задачі кримінального права відповідають на питання, навіщо необхідна дана галузь права в правовій системі, а функції покликані відповісти на запитання, як, яким чином право вирішує постановку задач. Звідси слідує, що право, в тому числі і кримінальне, вирішує свої задачі в процесі постійного функціонування в суспільстві. Функція кримінального права — це засоби, способи вирішення кримінально-правових задач, при чому задачі і функції кримінального права можуть співпадати по назві, але це лише термінологічна подібність.

Що ж стосується питання, чи входять задачі кримінального права до внутрішнього змісту правової функції, то, на нашу думку, це не можливо, хоча з тим, що задачі є категорія тільки суб'єктивна погодитися тяжко, оскільки вважаємо, що задачі кримінального права — категорія, не тільки суб'єктивна, а й така, яка має і об'єктивні елементи.

Було б правильно погодитися з В. Д. Філімоновим, що задачі — суб'єктивний елемент права, так як суб'єктивізм задач полягає в тому, що вони є продуктом узагальненої суб'єктивної свідомості законодавця, тобто держави, проявом її волі. Але крім суб'єктивізму, який властивий задачам, існують і об'єктивні ознаки категорії «задача», які полягають в тому, що ці суб'єктивні посилення законодавця проявляються реально, в об'єктивному житті людини, суспільства й держави. Саме завдяки об'єктивно існуючому процесу функціонування права, тобто його дії в реальному житті, задачі набувають і ознаки об'єктивізму.

Щодо функціональної спрямованості українського кримінального права, то воно полягає в задачах, які ставить перед собою наше чинне кримінальне законодавство в ч. 1 ст. 1 КК України.

Згідно із ч. 1 ст. 1 КК України соціальна спрямованість українського кримінального права виявляється в охороні від злочинних посягань особи, суспільства, держави. У зазначеній статті законодавець вказує на профілактичне завдання КК України, як вже згадувалося вище: його норми мають формулюва-



тись, тлумачитись та застосовуватись так, щоб не лише карати винних осіб за вчинені злочини, а й запобігати вчиненню нових злочинів. Охорона суспільних відносин здійснюється і попередженням злочинів. Виділяючи серед задач Кримінального кодексу попередження злочинів, законодавець указує на те, що українське кримінальне право ставить перед собою задачу охорони суспільних відносин, благ, цінностей не тільки шляхом застосування кримінальної відповідальності, але і шляхом попередження злочинів.

Методом функції права є її спосіб регулювання суспільних відносин. В теорії кримінального права ця галузь права регулює суспільні відносини шляхом примусу або заохочення осіб — учасників даних відносин. Це два основних методи кримінально-правового регулювання суспільних відносин.

Слід зазначити, що примус застосовується до осіб, які вже скоїли злочин, і виражається в позбавленні тих чи інших благ. А заохочення — до тих, хто розкаються в скоєному суспільно небезпечному діянні і прагнуть всіма своїми силами виправити його. Кримінально-правове заохочення здійснюється і для попередження злочинних діянь, а також їх суспільно небезпечних наслідків, наприклад, при регулюванні відносин, які виникають при необхідній обороні, крайній необхідності.

Справедливо відмічає С. Л. Федоров, що сутність і зміст охоронної функції кримінального права визначається фактичними і формальними підставами, об'єктом впливу, юридичними і соціально значимими наслідками [5, 12].

С. Л. Федоров вважає, що формальні підстави тої чи іншої функції розкриваються в нормах права, тобто законодавчо закріплених і забезпечених примусовою силою держави правил поведінки. Вступ у силу цих норм і забезпечує функціонування права в цілому [5, 12]. Адже охоронна функція кримінального права має єдину формальну підставу — це норми кримінального закону, але було б правильно розуміти те, що відмінність в формальній підставі для охоронної функції кримінального права полягає саме в структурі кримінально-правових приписів.

Підтримуючи думку С. Л. Федорова, ми вважаємо, що підставою охоронної функції кримінального права є санкційні приписи [5, 13]. Не потрібно отождествлювати поняття санкції, санкційні приписи, елементи структури норми, які відносяться до санкції. Останнє поняття ширше по своєму змісту і включає в себе санкції в чистому вигляді як елемент структури кримінально-правової норми, більш явно це можна спостерігати в нормах Особливої частини КК України.

Санкційні приписи, або, як їх називають в літературі, санкційні комплекси [11, 18], утворюються із сукупності норм як Загальної, так й Особливої частин Кримінального кодексу. В санкційний комплекс включаються норми про кримінальну відповідальність, покарання, засоби кримінально-правового характеру та інше. Без цих норм охоронна функція кримінального права виникнути і здійснюватися не може, оскільки дані норми визначають виникнення і розвиток охоронних правовідносин, в яких і виникає розвиток, реалізація охоронної функції кримінального права.

Формальні підстави тої чи іншої функції розкриваються в нормах права [6, 22], тобто законодавчо закріплених і забезпечених примусовою силою держави правил поведінки. Вступ у силу цих норм і забезпечує функціонування права в цілому. Адже охоронна функція кримінального права має єдину формальну підставу — це норми кримінального закону.

Фактичною підставою охоронної функції кримінального права є акт людської поведінки. Тобто, можна говорити про збіг підстав виникнення охоронної функції, охоронного кримінально-правового відносина і ретроспективної кримінальної відповідальності. Їх єдиною підставою є факт вчинення діяння, який містить в собі всі ознаки складу злочину, яке передбачається Кримінальним кодексом.

Але незалежно від того, що було виділено дві самостійні підстави охоронної функції кримінального права, потрібно відмітити, що одне з них окремо не може бути першопричиною виникнення і розвитку даної функції кримінального права. Так, одна лише наявність санкційного комплексу як такого не може привести до виникнення охоронних правовідносин, в якому діє охоронна функція права, якщо хтось не вчине злочин, і навпаки, якщо хтось вчине суспільно небезпечне діяння, але при цьому будуть відсутні санкціоновані кримінально-правові приписи, ні про яку охоронну функцію кримінального права не може бути й мови.

Таким чином, підставою виникнення і розвитку охоронної функції кримінального права, якщо вважати її статичну стадію здійснення, можна вважати формальною і фактичною підставою в їх єдності, взаємодії і взаємозв'язку, і було б правильно говорити не про формальну і фактичну підставу, а про формально-фактичну підставу охоронної функції кримінального права України. Що ж стосується динаміки охоронної функції кримінального права, то крім формально-фактичної підстави її виникнення, необхідно виділити ще одну — процесуальну підставу, яка являє собою правозастосовчий акт, наприклад, постанова про порушення кримінальної справи, ухвала або вирок суду та інше.

Наступним елементом, який відображає сутність і зміст охоронної функції кримінального права, є її об'єкт, тобто те, на що направлений функціональний вплив.

Об'єкт (від пізньолат. *objectum* — предмет, від лат. *objicio* — кидаю вперед, протиставляю) — це те, що протистоїть суб'єкту в його пізнавальній діяльності, це те, що існує поза нами і незалежно від нашої свідомості, явище зовнішнього світу, матеріальної дійсності [12].

В теорії права загальновизнаним є положення, відповідно до якого об'єкт права, правового регулювання, правової охорони — це суспільні відносини, які урегульовані або охоронювані нормами права. При аналізі об'єкта охоронної функції кримінального права потрібно вияснити такі питання: як співвідносяться між собою категорії об'єкт кримінального права і об'єкт охоронної функції даної галузі; які суспільні відносини по своєму змісту утворюють об'єкт охоронної функції кримінального права.

В кримінально-правовій літературі найчастіше використовують дві категорії — об'єкт злочину і об'єкт кримінально-правової охорони. На наш погляд, незалежно від того, що під об'єктом кримінально-правової охорони можна розуміти сукупність об'єктів злочину, ці поняття рівнозначні і їх можна вживати як тотожні, тому що будь-який об'єкт кримінально-правової охорони під час посягання на нього, тобто в конкретному правовідношенні, стає об'єктом злочину.

Під об'єктом злочину ми розуміємо суспільні відносини, охорона яких здійснюється кримінально-правовими нормами і при порушенні яких можуть дійсно постраждати конкретні особи, блага цих осіб, соціально значимі цінності, але тільки лише як елементи конкретних суспільних відносин.

Об'єктом охоронної функції кримінального права виступають суспільні відносини, які виникають у зв'язку з вчиненням особою злочину і закінчуються з моменту погашення або зняття з особи судимості. Тобто, об'єкт охоронної функції — це охоронювані кримінально-правові відносини, правовідносини кримінальної відповідальності і покарання, а також інші правовідносини, які складаються в процесі реалізації приписів норм санкційного комплексу кримінального права.

Наслідки охоронного впливу можуть носити як правовий, так і соціальний характер. Наприклад, раніше, в період існування СРСР, самим радикальним наслідком впливу охоронної функції можна було вважати фізичну ліквідацію суб'єкта злочину (смертна кара). Найбільш типовим сучасним наслідком дії охоронної функції кримінального права виступають обмеження, які зв'язані з реалізацією політичних, майнових, особистих та інших прав і свобод злочинця. Засуджений втрачає можливість влаштуватися на роботу в правоохоронні органи або працювати на певних посадах по певній професії. Він (злочинець) може бути позбавлений пільг або соціального забезпечення у випадку застосування до нього покарання у вигляді позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу, на нього може бути накладено обов'язок відшкодувати матеріальну або моральну шкоду, що істотно обмежує матеріальні можливості винного. Також наслідки впливу охоронної функції кримінального права розповсюджуються не тільки на особу, яка вчинила злочин, але і на інших осіб, які зв'язані з винним в силу закону, споріднення, інших обставин.

### *Література*

1. Векленко С. В. Сущность, содержание и формы вины в уголовном праве // Правоведение. 2002. № 6. С. 127–131.
2. Липинский Д. А. Проблемы юридической ответственности / Д. А. Липинский. — Тольятти: ВУнт, 2002. — С. 87–88.
3. Смирнов В. Г. Функции советского уголовного права / В. Г. Смирнов. — Л., 1965. — 188 с.
4. Трофимова М. И. Функции юридической ответственности : дис. ... канд. юрид. наук / М. И. Трофимова. — Саратов, 2000. — С. 35–36.
5. Федоров С. Л. Понятие охранительной функции в уголовном праве, ее содержание и сущность // Вестник Волжского университета им. В.П. Татищева. — Тольятти, 2004. — Вып. 45. — С. 12–14.

6. Филимонов В. Д. Охранительная функция уголовного права / В. Д. Филимонов. — СПб. : Юрид. центр Пресс, 2003. — С. 27–29.
7. Философский энциклопедический словарь. — М., 1983. — 621 с.
8. Липинский Д. А. Структура функций юридической ответственности // Вестник ВУнт. Сер. «Юриспруденция». — Тольятти, 2003. — Вып. 27. — С. 21–25.
9. Уголовное право. Общая часть : учебник / [под ред. Н. И. Ветрова, Ю. И. Ляпунова]. — М., 1997. — С. 31–33.
10. Разгильдиев Б. Т. Задачи уголовного права Российской Федерации и их реализация / Б. Т. Разгильдиев. — Саратов, 1993. — С. 51–52.
11. Кондалов А. Н. Условное осуждения и механизмы его обеспечения / А. Н. Кондалов. — Тольятти : ВУиТ, 2000. — С. 18–19.
12. [http://mirslivarej.com/content\\_fil/FUNKCIJA-12037.html](http://mirslivarej.com/content_fil/FUNKCIJA-12037.html).

### Анотація

*Оцця А. С.* Сутність та зміст охоронної функції кримінального права. — Стаття.

Проводиться дослідження змісту і сутності охоронної функції кримінального права. На підставі проведеного аналізу досліджено, що таке зміст, сутність та, що їх складають формальні і фактичні підстави, об'єкт дії, юридичні і соціально значимі наслідки.

*Ключові слова:* кримінальне право, функції кримінального права, охоронна функція.

### Аннотация

*Оцця А. С.* Содержание и сущность охранительной функции уголовного права. — Статья.

Проводится исследование содержания и сущности охранительной функции уголовного права. На основании проведенного анализа было исследовано, что такое содержание, сущность и что их составляют формальные и фактические основания, объект воздействия, юридические и социально значимые последствия.

*Ключевые слова:* уголовное право, функции уголовного права, охранительная функция.

### Summary

*Otsyatsya A. S.* The Maintenance and Essence of Guarding Function of Criminal Law. — Article.

Capacity of criminal law protectional function is being researched. It is discovered on the basis of the conducted analysis, what maintenance makes formal and actual grounds, an object is influences, legal and socially meaningful consequences.

*Keywords:* criminal law, the function of criminal law, protective function.

УДК 343.224:347.19

*О. Л. Гуртовенко*

## ЩОДО ЗАПРОВАДЖЕННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ

У державах, де не запроваджено кримінальну відповідальність юридичних осіб, існує дискусія щодо доцільності її запровадження. Противники запровадження кримінальної відповідальності юридичних осіб часто не заперечують проти переваг запровадження такого інституту, а заперечують проти теоретичної (доктринальної) можливості запровадження кримінальної відповідальності юридичних осіб. Ось їх аргументи:

© О. Л. Гуртовенко, 2011

1) визначення суб'єкта злочину, які містяться у кримінальних кодексах, вказують на те, що суб'єктом злочину є тільки фізична особа;

2) умовою притягнення до кримінальної відповідальності є реалізація принципів особистої і винної відповідальності, згідно з якими суб'єктом злочину визнається тільки фізична особа і які фізично не можуть бути реалізовані стосовно юридичних осіб, оскільки юридична особа фізично не може мати таких характеристик, як осудність і вік (ознаки суб'єкта злочину), проголошених ще під час Великої французької революції, і юридична особа фізично не може характеризуватися виною (психічним ставленням до вчиненого, психічним станом). Юридична особа як така не має психіки. Отже, притягнення до кримінальної відповідальності юридичної особи суперечило би принципам особистої і винної відповідальності у кримінальному праві, що було би неприпустимим.

У цьому зв'язку виникають такі питання. Варто встановити, чи є наведене перешкодою для запровадження кримінальної відповідальності юридичних осіб, оскільки з існуванням психіки в кримінальному праві України пов'язується поняття вини і складу злочину в цілому, наявність психіки розглядається в кримінальному праві України як передумова досягнення цілей кримінального покарання. Іншими словами, згідно із радянським кримінальним правом без психіки немає вини, без вини немає відповідальності. І як дотриматися принципу ставлення у вину стосовно юридичних осіб? Тобто чи є можливим вчинення злочину юридичною особою (визнання такої особи суб'єктом злочину) і притягнення юридичної особи до кримінальної відповідальності і чи є зазначене потрібним, оскільки безпосередньо правопорушення в будь-якому випадку вчиняють фізичні особи? Крім того, до юридичної особи як такої серед передбачених Кримінальним кодексом України (далі — КК України) [1] покарань фізично можливо застосувати лише штраф.

У цьому зв'язку видаються корисними такі розмірковування. Юридична особа називається саме «юридичною» у зв'язку із тим, що така сутність, як юридична особа, є особою за законодавством (тобто лише через те, що вона визнана «особою» законодавством), а не за природою речей. Фізична особа називається фізичною, оскільки вона є сутністю із світу природи у природно-науковому сенсі слова (що приймається і віруючими, і атеїстами), фізична особа є особою, так би мовити, за фізикою. Тому її так і стали називати в різних мовах. Коли у людей виникла потреба у регулюванні питань, пов'язаних з об'єднанням людських ресурсів (майна, сил), люди побачили, що такі їх об'єднання виступають єдиними сутностями, а отже, мають спільні риси (певні суб'єктивні права, юридичні обов'язки, юридичну компетенцію) із такими єдиними сутностями, як фізичні особи. Тому особливих питань щодо назви (відповідного іменника) таких об'єднань не виникало. Їх за аналогією із фізичними особами для легкості сприйняття і зручності регулювання таких об'єднань також називали особами. Отже, юридична особа є особою, але створеною не природно, а (порівняно із процесами, внаслідок яких з'явилась людина) штучно, тобто людиною.

У зазначеному сенсі штучність юридичної особи означає, що юридична особа фізично створюється шляхом перетворення людиною природних речей. Таку сутність, як юридична особа, ознакою єдності, спорідненою із ознакою єдності фізичної особи, наділили, в першу чергу, людська уява, людське бачення зазначеної сутності. У цьому зв'язку характерною є одна з англomовних назв юридичної особи — *artificial person*, що в дослівному перекладі означає «штучна особа». Недивно, що таке загальне для всіх людей бачення закріпилося на рівні домовленості між людьми про те, що зазначені сутності також є особами, одним із тепер вже двох видів осіб. Зрозуміло також, що зазначену домовленість було закріплено у праві. Отже, етимологія слів «юридична особа» полягає в тому, що це особа за законодавством, за юриспруденцією. У цьому сенсі зазначена назва (термін, що позначає відповідні сутність і поняття) є аналогічною англomовним термінам «*brother-in-law*» (шурин, зять, дівер, свояк; тобто брат не за природою, а умовний брат за правом), «*sister-in-law*» (невістка, зовиця, своячка; тобто сестра не за природою, а умовна сестра за правом), «*mother-in-law*» (теща; тобто мати не за природою, а за правом).

Умовність юридичних осіб полягає в тому, що вони не існують самі для себе. Юридичні особи, які знаходяться у приватній власності, *de jure*, врешті-решт, існують для безпосередньої вигоди фізичних осіб, які є їх прямими або непрямыми учасниками, і вигоди фізичних осіб, на благо яких повинні використовуватися бюджетні кошти. Юридичні особи, які знаходяться у державній, комунальній власності, власності Автономної Республіки Крим, *de jure*, врешті-решт, існують для вигоди фізичних осіб, на благо яких повинні використовуватися бюджетні кошти.

У кінцевому підсумку суб'єктивні права, юридичні обов'язки, юридична компетенція юридичних осіб у знятому виді є суб'єктивними правами, юридичними обов'язками, юридичною компетенцією зазначених фізичних осіб, оскільки, врешті-решт, саме фізичні особи знаходяться на вершині «харчової піраміди» (ланцюгу), побудованої із використанням юридичних осіб. Тобто будь-яка юридична особа створюється як умовність (фікція) для зручності організації людської життєдіяльності.

Таким чином, юридична особа за своєю природою є умовною юридичною сутністю, юридичною фікцією. Юридичні фікції є прикладом застосування в юриспруденції конвенціонального методу (методу домовленостей), який, спрощено кажучи, полягає у формулі «як ми довільно для зручності домовимося, так воно і буде» або «як колись люди довільно для зручності домовилися, так воно і буде», оскільки ситуація дозволяє або вимагає певних умовностей, довільних домовленостей. В юриспруденції конвенціональний метод, зокрема юридичні фікції, відкриває для людини широкі можливості і застосовується напевно ширше, ніж в інших сферах людської діяльності, що викликано потребою у зручності, операційності юридичного регулювання суспільних відносин.

Оскільки юридична особа є в зазначеному сенсі умовністю, тобто якщо дивитися на речі в цілому, вона є умовністю значною мірою, то все її юридичне регулювання (цивільна правосуб'єктність, оподаткування, участь у корпора-

тивних правовідносинах та ін.) також в зазначеному сенсі є юридичною умовністю (що, звісно, не виключає того факту, що законодавство про юридичних осіб базується на природних джерелах права). Так, суб'єктом українського податку на прибуток підприємств, інших податків, які сплачують юридичні особи в будь-яких юрисдикціях, є відповідна юридична особа, хоча зрозуміло, що *de facto* носієм такого податку є фізичні особи — безпосередні або опосередковані засновники такої юридичної особи. У цьому зв'язку будь-яка юридична відповідальність юридичної особи, як публічно-правова, так і приватноправова, є юридичною умовністю. Це ж стосується і кримінальної відповідальності юридичної особи. Конвенціональний метод надає людині можливість робити те, що людина захоче для цілей зручності.

Будь-яке правопорушення (як публічно-правове, так і приватноправове) у будь-якому випадку *de facto* вчиняють фізичні особи. Тому визнання юридичної особи суб'єктом певних правопорушень є юридичною фікцією. Застосування конвенціонального методу надає принципову можливість визнання юридичної особи суб'єктом правопорушення. При цьому зрозуміло, що такі правопорушення *de facto* вчиняють фізичні особи (а *de jure* — юридичні особи), і юридична особа несе відповідальність (підлягає відповідальності) за вчинки таких фізичних осіб. У цьому зв'язку немає якихось особливостей в тій чи іншій галузі законодавства. Тобто те, що злочин в будь-якому випадку *de facto* вчиняє фізична особа, не є перешкодою для встановлення кримінальної відповідальності юридичної особи. Така сутність як юридична особа є юридичною умовністю, яку запроваджено для підвищення зручності організації життєдіяльності людини.

Зрозуміло, що юридична особа як така не має психіки в тому значенні, в якому її має людина. Але це не є перешкодою для встановлення юридичної відповідальності юридичних осіб, оскільки не є перешкодою для існування такого поняття як «вина юридичної особи». При цьому під виною юридичної особи розуміється вина відповідних фізичних осіб. Законодавство передбачає приватноправову відповідальність юридичних осіб нарівні із приватноправовою відповідальністю фізичних осіб. При цьому не виникає жодних питань щодо того, як можна запроваджувати приватноправову відповідальність юридичних осіб, які, на відміну від фізичних осіб, не мають психіки, з існуванням якої у приватному праві України пов'язується поняття вини фізичної особи. Навпаки, приватне право передбачає поняття вини юридичної особи. Більше того, законодавство України передбачає господарську публічну відповідальність юридичних осіб. При цьому не виникає жодних теоретичних сумнівів щодо можливості встановлення такої відповідальності. Так само, як не виникає їх в тих державах, де запроваджено кримінальну відповідальність юридичних осіб.

Ясно, що у випадку встановлення винної кримінальної відповідальності юридичних осіб в Україні виною юридичної особи буде визнаватись вина фізичної особи, яка *de facto* вчинила відповідне правопорушення, в той час як *de jure* його суб'єктом буде визнаватись відповідна юридична особа.

Необхідність запровадження таких характеристик суб'єкту правопорушення як осудність і вік стосується тільки фізичних осіб. У цивільному праві також передбачено такі характеристики суб'єкту правопорушення, але, зрозуміло, стосовно фізичних осіб. І це не заважає запроваджувати цивільно-правову відповідальність юридичних осіб.

Так, юридична особа як така не має психіки, але це не заважало і не могло завадити законодавцю запровадити право юридичної особи на відшкодування завданої їй моральної шкоди. Відповідно до рішень Європейського суду з прав людини у «Справі компанії Комінгерсол С. А. проти Португалії» від 6 квітня 2000 р. та у «Справі «Совтрансавто-Холдинг» проти України» від 2 жовтня 2003 р. стан незручності і невизначеності, в тому числі у плануванні рішень, спричинений компанією, її директорам, власникам, а також тривога і неприємності, які відчувають члени керівних органів товариства, зумовлюють завдання моральної шкоди саме юридичній особі і можливість компенсації моральної шкоди на користь юридичної особи.

Зазначені ідеї Великої французької революції було спрямовано не проти кримінальної відповідальності юридичних осіб, а проти кримінальної відповідальності фізичних осіб безвідносно зазначених ознак і кримінальної відповідальності тварин, неживих об'єктів.

Що стосується аргументу, згідно з яким визначення суб'єкта злочину, які містяться у кримінальних кодексах, вказують на те, що суб'єктом злочину є тільки фізична особа, то такі законодавчі положення не є певними скріжальями, написане на яких заборонено змінювати і доповнювати. Відповідні положення кримінальних кодексів відображають те, що є (сферу суцього), а не те, що повинно бути (сферу належного).

Отже, є підстави вважати, що зазначених теоретичних перешкод для визнання юридичної особи суб'єктом злочину і притягнення юридичної особи до кримінальної відповідальності немає. Суспільство має всі теоретичні передумови, щоб на законодавчому рівні досягти домовленості про встановлення кримінальної відповідальності юридичних осіб.

Тому залишається лише питання про доцільність таких змін у кримінальному законодавстві. Видається, що зазначена доцільність існує, що підтверджується зокрема такими висновками.

Стосовно пропозиції запровадити кримінальну відповідальність юридичних осіб можуть виникнути такі запитання:

1) чому до відповідальності повинна притягатися юридична особа, а не та фізична особа (фізичні особи), яка (які) *de facto* є суб'єктом (суб'єктами) правопорушення?

Існують різні причини того, чому до відповідальності повинна притягатися юридична особа, а не та фізична особа, яка *de facto* є суб'єктом правопорушення. Наприклад, нерідко мають місце ситуації, коли участь у вчиненні злочину особи, яка є підбурювачем до його вчинення і одержувачем переважної більшості вигоди від такого злочину, довести досить важко, що на практиці спокушає правоохоронні і судові органи поставитися пасивно до такого доведення. Крім



того, нерідко мають місце ситуації, в яких притягнення до кримінальної відповідальності фізичної особи, яка *de facto* є суб'єктом правопорушення, спричиняє більше шкоди, ніж користі, тоді як притягнення в таких ситуаціях до кримінальної відповідальності не фізичної, а юридичної особи спричинило би більше користі, ніж шкоди (спричинення в таких ситуаціях тільки користі автором заперечується, оскільки автор висловлює світоглядну позицію, згідно з якою будь-яка сутність має позитивний і негативний боки; якщо притягнення в таких ситуаціях до кримінальної відповідальності не фізичної, а юридичної особи спричинило би також більше шкоди, ніж користі, але різниця між ними була би меншою, ніж за умов притягнення до кримінальної відповідальності фізичної особи, або спричинило би рівні користь і шкоду, то в таких ситуаціях взагалі не потрібно притягнення до кримінальної відповідальності, що адресується законодавцю). Також нерідко мають місце ситуації, в яких притягнення до кримінальної відповідальності як фізичної особи, яка *de facto* є суб'єктом правопорушення, так і (як альтернатива) юридичної особи, спричиняє більше користі, ніж шкоди, але при цьому при притягненні до кримінальної відповідальності юридичної особи різниця між користю і шкодою є більшою порівняно із притягненням до кримінальної відповідальності фізичної особи.

Зазначені переваги введення кримінальної відповідальності юридичних осіб зручно продемонструвати на прикладі такого злочину як ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів (ст. 212 КК України), коли підбурювачем до його вчинення і одержувачем всієї або майже всієї вигоди від нього є фізична особа — учасник юридичної особи — суб'єкту оподаткування. Згідно із ст. 212 КК України суб'єктом зазначеного злочину щодо податків, суб'єктом оподаткування стосовно яких є юридична особа, виступає службова особа такої юридичної особи. В ситуації, яка розглядається, в одному випадку виконавець злочину (службова особа) жодного зиску (долі) від «заощаджених» коштів не має, тобто не отримує до зумовленої законними трудовими обов'язками заробітної плати «надбавку» за такі злочинні послуги. В іншому випадку виконавець отримує «надбавку», яка є мізерною порівняно із сумою відповідного ухилення від сплати податків, за «ризик». В першому випадку єдине, що штовхає виконавця на вчинення такого злочину, це бажання утриматися на робочому місці, потреба годувати сім'ю. Тай у другому випадку далеко не завжди виконавець більше радіє такій «надбавці», ніж засмучується ситуації, в якій він опинився. Все відбувається за простим принципом, який виходить від учасника юридичної особи і адресується відповідній службовій особі: «хочеш мати роботу і, відповідно, заробіток — займайся ухиленням від сплати податків».

Встановити наявність такого психічного насильства важко. Те, що відповідна службова особа не планувала взяти собі і не взяла собі «заощаджені» кошти, є непрямым доказом наявності у неї співучасників. Але в умовах, коли питома вага ірраціоналізму в юриспруденції у пострадянських державах є величезною, хіба можна бути впевненим, що правоохоронні органи і суд перейматимуться нелогічністю того, чому відповідна службова особа не планувала

взяти собі і не взяла собі «заощаджені» кошти, якщо у неї не було співучасників? Звісно, ні. Навіть якщо застосування відповідного психічного насильства буде встановлено, відповідній службовій особі важко буде обґрунтувати те, що у зв'язку із наявністю обставини, яка виключає злочинність діяння, її вчинок не є злочином, що пояснюється таким.

В такій ситуації ухилення від сплати податків, вчинене службовою особою, згідно із ст. ст. 39 і 40 КК України не буде злочином у зв'язку із ситуацією психічного насильства (примусу) у виді крайньої необхідності за наявності таких двох умов: 1) небезпеку, яка загрожує відповідній службовій особі, вона не могла усунути засобами, відмінними від вчинення ухилення від сплати податків (наприклад, таким засобом як пошук іншої роботи); 2) шкода, заподіяна ухиленням від сплати податків, є меншою за шкоду, яка мала би місце у випадку втрати відповідною службовою особою заробітку, або дорівнює такій шкоді.

Розглянемо першу умову. Відповідна службова особа має справу із загрозою втрати заробітку. В контексті загрози втрати заробітку ймовірність існування аналізованої умови є не дуже великою: нерідко існує фактична можливість усунути зазначену загрозу втрати заробітку шляхом влаштування на іншу роботу (тут службовій особі не позаздриш: під наявність зазначеної фактичної можливості підпадає наявність фактичної можливості влаштуватися на роботу і в іншій місцевості). Щоправда, зазначена небезпека не обмежується загрозою втрати заробітку, оскільки із втратою роботи відповідна особа може втратити місце роботи, яке подобається (добрі умови роботи, перспективу професійного і кар'єрного росту і т. ін.), роботу за улюбленою професією, на отримання якої було витрачено зусилля, час і гроші, місце проживання, яке подобається особі, стосунки (соціальні зв'язки) і т. ін. Усунути такі загрози засобами, відмінними від вчинення ухилення від сплати податків, може бути непросто. Таким чином, під небезпекою тут необхідно розуміти всі загрози.

Якщо же фактичної можливості усунути небезпеку (загрозу хоча би одному із благ) зазначеними чином не існує, то необхідно переходити до розгляду другої умови. Складність ситуації арифметичного порівняння суми несплачених податків і суми збереженого заробітку для відповідної службової особи в Україні може полягати в тому, що її офіційна («біла») заробітна плата є значно меншою за фактичну («білу» і «сіру» разом) заробітну плату. Втім, не можна обмежуватися арифметичним порівнянням суми несплачених податків і суми збереженого заробітку, оскільки несплата, наприклад, мільйону гривень податків для бюджету і споживачів бюджетних коштів може бути менш відчутною, ніж втрата службовою особою заробітку для такої службової особи, її родичів і близьких. Що же стосується порівняння, з одного боку, шкоди від несплати податків і, з іншого боку, шкоди у виді втратити місце роботи, яке подобається, роботи за улюбленою професією, місця проживання, яке подобається особі, стосунків і т. ін., то таке порівняння може бути складним, що робить положення відповідної службової особи у такій справі нелегким. Зрозуміло, що в аналізованих ситуаціях нерідко заподіяна шкода є більшою за відвернену шкоду.

За умов відсутності обставини, що виключає злочинність діяння, як і за умов перевищення меж крайньої необхідності відповідній службовій особі *de jure* не залишається нічого, окрім як понести кримінальну відповідальність. При цьому згідно із КК України така ситуація психічного насильства має значення лише обставини, яка пом'якшує покарання (п. 5) ч. 1 ст. 66 КК України — вчинення злочину під впливом погрози, примусу або матеріальну, службову чи іншу залежність). Якщо же наявність такого психічного насильства не буде доведено, то сподівання службової особи на те, що обставину, яка скільки-небудь серйозно пом'якшує покарання, буде побачено у поясненні «учасник юридичної особи не казав мені займатися ухиленням від сплати податків, але я думав, що він цього бажає (за умовчанням)», можуть викликати лише іронію і сумну посмішку.

Оскільки встановити участь у вчиненні злочину учасника юридичної особи (підбурювача) досить важко, то особи, які є ідеологами зазначеного злочину і одержувачами всієї або майже всієї незаконної вигоди (хай і невдалими), уникають покарання, в той час як особи, які не від доброго життя підкоряються волі прапедавців, притягаються до кримінальної відповідальності. Зазначене є несправедливим.

Виправити таке положення справ може запровадження кримінальної відповідальності за ухилення від сплати податків, суб'єктом яких є юридична особа, саме (тільки) юридичних осіб. Це принесе користь зазначеним службовим особам, які перестануть бути заручними складної ситуації. Це також принесе користь зазначеним підбурювачам, які замість того, щоб перебувати під загрозою кримінальної відповідальності (а отже, під загрозою позбавлення або погіршення можливості керувати своїм бізнесом, створюючи робочі місця і поповнюючи бюджети), зазнають негативних для себе наслідків шляхом притягнення до відповідальності їх юридичної особи. Що же стосується випадків, коли правопорушення вчиняється тільки учасником юридичної особи (скажімо, коли стосовно службової особи застосовується непереборний примус), то є така думка: якщо реалізація кримінальної відповідальності до юридичної приведе (як мінімум) до такого самого ефекту щодо цілей покарання, як і реалізація кримінальної відповідальності до фізичної особи, то доцільніше не вдаватися до безпосереднього кримінального впливу на фізичну особу.

Якщо ж порівнювати ефективність покарань, які може бути застосовано до фізичної особи, і ефективність покарань, які може бути застосовано до юридичної особи, то можна побачити ситуації, в яких покарання, властиве для юридичної особи, досягатиме цілей покарання більш ефективно, ніж покарання, властиве для фізичної особи;

2) якщо правопорушення вчинено не тією особою, яку переважно зачепить покарання, то чому невинувата особа повинна нести тягар відповідальності, відчувати пов'язані із цим незручності? Наприклад, якщо ухилення від сплати податків, суб'єктом яких є юридична особа, вчинене службовою особою з власної ініціативи на свою користь, чому тягар відповідальності і пов'язані із цим незручності повинні нести учасники такої юридичної особи, їх родичі

і близькі особи? Але правопорушення, виконавцем якого *de facto* є службова особа юридичної особи, згідно із законодавством може тягнути відповідальність (яку можна називати господарською, фінансовою, адміністративною — тут байдуже, як її називати) юридичної особи, і це спричиняє незручності учасникам юридичної особи, їх родичам і близьким особам. І це правильно, це не викликає запитань. Справа в тому, що запроваджувати відповідальність, зокрема кримінальну, юридичних осіб, як і будь-яку юридичну відповідальність, треба так, щоб це тягло за собою більше користі, ніж шкоди.

Запроваджувати кримінальну відповідальність юридичних осіб треба за правопорушення, за які повинна існувати публічно-правова відповідальність і за які при цьому застосовувати публічно-правову відповідальність (які би то не було покарання) до фізичної особи є необґрунтованим або менш обґрунтованим, ніж до юридичної особи. У цьому зв'язку щодо кримінальної відповідальності за ухилення від сплати податків, вчинене службовою особою юридичної особи самостійно (не у співучасті із учасником юридичної особи), є така думка. Якщо кримінальну відповідальність за певне правопорушення застосовувати не до службової особи, а до юридичної особи, то це більшою мірою спонукатиме учасників юридичних осіб слідкувати за поведінкою службових осіб, ніж у випадку застосування кримінальної відповідальності до службової особи. Що ж стосується такої службової особи, то відповідний обвинувальний вирок завдасть їй такої репутаційної шкоди, що не треба ніякої кримінальної відповідальності;

3) чому відповідні санкції стосовно юридичних осіб треба передбачати у кримінальному законодавстві, а не залишити їх у межах інших галузей законодавства, чому не обмежитися лише господарською відповідальністю юридичних осіб за вчинення відповідних правопорушень? На це можна дати таку відповідь.

Перевага кримінальної відповідальності юридичних осіб над ідентичною господарською відповідальністю кримінальних осіб полягає в тому, що законодавство про оперативно-розшукову діяльність і кримінально-процесуальне законодавство надають більш потужні засоби для збирання інформації щодо правопорушень, ніж інше процесуальне законодавство.

Крім того, вчинення юридичною особою господарського правопорушення, як правило, не засуджується мораллю і не сприймається як щось аморальне тими, хто його вчинює, в той час як надання такому правопорушенню юридичної природи злочину зробить його аморальним, що буде додатково сприяти протидії таким правопорушенням.

Зрозуміло, що мова не йде про тотальну криміналізацію правопорушень, вчинених юридичними особами, про якийсь надмірно широкий перелік злочинів, суб'єктом яких необхідно визнати юридичну особу. Це можуть бути, наприклад, певні злочини у сфері господарської діяльності юридичної особи, екологічні злочини. Що ж стосується покарань, які можуть застосовуватись до юридичної особи, то це можуть бути штраф і санкції, які в законодавстві України зараз мають статус адміністративно-господарських (наприклад, призу-

пинення дії ліцензії). Підлягає обговоренню встановлення видів покарань, які мають позитивне емоційне забарвлення для суспільства і багатьох окремих фізичних осіб, зокрема проведення юридичною особою заходів з охорони довкілля на рівні, який є вищим за обов'язковий законодавчо передбачений мінімум, підвищення заробітної плати найманих працівників і т. ін.

Зрозуміло також, що кримінальну відповідальність юридичних осіб буде спрямовано, врешті-решт, на фізичних осіб, кримінальна відповідальність юридичних осіб негативно зачіпатиме в кінцевому підсумку фізичних осіб, тобто тягар покарання на собі відчують засновники юридичної особи.

З огляду на викладене видається, що запровадження кримінальної відповідальності юридичних осіб є виправданим. Між кримінальною відповідальністю фізичної особи і кримінальною відповідальністю юридичної особи повинен існувати баланс. При запровадженні кримінальної відповідальності юридичних осіб треба вирішувати, в яких ситуаціях передбачати за відповідне правопорушення кримінальну відповідальність тільки юридичної особи, а в яких — як юридичної особи, так і фізичної особи, яка *de facto* вчинила відповідне правопорушення.

### Література

1. Кримінальний кодекс України : Закон України від 5 квіт. 2001 р. // Офіційний вісник України. — 2001. — № 21. — Ст. 920.

### Анотація

*Гуртовенко О. Л.* Щодо запровадження кримінальної відповідальності юридичних осіб. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду запровадження кримінальної відповідальності юридичних осіб. Робиться висновок про те, що така сутність, як юридична особа, є юридичною умовністю, яку запроваджено для підвищення зручності організації життєдіяльності людини. Тому не існує доктринальних перешкод для запровадження кримінальної відповідальності юридичних осіб.

*Ключові слова:* юридична умовність, кримінальна відповідальність юридичних осіб.

### Аннотация

*Гуртовенко О. Л.* О введении уголовной ответственности юридических лиц. — Статья.

В статье рассматривается введение уголовной ответственности юридических лиц. Делается вывод о том, что такая сущность, как юридическое лицо, является юридической условностью, которая введена для повышения удобства организации жизнедеятельности человека. Поэтому не существует доктринальных препятствий для введения уголовной ответственности юридических лиц.

*Ключевые слова:* юридическая условность, уголовная ответственность юридических лиц.

### Summary

*Gurtovenko O. L.* On the Introduction of Corporate Criminal Liability. — Article.

The article is devoted to the introduction of corporate criminal liability. It is concluded that such an entity as legal entity is a legal convention, which was introduced to enhance the convenience of organization of human life. So there are no doctrinal obstacles for the introduction of corporate criminal liability.

*Keywords:* legal convention, corporate criminal liability.

**ВИНИКНЕННЯ ТА РОЗВИТОК ПОКАРАНЬ,  
ПОВ'ЯЗАНИХ З ВИПРАВНО-ТРУДОВИМ ВПЛИВОМ,  
ЩО ЗАСТОСОВУВАЛИСЯ ДО НЕПОВНОЛІТНІХ З ХХ СТОЛІТТЯ**

**Постановка проблеми.** При розгляді проблем еволюції покарань, пов'язаних з виправно-трудовим впливом, що застосовуються до неповнолітніх з ХХ ст., слід з'ясувати, які саме види покарань застосовувалися до неповнолітніх злочинців з ХХ ст. та коли в кримінальному законодавстві одержало реалізацію положення про поєднання карального й виправно-трудоного впливу при покаранні неповнолітніх злочинців.

**Актуальність проблеми.** В світлі проблем, пов'язаних із застосуванням покарань до неповнолітніх, для досягнення цілей покарання постає питання про поєднання покарання з виправно-трудовим впливом до такої категорії осіб, тому не викликає сумніву актуальність дослідження всіх аспектів проблеми покарань, пов'язаних з виправно-трудовим впливом, у тому числі — історичного.

**Ступінь наукової розробки проблеми.** Проблеми покарання неповнолітніх постійно привертали увагу вітчизняних і зарубіжних юристів і практичних працівників. Серед них варто виділити роботи З. А. Астемірова, М. М. Бабаєва, Л. В. Багрій-Шахматова, А. М. Бандурки, М. І. Бажанова, І. М. Гальперіна, В. О. Глушкова, В. К. Грищука, Н. О. Гуторової, Т. А. Денисової, Г. В. Дровосекова, В. М. Дрьоміна, Г. І. Забрянського, І. І. Карпеця, В. О. Меркулової, Г. М. Миньковського, Н. А. Мирошніченко, В. О. Навроцького, О. Є. Наташева, І. С. Ноя, В. Ф. Пірожкова, А. Х. Степанюка, М. О. Стручкова, В. М. Трубникова, А. П. Тузова, М. Д. Шаргородського, М. І. Хавронюка, Н. С. Юзікової та інших видатних вчених та практиків. На сучасному етапі окремі аспекти покарань, пов'язаних із виправно-трудовим впливом, досліджувалися в кандидатських дисертаціях І. Г. Богатирьовим, В. М. Бурдіним, І. А. Вартильською, Т. О. Гончар, Т. І. Іванюк, В. А. Львовчкіним, В. Г. Павленком, О. С. Яцунюк та ін.

Проте комплексного дослідження виникнення та розвитку покарань, пов'язаних із виправно-трудовим впливом, що застосовуються до неповнолітніх, з ХХ ст. не здійснювалося.

Наведені обставини зумовили вибір теми дослідження, її актуальність і науково-практичне значення.

**Метою статті є висвітлення ключових моментів дослідження генезису покарань, пов'язаних з виправно-трудовим впливом, що застосовуються до неповнолітніх, з ХХ ст.**

**Виклад основного матеріалу.** Новим етапом правового регулювання покарання неповнолітніх злочинців стало прийняття Кримінального уложення 1903 р., в якому визначався тільки один тип закладів відбування покарання неповнолітніми — це виховно-виправні установи [1, 49].

«Положення про виховно-виправні заклади» [2, 275–280] стало першим правовим актом в історії вітчизняного кримінально-виконавчого права, де було врегульовано питання порядку й умов виконання й відбування позбавлення волі неповнолітніми особами. Положення поширювало свою дію на всю пенітенціарну систему. Основною метою виправно-виховних закладів було моральне виправлення утриманців, підготовка їх до чесного й трудового життя. Ця мета досягалася організацією їх релігійно-морального, розумового й фізичного розвитку на основі загальної освіти, а також вивченням практичних професій, що давали б їм можливість здобувати кошти для існування власною працею. У виховно-виправні установи направлялися неповнолітні у віці від 10 до 17 років: 1) визнані винними у вчиненні будь-якого злочинного діяння — відповідно до вироку або ухвали суду; 2) обвинувачувані й підсудні, стосовно яких є необхідність ув'язнення під варту як запобіжного заходу — за постановою відповідних слідчих і судових органів; 3) які не мають певного місця проживання, безпритульні — згідно з постановами комітетів, правлінь або відповідних товариств, що відали виховно-виправними закладами; 4) які віддавалися для виправлення батьками — за узгодженням з адміністрацією виховно-виправних закладів. За даними П. І. Люблінського, у Російській імперії в 1910–1915 рр. у середньому щорічно через в'язниці проходило близько 7 тис. неповнолітніх і близько 8400 — через арештні будинки, тоді як середня кількість осіб, які проходили через виправні заклади за той же період, становила близько 4300. При цьому близько 6–7 % неповнолітніх, що утримувалися у в'язницях, становили особи, які не досягли 14-річного віку. Для арештних будинків цей показник становив близько 11–14 %. Досить характерним було й те, що значна кількість неповнолітніх злочинців утримувалася спільно з дорослими ув'язненими [3, 46; 4, 37]. На жаль, закономірністю в пенітенціарній системі був вкрай незадовільний стан реалізації основних засобів виправно-трудового впливу.

Розглядаючи систему виправно-виховних закладів для неповнолітніх злочинців, варто згадати й установи, створені Товариством патронату над неповнолітніми. Іноді у ці заклади, як і в місця відбування покарання, поміщали осіб за рішенням судів для неповнолітніх. Неповнолітні, які вийшли з місць ув'язнення, жили й працювали тут по декілька років. Внутрішній розпорядок життя, система виховання були аналогічними існуючим у виправних закладах.

Крім того, згідно зі ст. 137-1 Уложення про покарання кримінальні та виправні, у місцевості, де не було зазначених виховно-виправних закладів, для неповнолітніх або у випадку відсутності вільних приміщень, могли бути віддані для виправлення неповнолітні у віці від 10 до 18 років, визнані судом як такі, що вчинили злочин «без розуміння», на строк, визначений судом, але не більше, ніж до досягнення ними 18-річного віку у монастир їхнього віросповідання, якщо в місці провадження у справі такі монастирі були і якщо за правилами, для них установленими, у них не заборонено було проживання сторонніх осіб [5, 469–653].

Аналогічна ситуація мала місце і в Кримінальному уложенні 1903 р., де, зокрема, зазначалося, що неповнолітні віком від 10 до 17 років при неможливості поміщення їх у виховно-виправні заклади, направляються у спеціально пристосовані приміщення при тюрмах і арештних домах, а неповнолітні жіночої статі — в монастирі їхнього віросповідання тощо [1, 12–14].

Розглядаючи покарання, пов'язані з виправно-трудовим впливом, необхідно вказати на громадські роботи, які з'явилися у другій половині XIX ст. Варто відразу обмовитися, що громадські роботи не були включені до переліку покарань, передбачених Уложением про покарання кримінальні та виправні і Уставом про покарання, що накладаються мировими судьями. У відповідності до ст. 85 Уложения й ст. 8 Уставу, селяни й міщани, які не могли виплатити грошову пеню, могли бути передані для виконання суспільно корисних робіт (така ж заміна допускалася й для осіб привілейованих станів, але лише за їхньою згодою). Громадські роботи призначалися за малозначні злочини й виконувалися у відносно короткий термін. Конкретний вид громадських робіт визначався сільською громадою, тобто органом місцевого самоврядування. Кримінально-правова література не зберегла відомостей про особливості й практику застосування громадських робіт до неповнолітнього. На підставі наявних матеріалів можливо лише зі значною часткою впевненості припустити, що таке застосування не мало масового характеру — як стосовно дорослих, так і, тим більше, неповнолітніх. Існували певні теоретичні міркування, що приводилися на користь розширення практики застосування громадських робіт [6, 192].

Характеризуючи кримінальне законодавство того часу, слід указати на такі позитивні моменти, пов'язані з диференціацією кримінальної відповідальності та індивідуалізацією покарання неповнолітніх, як: реалізація більш гуманного ставлення до неповнолітніх злочинців, що знайшло своє вираження в заміні більш суворих покарань менш суворими при вчиненні ідентичних злочинів неповнолітніми; наявність верхньої та нижньої межі санкції кримінально-правової норми, що давало можливість судді виважено підійти до питання індивідуалізації покарання певних осіб [1, 13, 161–162]; закріплення в законодавчому порядку виховно-виправних установ для відбування покарання неповнолітніми засудженими.

Разом із тим необхідно зазначити, що хоча Кримінальне уложення 1903 р. зробило певний крок уперед у розвитку правового регулювання кримінальної відповідальності та покарання неповнолітніх, направлення певної частини неповнолітніх засуджених у загальні місця ув'язнення слід охарактеризувати як невирішення проблеми у повному обсязі.

Новий етап у розвитку системи покарань, пов'язаних із виправно-трудовим впливом, настав після Жовтневої революції 1917 р. Із перших днів Радянської влади законодавство, що регламентувало відповідальність неповнолітніх, проголосило пріоритет попереджувальних і виховних мір над заходами кримінально-правового впливу. Уперше було зроблено спробу скасувати підсудність загальним судам та тюремне ув'язнення неповнолітніх.



Першим законодавчим актом, що проголосив нові принципи боротьби зі злочинністю неповнолітніх, став Декрет РНК РРФСР від 14 січня 1918 р. «Про комісії для неповнолітніх» [7, 21], який виключав кримінальну відповідальність осіб до 17 років, що призвело до звільнення із в'язниць та інших місць ув'язнення всіх неповнолітніх, які утримувалися в них, і спрямування державної політики у сфері кримінальної відповідальності неповнолітніх на міри виховного й попереджувального характеру. Справи неповнолітніх у віці до 17 років, які вчинили суспільно небезпечні діяння, підлягали розгляду в комісіях. Більше того, всі справи осіб цієї вікової групи, які на той час перебували у провадженні будь-яких судів, а також закінчилися засудженням цієї особи, підлягали перегляду зазначеними комісіями. Відповідно до Декрету всіх неповнолітніх, які утримувалися у в'язницях і арештних будинках, було звільнено. Всі збережені на той час виправно-виховні притулки й колонії було передано у відання Народного комісаріату державної зневаги (перейменованого незабаром у Наркомат соціального забезпечення), у складі якого було засновано спеціальний відділ зневаги неповнолітніх.

Що ж стосується злочинців у віці від 17 років і більше, засуджених до позбавлення волі, то Інструкцією Народного комісаріату юстиції від 23 липня 1918 р. «Про позбавлення волі, як міри покарання, і про порядок відбування такого» [8, 30–32] передбачалося створення для їхнього утримання реформаторіїв і землеробських колоній.

Відмова від кримінального переслідування неповнолітніх у перші роки радянської влади пояснювалася тим, що основними причинами злочинності були масова безпритульність і злиденність дітей. Однак ці радикальні міри при всій своїй гуманності й широті очікуваного результату не принесли. З одного боку, тисячі дітей на величезній території країни були врятовані від митарства по судах і в'язницях, з іншого — повна відмова від кримінальної відповідальності неповнолітніх призвела до значного зростання злочинності серед них. Неповнолітні, які характеризувалися великою соціальною занедбаністю, потрапляючи до загальних дитячих будинків, негативно впливали на своїх однокласників. Почуття безвідповідальності призводило до частих порушень дисципліни, втеч, нових правопорушень. Та й Комісаріат суспільної зневаги (Наркомат соціального забезпечення) за своїм характером виявився малопридатним для організації виправлення неповнолітніх [3, 227].

Через зазначені причини незабаром поступово намітилася тенденція відмови від принципу відсутності кримінальної відповідальності неповнолітніх і до передачі їхніх справ у судові органи з наданням останнім права застосовувати й міри покарання. «Керівні засади з кримінального права РРФСР», прийняті 12 грудня 1919 р. у ст. 13 установили, що неповнолітні до 14 років не підлягають суду й покаранню, до них застосовуються лише виховні міри. Такі ж міри повинні були застосовуватися до осіб перехідного віку — 14–18 років, які діяли «без розуміння» [9, 57–60]. Таким чином, до кримінального законодавства вносилися істотні зміни, які полягали в тому, що справи про злочини неповнолітніх, що діяли «з розумінням», підлягали розгляду в судах у загаль-

ному порядку із правом застосування заходів покарання. Вирішення питання про наявність у діях винного «розуміння» було покладено на комісії у справах неповнолітніх.

Декретом РНК РРФСР від 4 березня 1920 р. «Про справи неповнолітніх, обвинувачуваних у суспільно небезпечних діях» передбачалося звуження сфери застосування медико-педагогічних заходів [10, 67]. У ньому, зокрема, говорилося про те, що у випадку неможливості застосування до неповнолітніх заходів медико-педагогічного впливу справи передавалися до народного суду для вирішення питання про покарання винного. З огляду на те, що в Декреті нічого не говорилося про те, справи по яких саме суспільно небезпечних діяннях неповнолітніх слід було передавати в суд, які конкретно міри медико-педагогічного характеру могли застосовувати до неповнолітніх, комісії, трьома зацікавленими відомствами («Наркомпросом», «Наркомздравом» і «Наркомюстом») 19 червня 1920 р. було видано «Інструкцію комісіям у справах неповнолітніх» [11, 75–76], у якій говорилося, що передачі народному судді підлягають справи про посягання на людське життя, заподіяння тяжких ран і каліцтв, зґвалтування, грабежі, розбої, підпали, підробки грошових знаків і документів, хабарництво, великі розкрадання і спекуляцію. У цілому аналогічні положення містив і Декрет РНК УСРР від 12 червня 1920 р. «Про відповідальність неповнолітніх» [12, 177–178], що, за деякими незначними виключеннями, дублював відповідний декрет РРФСР.

Починаючи з 1922 р., на зміну декретам приходить кодифіковане законодавство. Згідно зі ст. 11 Кримінального кодексу УСРР 1922 р. покарання не застосовувалося до малолітнього злочинця, який не досяг 14 років, а також до неповнолітніх у віці від 14 до 16 років, якщо стосовно останніх Комісією у справах неповнолітніх буде визнано за можливе обмежитися заходами медико-педагогічного впливу [13, 11]. Стаття 32 КК УСРР 1922 р. передбачала два види покарань, пов'язаних із виправно-трудовим впливом: позбавлення волі (п. «б») і примусові роботи без утримання під вартою (п. «в») [13, 14]. Позбавлення волі могло бути призначене на строк від одного місяця до десяти років (ст. 34), примусові роботи без утримання під вартою могли бути призначені на строк від 7 днів до 1 року і поділялися на: а) роботи зі спеціальності, при яких засуджений продовжував працювати за своєю професією зі зниженням за тарифним розрядом, з обов'язковими понаднормовими роботами і з переведенням в іншу установу або іншу місцевість і б) роботи некваліфікованої фізичної праці (ст. 35).

Інструкцією НКЮ від 19 грудня 1917 р. «Про революційний трибунал, його склад, справи, що підлягають його віданню, покараннях, які накладаються ним і про порядок ведення його засідань» [14, 19–20] було введено виправні роботи як міра покарання. Ця інструкція називала виправні роботи обов'язковими суспільними роботами, однак ні про строки таких робіт, ні про форми їхнього відбування ніяких вказівок не містила. Вирішення цих питань покладалося на розсуд судів. Вказівка на виправні роботи як на одну з мір кримінальної репресії було закріплено в ряді наступних законодавчих

актів [15, 127-129]. Керівні засади з кримінального права РРФСР, де вперше було систематизовано основні положення радянського кримінального права, у числі інших мір покарання вказували на виправні роботи без тримання під вартою. У зв'язку з наведеним необхідно зазначити, що хоча Кримінальний кодекс і передбачав можливість застосування до неповнолітніх примусових робіт, на практиці їх використання мало досить обмежений характер, причиною чому були, насамперед, економічні фактори — розруха й масове безробіття, що істотно знижували репресивне й виховне значення виправних робіт як виду покарання.

У 1923 р. КК УСРР доповнився, зокрема, ст. ст. 18-1 і 18-2, відповідно до яких покарання, що призначалося неповнолітнім у віці від 14 до 16 років, підлягало обов'язковому зменшенню на половину проти найвищої із встановлених відповідними статтями межі, а неповнолітнім у віці від 16 до 18 років — на одну третину [13]. Прийнятий Постановою ВЦВК УСРР від 8 червня 1927 р. і введений у дію з 1 липня 1927 р. новий Кримінальний кодекс УСРР, відмовившись від самого терміна «покарання», ввів нову кримінально-правову категорію — «міри соціального захисту», серед яких виокремлюються міри соціального захисту судово-виправного характеру. Стаття 21 КК УСРР 1927 р. до переліку заходів соціального захисту судово-виправного характеру, пов'язаних із виправно-трудовим впливом, відносила, як і попередній кримінальний кодекс, позбавлення волі (із суворою ізоляцією або без такої) і примусові роботи без позбавлення волі. У порівнянні з колишнім КК, було знижено мінімальний строк позбавлення волі — від одного дня до десяти років (ст. 27). Примусові роботи без позбавлення волі могли бути призначені на строк від одного дня до одного року і, як і раніше, поділялися на: а) роботи зі спеціальності, при яких засуджений продовжував працювати за своєю професією, і б) роботи некваліфікованої фізичної праці (ст. 28 КК УСРР) [16, 19–20].

Що стосується найбільш педагогічно занедбаних неповнолітніх, які засуджувалися до позбавлення волі, то їх із початку 20-х років за рішенням суду стали тримати у так званих трудових будинках. В Україні правове регулювання діяльності трудових будинків мало деякі особливості. Насамперед, у п. 6 арт. 25 Виправно-трудового кодексу УСРР видом виправно-трудових установ названо трудові будинки (реформаторіуми) для неповнолітніх правопорушників [17]. Відповідно до п. 6 арт. 26 ПТК УСРР у реформаторіуми для неповнолітніх правопорушників направлялися неповнолітні у віці від 14 до 18 років, засуджені судом до позбавлення волі й комісіями у справах неповнолітніх правопорушників, а також підслідні у тому ж віці [18, 48, 51].

У системі установ, що займалися виконанням покарань стосовно неповнолітніх, особливе місце займали трудові комуни Об'єднаного Державного Політичного Управління (ОДПУ). Всі вони були створені в порядку експерименту, прямо не передбаченого законом, і були призначені для найбільш важких із педагогічної точки зору категорій неповнолітніх правопорушників, а також молодих людей у віці від 16 до 21 року, а саме, для рецидивістів-професіоналів зі злочинним минулим, з багаторазовими приводами й судимостя-

ми, а також тих, хто не раз перебував у місцях позбавлення волі. Трудові комуні ОДПУ втілили у своїй роботі досить своєрідний і цікавий досвід виправлення й перевиховання найбільш важковиховуваних молодих рецидивістів, які мали стійкі кримінальні традиції та зв'язки, що підтримували із злочинним середовищем. Ця своєрідність полягала, насамперед, у тому, що їхня робота не була пов'язана ніякими юридичними рамками вироків і постанов. Молоді рецидивісти у віці від 16 до 21 року набиралися в комуні із місць позбавлення волі незалежно від строків покарання. Досить характерним було те, що прийом до комун ОДПУ відбувався на основі цілковитої добровільності. Тільки бажуючі потрапити до комуні могли бути прийняті в її члени. При цьому прийом до комуні залежав від верховного органу самоврядування членів комуні — їхніх загальних зборів. Члени комуні, які довели протягом не менше трьох років своє повне виправлення й перевиховання, могли клопотати про зняття судимості [19, 241].

Постанова ЦВК і РНК СРСР від 7 квітня 1935 р. «Про міри боротьби зі злочинністю серед неповнолітніх» [20, 381–382] істотно змінила законодавство про відповідальність неповнолітніх. Був різко знижений вік (до 12 років) кримінальної відповідальності неповнолітніх із застосуванням до них «всіх заходів покарання» за здійснення крадіжок, заподіяння насильства, тілесних ушкоджень, каліцтва, убивства або спроби вбивства. Основним засобом боротьби зі злочинністю неповнолітніх стали заходи судово-виправного характеру й, у першу чергу, — позбавлення волі. У правовому положенні неповнолітні практично прирівнювалися до дорослих злочинців.

Постановою РНК СРСР і ЦК ВКП(б) від 31 травня 1935 р. «Про ліквідацію дитячої безпритульності й безнаглядності» [21, 383–384] у системі НКВС СРСР було створено такі установи для неповнолітніх: ізолятори як місця попереднього ув'язнення, трудові колонії як місця виконання позбавлення волі і приймальники-розподільники. Строк утримання неповнолітнього у трудовій колонії не завжди залежав від строку позбавлення волі, призначеного вирокіом. Перебування в колонії визначалося не тільки строками покарання за вирокіом, але й фактичним досягненням мети перевиховання та навчання його певної робочої спеціальності. Тому практикувалося залишення неповнолітніх у колонії доти, доки вони не будуть підготовлені до самостійного трудового життя й не виникне впевненості, що вони не повернуться на злочинний шлях.

У наступні роки з'явилася нова серія указів, спрямованих на жорсткість кримінальної відповідальності неповнолітніх і розширення сфери застосування позбавлення волі (Укази Президії Верховної Ради СРСР «Про кримінальну відповідальність неповнолітніх за дії, що можуть викликати аварії потягів» від 10 грудня 1940 р. [22, 409], «Про відповідальність учнів ремісничих, залізничних училищ і шкіл ФЗУ за порушення дисципліни й за самовільне залишення училища (школи)» від 28 грудня 1940 р. [23, 410], «Про перехід на 8-годинний робочий день, на 7-денний робочий тиждень і про заборону самовільного залишення робітниками та службовцями підприємств і установ» від 26 червня 1940 р. [24, 405].

25 грудня 1958 р. Верховна Рада СРСР прийняла Основи кримінального законодавства Союзу РСР та союзних республік [25], а 28 грудня 1960 р. відповідно до них було затверджено новий Кримінальний кодекс УРСР [26], який набрав чинності з 1 квітня 1961 р. Кримінальний кодекс 1960 р., як і раніше діючий, передбачав два види покарань, пов'язаних із виправно-трудовим впливом, які могли бути застосовані до неповнолітніх — позбавлення волі й виправні роботи без позбавлення волі. При цьому відповідно до ч. 2 ст. 25 КК УРСР особам, які не досягли на момент вчинення злочину 18-річного віку, строк позбавлення волі не міг перевищувати десяти років. Виправні роботи у відповідності до ст. 29 КК могли бути призначені на строк від двох місяців до одного року (пізніше — до двох років) і відбувалися згідно з вироком суду або за місцем роботи засудженого, або в інших місцях, обумовлених органами, що віддали застосуванням виправних робіт, але в районі проживання засудженого.

11 липня 1969 р. Верховною Радою СРСР було прийнято Основи виправно-трудового законодавства Союзу РСР і союзних республік [27], а потім — 23 грудня 1970 р. — Верховною Радою УРСР — Виправно-трудовий кодекс УРСР [28]. В історії вітчизняного законодавства Основи були першим основним законом із питань виконання покарань. В Основах і Виправно-трудовому кодексі були істотно перероблені норми колишнього ВТК та інших нормативно-правових актів, прийнятих у 20–60-ті рр. У ВТК УРСР відбування певних видів покарань обов'язково поєднувалося з виправно-трудовим впливом.

У 1991 р. в Основах кримінального законодавства Союзу РСР та союзних республік [29] було закріплено окремий розділ, присвячений особливостям кримінальної відповідальності неповнолітніх та, як відомо, вони не вступили в законну силу. Чинний КК України, прийнятий 5 квітня 2001 р., вперше закріпив розділ «Особливості кримінальної відповідальності та покарання неповнолітніх» [30].

Як уже зазначалося, покараннями, пов'язаними з виправно-трудовим впливом, що застосовуються до неповнолітніх, згідно з чинним КК України є: громадські та виправні роботи, позбавлення волі на певний строк. Слід зазначити, що покарання у виді громадських робіт у чинному КК України вперше в історії розвитку кримінального законодавства знайшло своє закріплення та правове унормування.

**Висновки.** В якості загального висновку зазначимо, що генезис правового регулювання покарань неповнолітніх злочинців свідчить про стійку тенденцію до все більшої диференціації кримінальної відповідальності неповнолітніх, особливо в частині покарань, пов'язаних з виправно-трудовим впливом — появи, поряд з позбавленням волі на певний строк, громадських і виправних робіт; обґрунтоване надання в доктрині кримінального та кримінально-виконавчого права меті виправлення неповнолітніх засуджених першочергового значення; визнання суспільно-корисної праці, соціально-виховної роботи, загальноосвітнього та професійно-технічного навчання тощо, тобто виправно-трудового впливу, основними засобами виправлення засуджених. Провідними тенденціями генезису покарань неповнолітніх, пов'язаних із виправно-трудовим

впливом в радянський період та період незалежності України були: відмова від кримінальної відповідальності та покарання неповнолітніх злочинців у перші роки радянської влади, що призвело до низки негативних наслідків, зокрема, значного підвищення рівня злочинності неповнолітніх; поступова відмова від принципу непритягнення неповнолітніх злочинців до кримінальної відповідальності та здійснення правової регламентації в кодифікованому законодавстві питань кримінальної відповідальності та покарання неповнолітніх з ухилом на застосування виправно-трудового впливу; посилення кримінальної репресії стосовно неповнолітніх, засуджених в період Великої Вітчизняної війни та повоєнні роки; сформування у кримінальному законодавстві України трьох видів покарань, пов'язаних із виправно-трудоим впливом, що застосовуються до неповнолітніх — громадських та виправних робіт, позбавлення волі на певний строк, що стало закономірним результатом диференціації кримінальної відповідальності та процесу гуманізації покарання неповнолітніх злочинців.

В зв'язку з наведеним, з певною часткою імовірності, можна спрогнозувати появу як нових покарань, пов'язаних з виправно-трудоим впливом, що застосовуються до неповнолітніх, так і модернізацію вже існуючих в напрямку поєднання з виправно-трудоим впливом.

### Література

1. Есипов В. В. Уголовное уложение 1903 года, его характер и содержание / В. В. Есипов. — Варшава : Тип. Варшав. учеб. округа, 1903. — 175 с.
2. Положение о воспитательно-исправительных заведениях для несовершеннолетних // Свод законов Российской империи. — С.Пб., 1903. — Т. XIV. — С. 275–280.
3. Любимский П. И. Борьба с преступностью в детском и юношеском возрасте (социально-правовые очерки) / П. И. Любимский. — М. : Главлит, 1923. — 302 с.
4. Куфасев В. И. Юные правонарушители / В. И. Куфасев. — М. : Новая Москва, 1924. — 239 с.
5. Уложение о наказаниях уголовных и исправительных. Издание 1885 года // Свод законов Российской империи : в 16 т. С.Пб., 1890. Т. XIV. 268 с.
6. Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Часть общая : лекции. В 2 т. Т. 2 / Н. С. Таганцев. Тула : Автограф, 2001. 686 с. (Юридическое наследие. XX век).
7. О комиссиях для несовершеннолетних : Декрет СНК от 14 января 1918 г. (СУ № 16) (извлечение) // Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР (1917–1952 гг.) / под ред. И. Т. Голякова. — М., 1953. — С. 21.
8. О лишении свободы, как меры наказания, и о порядке отбывания такового : инструкция НКЮ от 23 июля 1918 г. // Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР (1917–1952 гг.) / под ред. И. Т. Голякова. — М., 1953. — С. 30–32.
9. Руководящие начала по уголовному праву РСФСР 1919 года // Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР (1917–1952 гг.) / под ред. И. Т. Голякова. М., 1953. С. 57–60.
10. О делах несовершеннолетних, обвиняемых в общественно-опасных деяниях : Декрет СНК от 4 марта 1920 г. (СУ № 13) (извлечение) // Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР (1917–1952 гг.) / под ред. И. Т. Голякова. М., 1953. С. 67.
11. Инструкция комиссиям по делам о несовершеннолетних : Постановления НКП, НКЗ и НКЮ от 19 июня 1920 г. (извлечение) // Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР (1917–1952 гг.) / под ред. И. Т. Голякова. — М., 1953. — С. 75–76.
12. Борьба с преступностью в Украинской ССР. В 2 т. Т. 1. (1917–1925). — К. : ВШ МООН УССР, 1966. — 454 с.
13. Уголовный кодекс УССР (с изм. и доп. по 1 января 1924 г.). — Х. : Юрид. изд-во Наркомюста УССР, 1925. — 104 с.
14. О революционном трибунале, его составе, делах, подлежащих его ведению, падаемых им наказаниях и о порядке ведения его заседаний : Инструкция НКЮ от 19 декабря 1917 г.

- (извлечение) // Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР (1917–1952 гг.) / под ред. И. Т. Голякова. — М., 1953. — С. 19–20.
15. История советского уголовного права / [А. А. Герцензон, П. С. Грипгауз, П. Д. Дурманов и др.] — М. : Юрид. изд-во Мин-ва Юстиции СССР, 1948. — 466 с.
16. Уголовный кодекс УССР : в ред. 1927 г. — 3-е изд., офиц. — Х. : Юрид. изд-во ПКЮ УССР, 1927. — 135 с.
17. Поправно-трудовой кодекс. Исправительно-трудовой кодекс. — Вінниця : Вид-во Поправно-трудового відділу НКВС УСРР, 1926. — 146 с.
18. Паше-Озерский Н. Н. Исправительно-трудовой кодекс УССР : текст и постатейный комментарий / Н. Н. Паше-Озерский. — Х., 1928. — 192 с.
19. Утевский Б. С. Советская исправительно-трудовая политика : учеб. для правовых вузов и юрид. курсов / Б. С. Утевский. — М. : Сов. законодательство, 1934. — 256 с.
20. О мерах борьбы с преступностью среди несовершеннолетних : постановление ЦИК и СНК СССР от 7 апр. 1935 г. // Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР (1917–1952 гг.) / под ред. И. Т. Голякова. — М., 1953. — С. 381–382.
21. О ликвидации детской беспризорности и безнадзорности : постановление СНК СССР и ЦК ВКП(б) от 31 мая 1935 г. (извлечение) // Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР (1917–1952 гг.) / под ред. И. Т. Голякова. — М., 1953. — С. 383–384.
22. Об уголовной ответственности несовершеннолетних за действия, могущие вызвать крушение поездов : указ Президиума Верховного Совета СССР от 10 дек. 1940 г. // Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР (1917–1952 гг.) / под ред. И. Т. Голякова. — М., 1953. — С. 409–410.
23. Об ответственности учащихся ремесленных, железнодорожных училищ и школ ФЗО за нарушение дисциплины и за самовольный уход из училища (школы) : указ Президиума Верховного Совета СССР от 28 дек. 1940 г. // Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР (1917–1952 гг.) / под ред. И. Т. Голякова. — М., 1953. — С. 410–411.
24. О переходе на 8-часовой рабочий день, на 7-дневную рабочую неделю и о запрещении самовольного ухода рабочих и служащих предприятий и учреждений : указ Президиума Верховного Совета СССР от 26 июня 1940 г. (извлечение) // Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР (1917–1952 гг.) / под ред. И. Т. Голякова. — М., 1953. — С. 405–406.
25. Основы уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик : Закон СССР от 25 дек. 1958 г. // Ведомости Верховного Совета СССР. — 1959. — № 1. — Ст. 6.
26. Уголовный кодекс Украинской ССР : Закон Украинской ССР от 28 дек. 1960 г. // Ведомости Верховного Совета Украины. — 1961. — № 2. — Ст. 14.
27. Основы исправительно-трудового законодательства Союза ССР и союзных республик. — М. : Юрид. лит., 1970. — 39 с.
28. Виправно-трудовий кодекс Української РСР. — К. : Політвидав України, 1971 — 84 с.
29. Основы уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик 1991 года // Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. — 1991. — № 30. — Ст. 862.
30. Кримінальний кодекс України : Закон від 5 квіт. 2001 р. № 2341-П // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 25–26. — Ст. 131.

### Анотація

**Березовська П. Л.** Виникнення і розвиток покарань, пов'язаних з виправно-трудовим впливом, що застосовувались до неповнолітніх з ХХ століття. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду законодавчих джерел та наукової літератури щодо моменту виникнення та розвитку покарань, пов'язаних з виправно-трудовим впливом, з ХХ століття. Зроблено висновок, що генезис правового регулювання покарань неповнолітніх злочинців свідчить про стійку тенденцію до все більшої диференціації кримінальної відповідальності неповнолітніх, особливо в частині покарань, пов'язаних з виправно-трудовим впливом — появи, поряд з позбавленням волі на певний строк, громадських і виправних робіт; обґрунтоване надання в доктрині кримінального та кримінально-виконавчого права меті виправлення неповнолітніх засуджених першочергового значення; визнання суспільно-корисної праці, соціально-виховної роботи, загальноосвітнього та професійно-технічного навчання тощо, тобто виправно-трудового впливу, основними засобами виправлення засуджених.

**Ключові слова:** неповнолітні, види покарань, виправно-трудовий вплив.

## Аннотація

*Березовская Н. Л.* Возникновение и развитие наказаний, связанных с исправительно-трудовым воздействием, применяемых к несовершеннолетним с XX века. — Статья.

Статья посвящена рассмотрению законодательных источников и научной литературы относительно момента возникновения и развития наказаний, связанных с исправительно-трудовым воздействием, с XX века. Сделан вывод, что генезис правового регулирования наказаний несовершеннолетних преступников свидетельствует об устойчивой тенденции к все большей дифференциации уголовной ответственности несовершеннолетних, особенно в части наказаний, связанных с исправительно-трудовым воздействием — появления, наряду с лишением свободы на определенный срок, общественных и исправительных работ; обоснованное приращение в доктрине уголовного и уголовно-исполнительного права исправлению несовершеннолетних осужденных первостепенного значения; признание общественно-полезного труда, социально-воспитательной работы, общеобразовательного и профессионально-технического обучения и т.д., т.е. исправительно-трудового воздействия, основными средствами исправления осужденных.

*Ключевые слова:* несовершеннолетние, виды наказаний, исправительно-трудовое воздействие.

## Summary

*Berezovskaya N. L.* Origin and Development of Punishments Related to the Influence of Corrective Labor, Used to the Minors to the Twentieth Century. — Article.

This article examines legislative sources and scholarly literature on the inception and development of the penalties associated with correctional labor influence in the twentieth century. It was concluded that the genesis of the legal regulation of penalties for juveniles shows a stable trend of increasing differentiation of criminal liability of minors, especially in the penalties associated with the influence of corrective labor — appearance, along with imprisonment for a specified period, public works and correctional, grounded in the doctrine of criminal and criminal law enforcement objective correction of juvenile offenders paramount importance, recognition of socially useful labor, social and educational work, general and vocational education, etc., that corrective labor influence, the main means of correction inmates.

*Keywords:* minors, penalties, corrective labor influence.

УДК 343.163:343.811-053.6

О. О. Храпенко

**ПРАВОВІ ТА ОРГАНІЗАЦІЙНІ ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ  
ПРОКУРОРСЬКОГО НАГЛЯДУ ЗА ДОТРИМАННЯМ ПРАВ  
НЕПОВНОЛІТНІХ, ЩО ПЕРЕБУВАЮТЬ У ВИХОВНИХ КОЛОНІЯХ**

Нагляд за виконанням законів в органах та установах, що виконують покарання, історично виділився в якості самостійної конституційної функції органів прокуратури (п. 4 ст. 121 Конституції України). На сьогодні саме при реалізації цього напрямку діяльності органів прокуратури найяскравіше розкривається правозахисний потенціал прокуратури, оскільки завдяки йому є можливість реально забезпечити дотримання прав і законних інтересів неповнолітніх, засуджених до позбавлення волі. При цьому слід виходити із ст. 50 Кримінального виконавчого кодексу України, якою встановлено що «покарання має на меті не тільки кару, а й виправлення засуджених, а також запобігання вчиненню нових злочинів як засудженими, так і іншими особами. Покаран-

© О. О. Храпенко, 2011



ня не має на меті завдати фізичних страждань або принизити людську гідність» (ч. 2 та 3).

Пристосувавши положення ст. 44 Закону «Про прокуратуру» до нашого дослідження, можна зазначити, що предметом нагляду за дотриманням прав неповнолітніх, позбавлених волі на певний строк, є додержання законності під час перебування неповнолітніх в установах виконання покарань (виховних колоніях), додержання встановленого кримінально-виконавчим законодавством порядку та умов тримання або відбування покарання неповнолітніми у цих установах, їх прав і виконання ними своїх обов'язків.

Дослідженню питань здійснення прокурорського нагляду за дотриманням прав неповнолітніх, які перебувають у виховних колоніях, присвячено досить значну кількість наукових праць таких вчених, як Г. Г. Ахметзянова [1, 195–206], А. В. Єрмаков [2], Н. Н. Ільїна [3], М. В. Косюта [4, 172–181], М. І. Копетюк [5], В. В. Панкратов [6] та інших. Ці питання також розкриваються і в методичній [7] та навчальній літературі [8; 9]. У той же час питання реалізації прокурорського нагляду за дотриманням прав неповнолітніх, які перебувають в місцях позбавлення волі, останнім часом не отримували свого комплексного дослідження в науковій літературі. Потребує подальшої розробки проблема вирішення низки організаційно-правових питань здійснення прокурорського нагляду за дотриманням прав неповнолітніх, що перебувають у виховних колоніях, що і є метою цієї статті. Новизна роботи полягає в пропозиціях щодо удосконалення організації прокурорського нагляду в означеній сфері.

Нагляд за дотриманням прав і свобод позбавлених волі на певний строк відносно неповнолітніх має свої особливості, що знаходять віддзеркалення в його організації. Ці особливості частково зафіксовані в міжнародному праві, зокрема в Правилах ООН, що стосуються захисту прав і свобод неповнолітніх, позбавлених волі.

Зокрема, в Мінімальних стандартних правилах Організації Об'єднаних Націй, що стосуються здійснення правосуддя відносно неповнолітніх (Пекінські правила) від 29 жовтня 1985 р. [10] відзначено, що «неповнолітнім у виправних установах повинні забезпечуватися догляд, захист і вся необхідна допомога — соціальна, психологічна, медична, фізична, а також допомога у сфері освіти і професійної підготовки, — які їм можуть знадобитися з врахуванням їх віку, статі і особи, а також інтересів їх повноцінного розвитку» (п. 26.2 Правил). В розвиток цих положень в Правилах ООН, що стосуються захисту неповнолітніх, позбавлених волі, прийнятих 14 грудня 1990 р. [11], відзначено, що «позбавлення волі повинно здійснюватися в умовах і обставинах, що забезпечують дотримання прав неповнолітніх. Слід гарантувати здійснення на користь неповнолітніх, які тримаються у виправних установах, ефективних заходів і програм, які послужили б тому, щоб підтримувати їх здоров'я і самоповагу, виховувати у них відчуття відповідальності і заохочувати формування таких поглядів і навиків, які допомогли б їм розвивати свої можливості в якості члена суспільства.

Неповнолітнім, позбавленим свободи, не можна відмовляти через їх статус в громадянських, економічних, політичних, соціальних або культурних правах, якими вони володіють відповідно до внутрідержавного або міжнародного права і здійснення яких сумісно з позбавленням волі» (п. 12–13 Правил).

На національному рівні нагляд за дотриманням прав і свобод неповнолітніх, засуджених до покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк, виходить із загальних засад здійснення нагляду за дотриманням законів у кримінально-виконавчих установах. На це вказує той факт, до нагляду за дотриманням законів у виховних колоніях окремо не виділений ні в Конституції України (п. 4 ст. 121), ні в Законі України «Про прокуратуру» (ст. 44). Окремі положення містяться лише в наказі Генерального прокурора України «Про організацію прокурорського нагляду 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» від 26 грудня 2005 р. № 7гн [12].

Прокурорський нагляд над кримінально-виконавчою системою набуває особливого значення при виконанні покарань щодо неповнолітніх, коли їх духовний і фізичний розвиток ще не завершений. На думку експертів, якраз у цій сфері є усі можливості для забезпечення прав та інтересів неповнолітніх правопорушників, пов'язані з їх ефективною ресоціалізацією, не лише не використовуються, а й часто порушуються [13]. У цьому напрямку й може реалізовуватись правозахисний потенціал сучасної української прокуратури.

Проте на сьогодні, на жаль, для усіх органів прокуратури при здійсненні нагляду за дотриманням законів в місцях позбавлення волі, майже відсутні організаційні заходи, що виокремлювали діяльність прокуратури щодо здійснення нагляду за виховними колоніями. На цей напрямок діяльності поширюються матеріали загального характеру із нагляду за дотриманням законів за установами, що виконують покарання у вигляді позбавлення волі. І це є у цьому разі головною проблемою. Показовим тут є вищезгаданий наказ № 7 від 26 грудня 2005 р., який містить лише декілька пунктів щодо здійснення нагляду за дотриманням законів у виховних колоніях, що навряд чи можна визнати задовільним. Досить цікавим є також дослідження російського вченого А. В. Єрмакова, який підкреслює, що у ході проведеного ним експертного опитування 92,2 % опитаних прокурорів, що спеціалізуються на напрямку нагляду за законністю виконання покарань чи раніше мали службовий досвід у цій сфері, підтвердили, що у своїй роботі вони, в основному, використовують (використовували) єдину методику нагляду за установами для дорослих і для неповнолітніх засуджених. Відмінності в їхній практиці мали місце не часто, і пов'язані вони були з конкретними дорученнями керівництва або плановими завданнями. При цьому майже 80 % респондентів відзначили, що необхідність у нових методах і формах нагляду відносно виховних колоній існує, і вони готові застосовувати такі у своїй діяльності, за умов наявності відповідних методичних рекомендацій [2, 145]. Вважаємо, що вказане цілком стосується і вітчизняних реалій, а отже, на наш погляд, є доцільним на першому етапі розробити окре-

мий наказ Генерального прокурора України «Про організацію прокурорського нагляду за додержанням законів у виховних колоніях» (назва умовна), на другому етапі — виробити на основі досить значного вітчизняного досвіду методичні рекомендації із здійснення прокурорського нагляду за дотриманням законів у виховних колоніях з урахуванням оновленого кримінально-виконавчого законодавства та проголошеного курсу на максимальну реалізацію правозахисного потенціалу прокуратури.

Зважаючи на важливість реалізації цього напрямку діяльності, слід обов'язково зупинитись також на організаційних аспектах його здійснення та виробити пропозиції з вдосконалення організації прокурорського нагляду за дотриманням законодавства у виховних колоніях, що в кінцевому рахунку забезпечить запобігання порушенням прав неповнолітніх або дозволить своєчасно усунути допущені порушення.

На сьогодні в Україні в структурі Державної кримінально-виконавчої служби функціонує одинадцять спеціальних виховних установ: Ковельська виховна колонія (м. Ковель Волинської області), Маріупольська виховна колонія (м. Маріуполь Донецької області), Мелітопольська виховна колонія (м. Мелітополь Запорізької області), Перевальська виховна колонія (с. Селезнівка Перевальського району Луганської області), Самбірська виховна колонія (м. Самбір Львівської області), Кременчуцька виховна колонія (м. Кременчук Полтавської області), Дубенська виховна колонія (м. Дубно Рівненської області), Бережанська виховна колонія (м. Бережани Тернопільської області), Павлоградська виховна колонія (м. Павлоград Дніпропетровської області), Курязька виховна колонія (с. Подвірки Дергачівського району Харківської області) та Прилуцька виховна колонія (м. Прилуки Чернігівської області).

Відповідно до згаданого наказу № 7 здійснення нагляду за дотриманням законів у виховних колоніях покладається на прокуратури з нагляду за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, що діють на правах міжрайонних прокуратур. Вони утворені у переважній більшості областей, де функціонують виховні колонії, окрім Волинської та Чернігівської областей. У тих же областях, де відповідні спеціалізовані прокуратури відсутні, здійснення нагляду за дотриманням прав неповнолітніх покладається на територіальні прокуратури (п. 8 наказу № 7).

Наступною ланкою є обласні прокуратури, яким підпорядковані прокуратури з нагляду за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах та територіальні районні прокуратури, що здійснюють досліджувану конституційну функцію. Окрім того, в апараті прокуратур цієї ланки функціонують відділи нагляду за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах та інших примусових заходів прокуратур, на які покладено організацію наглядової та іншої прокурорської діяльності підпорядкованих прокурорів щодо забезпечення дотримання законодавства у виховних колоніях.

Найвищою ланкою в організації нагляду за дотриманням прав і свобод неповнолітніх в місцях позбавлення волі є Генеральна прокуратура України,

очолована Генеральним прокурором України. Її організаційна роль розкривається, по-перше, в тому, що в її складі створено Управління нагляду за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах та інших примусових заходів, що включає відділ нагляду за додержанням законів при виконанні кримінальних покарань [14] (зважаючи на місце у прокурорській системі Управління має змогу узагальнювати наглядову практику в означеній сфері, рекомендувати листи про поширення позитивного досвіду за запровадження, готувати різного роду методичні рекомендації). По-друге, роль найвищої ланки розкривається в діяльності її керівника — Генерального прокурора України, який наділений цілим комплексом повноважень: 1) має право створювати відповідні спеціалізовані прокуратури із нагляду за додержанням законів при виконанні кримінальних покарань; 2) має право призначати керівників органів прокуратури; 3) наділений правом видавати накази, що є обов'язковими для виконання всіма працівниками органів прокуратури, в тому числі і щодо організації наглядової діяльності щодо забезпечення прав і свобод неповнолітніх у виховних колоніях тощо.

В той же час хотілось би звернути увагу на окремі проблеми з реалізації нагляду за дотриманням прав неповнолітніх у виправних колоніях. Зважаючи на переважно організаційну роль Генеральної прокуратури та прокуратур обласного рівня, їх територіальна віддаленість від виховних колоній принципового значення не має. Проте таке твердження, на нашу думку, не стосується прокуратур з нагляду за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, що безпосередньо здійснюють наглядову діяльність. Але з реалізацією вимоги щодо територіальної наближеності відповідних спеціалізованих прокуратур ситуацію є дещо ускладненою. Зокрема, у Донецькій області створено дві прокуратури із нагляду за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах. Виховна колонія знаходиться у м. Маріуполь, проте одна спеціалізована прокуратура знаходиться в Горлівці (відстань до Маріуполя складає 165 км), інша — в Донецьку (відстань до Маріуполя — 110 км). Аналогічною є ситуація у Запорізькій області, де виховна колонія знаходиться в Мелітополі, проте відповідна спеціалізована прокуратура знаходиться в Запоріжжі (відстань до Мелітополя — 116 км), у Полтавській області — виховна колонія знаходиться у м. Кременчук, проте відповідна спеціалізована прокуратура знаходиться в м. Полтава (відстань до м. Кременчук складає близько 112 км), у Львівській області — виховна колонія знаходиться у м. Самбір, проте відповідна спеціалізована прокуратура знаходиться в м. Львів (відстань до м. Самбора — близько 77 км). Набагато кращою є ситуація у Луганській області — відстань від прокуратури (м. Алчевськ) до виховної колонії (с. Селезнівка) — близько 40 км, у Рівненській області — відстань від прокуратури (м. Рівне) до виховної колонії (м. Дубно) — близько 46 км, у Тернопільській області — відстань від прокуратури (м. Тернопіль) до виховної колонії (м. Березжани) — близько 57 км. Найкраще у територіальному відношенні розташована Курязька виховна колонія (с. Подвірки Дергачівського району), яка знаходиться всього в 17 км від відповідної спеціалізованої прокуратури (м. Харків).

Просте порівняння територіальної віддаленості виховних колоній від відповідних прокуратур в різних регіонах України показує, що реалізація наглядової діяльності в означеній сфері може бути різною за ефективністю. І дійсно, за умов знаходження наглядового об'єкта на відстані понад сто кілометрів на практиці досить важко забезпечити своєчасне поновлення порушених прав неповнолітніх у виховних колоніях, наприклад, вчасно припинити незаконне розпорядження адміністрації колонії, скасувати незаконне накладення дисциплінарного стягнення на неповнолітнього тощо.

З метою підвищення оперативності та ефективності наглядової діяльності у цьому разі можна запропонувати розподіл нагляду між районною та відповідною спеціалізованою прокуратурою. Наприклад, на районні прокуратури покласти обов'язок проводити особистий прийом неповнолітніх, що перебувають у виховних колоніях, а також перевіряти дотримання адміністрацією прав неповнолітніх звертатись із заявами і скаргами до будь-яких органів, установ, організацій та посадових осіб, встановивши періодичність проведення таких заходів, наприклад, двічі на місяць та закріпивши обов'язок про результати діяльності повідомляти відповідні спеціалізовані прокуратури та галуzeвий відділ прокуратури області. За прокуратурами із нагляду за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах у цьому разі доцільно, вважаємо, залишити проведення комплексних перевірок у виховних колоніях. Такий розподіл можливий лише за умов забезпечення тісної взаємодії та обміну інформацією між територіальною та спеціалізованою прокуратурою.

Окрім того, на наш погляд, потребують вдосконалення окремі положення вищезгаданого наказу № 7.

Зокрема, потребує нормативного закріплення вимога щодо закріплення необхідності постійного нагляду за законністю актів, що видаються адміністрацією кримінально-виконавчої установи. Показовим у цьому разі може стати аналогічне положення п. 7 наказу Генерального прокурора РФ «Про вдосконалення прокурорського нагляду за дотриманням законів при виконанні кримінальних покарань та в слідчих ізоляторах» від 26 лютого 1997 р. № 8 [15], яким було передбачено не лише здійснення нагляду за законністю актів адміністрації, а й містилась вимога щодо негайного опротестування незаконних розпоряджень та постанов.

Викликає також певне занепокоєння положення п. 10 наказу № 7, яким передбачається проведення комплексних перевірок в установах виконання покарань, зокрема і в виховних колоніях, один раз у півріччя. Зважаючи на широке коло правовідносин, що складаються при відбуванні неповнолітнім покарання у вигляді позбавлення волі, вважаємо, що цей термін є надто великим. Для порівняння можна навести положення нині чинного наказу Генерального прокурора РФ «Про організацію нагляду за виконанням законів адміністраціями органів та установ, що виконують кримінальні покарання, слідчих ізоляторів при триманні під вартою підозрюваних та обвинувачених у вчиненні злочинів» від 30 січня 2007 р. № 19 (Д) [16], в якому проведення перевірок у виправних закладах наказано проводити не рідше ніж раз на місяць,

а в закладах, що розташовані у важкодоступних місцях, — не рідше ніж раз у квартал (п. 2).

Окрім того, на основі аналізу вищезгаданих наказів Генерального прокурора РФ, вважаємо за доцільне також доповнити чинний наказ № 7 пунктом такого змісту: «При взаємодії з Академією Генеральної прокуратури України забезпечити своєчасну підготовку та направлення на місця необхідних документів інформаційно-методичного та аналітичного характеру з питань здійснення нагляду за дотриманням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян».

Реалізація вказаних організаційно-правових заходів із вдосконалення прокурорського нагляду в означеній сфері має сприяти максимальному забезпеченню прав неповнолітніх в місцях позбавлення волі. Це в кінцевому рахунку має забезпечити виключно відбуття покарання неповнолітнім, визначеного в судовому рішенні, максимально не завдаючи шкоди його фізичному та психічному здоров'ю.

### Література

1. Прокурорський надзор по делам несовершеннолетних / редкол.: Г. М. Миньковский (отв. ред.), Н. А. Гуськов, А. И. Долгова. — М.: Юрид. лит., 1977. — 208 с.
2. Ермаков А. В. Организация прокурорского надзора в сфере защиты прав несовершеннолетних: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11/ А. В. Ермаков; Акад. управления М-ва внутр. дел РФ. — М., 2007. — 183 с.
3. Ильина Н. Н. Повышение эффективности прокурорского надзора за законностью и условиями содержания осужденных в воспитательно-трудовых колониях // Предупреждение правонарушений несовершеннолетних: материалы Всесоюз. совещ.-семинара работников органов прокуратуры. — М., 1977. — С. 172–176.
4. Косюта М. В. Прокурорська система України в умовах демократичного суспільства: монографія / М. В. Косюта. — О.: Юрид. л-ра, 2002. — 376 с.
5. Копетюк М. І. Прокурорський нагляд за дотриманням законодавства щодо неповнолітніх: монографія / М. І. Копетюк. — Луцьк: РВВ «Вежа», 2006. — 154 с.
6. Панкратов В. В. Информационно-аналитическая работа прокуратур районного звена — важное средство совершенствования надзора за исполнением законов о несовершеннолетних / В. В. Панкратов // Интернет-журнал Ассоциации юристов Приморья «Закоп» (21.10.99) [Электронный ресурс] — Режим доступа: [http://law.vl.ru/analit/show\\_a.php?id=248&pub\\_name](http://law.vl.ru/analit/show_a.php?id=248&pub_name).
7. Прокурорський надзор за соблюдением законности в воспитательно-трудовых колониях: метод. пособие / Н. Н. Ильина; отв. ред. Н. А. Горшенева. — М.: Изд-во Прокуратуры РСФСР, 1976. — 120 с.
8. Басков В. И. Курс прокурорского надзора: учеб. для студентов юрид. вузов и факультетов с приложением нормативных актов / В. И. Басков, В. В. Коробейников. — М.: ИКД «Зерцало-М», 2001. — 512 с.
9. Прокурорський надзор за исполнением законов о несовершеннолетних / Т. А. Васильева, Т. Г. Вовсодина, О. Б. Качанова [и др.]; под общ. ред. В. И. Рохлина. — 2-е изд., испр. — СПб.: Изд-во С.-Петербург. юрид. ин-та Ген. прокуратуры РФ, 2005. — 220 с.
10. Минимальные стандартные правила Организации Объединенных Наций, касающиеся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних (Пекинские правила): приняты Резолюцией 40/33 Генеральной Ассамблеи ООН от 29 нояб. 1985 г. // Веб-сайт ООН [Электронный ресурс]. — Режим доступа: [http://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/beijing\\_rules.shtml](http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/beijing_rules.shtml).
11. Правила Организации Объединенных Наций, касающиеся защиты несовершеннолетних, лишённых свободы: приняты резолюцией 45/113 Генеральной Ассамблеи от 14 дек. 1990 г. // Веб-сайт ООН [Электронный ресурс]. — Режим доступа: [http://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/juveniles\\_liberty.shtml](http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/juveniles_liberty.shtml).
12. Про організацію прокурорського нагляду за дотриманням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового харак-

- теру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян : наказ Генерального прокурора України від 26 груд. 2005 р. № 7гн [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon.nau.ua/doc/?code=va007900-05>.
13. Коломеец А. А. Защита прав и социальная поддержка осужденных несовершеннолетних, лишенных свободы // Защита прав и профилактика правонарушений несовершеннолетних. М. : ВНИИ МВД РФ, 2006.
14. Структура Генеральной прокуратуры Украины : затв. Наказом Генерального прокурора Украины від 8 черв. 2007 р. № 64-шц (із змінами і доповненнями) // Офіційний інтернет-портал Генеральної прокуратури України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://gp.gov.ua/ua/structure\\_ru.html?s=print](http://gp.gov.ua/ua/structure_ru.html?s=print).
15. О совершенствовании прокурорского за соблюдением законов при исполнении уголовных наказаний и в следственных изоляторах : приказ Генерального прокурора РФ от 26 февр. 1997 г. № 8 [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://www.businesspravo.ru/Docum/DocumShow\\_DocumID\\_50297.html](http://www.businesspravo.ru/Docum/DocumShow_DocumID_50297.html).
16. Об организации надзора за исполнением законов администрациями органов и учреждений, исполняющих уголовные наказания, следственных изоляторов при содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений : приказ Генерального прокурора РФ от 30 янв. 2007 г. № 19 (Д) // Тюремный портал России [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://prisonlife.ru/vedomstvennie/648-ob-organizacii-nadzora-za-ispolneniem-zakonov.html>.

### Анотація

*Храпенко О. О.* Правові та організаційні проблеми реалізації прокурорського нагляду за дотриманням прав неповнолітніх, що перебувають у виховних колоніях. Стаття.

Стаття присвячена актуальним питанням вдосконалення організаційно-правових засад здійснення прокурорського нагляду за дотриманням прав неповнолітніх, що перебувають у виховних колоніях. Робиться висновок щодо доцільності розробки спеціального галузевого наказу та відповідних методичних матеріалів у цій сфері. Обґрунтовується потреба реалізації низки організаційних заходів з метою підвищення ефективності прокурорського нагляду за дотриманням прав неповнолітніх, що перебувають у виховних колоніях.

*Ключові слова:* прокурорський нагляд, неповнолітні, дотримання прав, виховні колонії, прокуратура.

### Аннотация

*Храпенко О. О.* Правовые и организационные проблемы реализации прокурорского надзора за соблюдением прав несовершеннолетних, находящихся в воспитательных колониях. Статья.

Статья посвящена актуальным вопросам совершенствования организационно-правовых принципов осуществления прокурорского надзора за соблюдением прав несовершеннолетних, находящихся в воспитательных колониях. Делается вывод о целесообразности разработки специального отраслевого приказа и соответствующих методических материалов в этой сфере. Обосновывается необходимость реализации ряда организационных мероприятий с целью повышения эффективности прокурорского надзора за соблюдением прав несовершеннолетних, находящихся в воспитательных колониях.

*Ключевые слова:* прокурорский надзор, несовершеннолетние, соблюдение прав, воспитательные колонии, прокуратура.

### Summary

*Khrapenko Y. O.* Legal and Organizational Problems of Realization of Directorate of Public Prosecutions about the Observance of Rights for Minor, Being in Educate Colonies. — Article.

The article is sanctified to the pressing questions of improvement of organizational and legal principles of realization of public prosecutions observance of rights minor, being in educator colonies. Drawn conclusion about expedience of development of the special branch order and corresponding methodical materials in this sphere. The necessity of realization of row of organizational measures is grounded for the increase of efficiency of directorate of public prosecutions the observance of minor's rights, being in educate colonies.

*Keywords:* directorate of public prosecutions, minor, observance of rights, educator colonies, office of public prosecutor.

### ТІНЬОВА ПОЛІТИКА ЯК ПРОЯВ ТІНЬОВОЇ ЕКОНОМІКИ

Процес розбудови України як правової держави супроводжують якісні і негативні явища суспільно-політичного життя. Про наявність якісних тенденцій свідчить трансформація політичної системи, легітимізація поліпартійності, усвідомлення політичною елітою необхідності глибокої обізнаності проблемами електорату. Інший бік становлять негативні явища, існування яких інколи замовчується, а у більшості випадків — свідомо не визнається державними діячами, політиками. Разом з тим їх визнання є вже першим кроком на шляху подолання та оздоровлення, прискорення належних процесів державотворення у межах конституційного правового поля. Одним з таких явищ є тіньова політика, про існування якої зазначали дослідники проблеми тінізації економічних відносин: С. Ю. Барсукова [1], Р. В. Рибкіна [2], О. П. Рябченко [3; 4] та інші. Так, Р. В. Рибкіна відзначає такі прояви тіньової політики, як «проштовхування» найважливіших рішень (лобізм), кадрові пересування. Вчена підкреслює розширення сучасного кола суб'єктів тіньової поведінки порівняно із початком 1990-х. До нього входять не лише суб'єкти економічної діяльності — представники малого, середнього і великого бізнесу, директори державних підприємств, а й політики, включно із чиновниками «вищого ешелону влади», співробітники правоохоронних структур, вчені, лікарі, викладачі тощо [2]. О. П. Рябченко відзначає, що об'єктом політики взагалі і тіньової політики як її окремої складової є суспільні відносини, насамперед, у сферах економіки, фінансів. Саме у політиці відображаються інтереси різних соціальних груп, а тому кожен політичний лідер і політична партія, особливо впливова, у своїй передвиборній програмі докладно висвітлюють заходи щодо подолання кризових явищ, неплатежів, оздоровлення інвестиційної сфери, зниження рівня оподаткування [4, 209]. Продовжуючи цю наукову думку, можна сказати про те, що економічна та фінансова сфери суспільних відносин, враховуючи їх ключове значення як фінансово-економічної основи якісних перетворень в державі, становлять також предмет уваги з боку тіньової політики.

Однак тіньова політика сама по собі не є однозначним явищем негативного змісту. Як вказують окремі дослідники, тіньова політика в цілому є однією з форм звичайного політичного процесу [5].

Викликає зацікавленість науковий погляд С. Ю. Барсукової, яка відзначає, що «захват влади» стає не просто бажаною, але необхідною умовою розвитку крупного бізнесу. Вчена підкреслює, для бізнесу влада являє собою не політичний інтерес, а суто практичний. Вона категорично заявляє, що бізнес, який не має тіньової складової, виключається з політичного процесу [1]. Деякі дослідники взагалі вважають владу корумпованою, не наводячи при цьому вагомих аргументів, які підтверджують цю тезу [6, 16].



Вищезазначене надає підставу для висновку про доцільність дослідження тіньової політики не лише з позицій соціології і економіки, а й з правової точки зору, оскільки рішення, що приймаються із використанням «тіньового ресурсу», впливають на тенденції розвитку правового регулювання, закріплюючи як негативні, так і позитивні наміри політичної еліти. При цьому кримінологічна складова наукового аналізу визначає потребу наукового аналізу тіньової політики з позицій її як негативного явища суспільно-політичного життя держави.

Мета статті полягає у характеристиці тіньової політики як прояву тіньової економіки, що означає формулювання її ознак із врахуванням витоків цього негативного явища.

Звернення до наукових напрацювань дослідників тіньової політики, тіньової економіки свідчить про існування двох протилежних за змістом поглядів, які стосуються характеру взаємозв'язку між цими явищами. Так, не усі дослідники поділяють погляд на вторинність тіньової політики відносно тіньової економіки, натомість доводять самостійний характер такої політики (В. Воротніков). Однак єдиною є точка зору про взаємопроникнення цих двох явищ. Саме тому доцільним вбачається підхід, за яким визначення ознак тіньової політики здійснюється із врахуванням зв'язку цього явища із тіньовою економікою. Визначення таких ознак передбачає вирішення декількох взаємопов'язаних проблем. Насамперед, вказане стосується проблеми ідентифікації, виділення цього явища з-поміж інших явищ суспільно-політичного життя держави. Зазначену проблему доцільно вирішити шляхом визначення суб'єктно-об'єктного складу тіньової політики, враховуючи необхідність його якнайточнішої конкретизації. Вказане може бути здійснене шляхом, зокрема, формування портрета тіньового політика, тобто формулювання найбільш типових ознак, притаманних виділеній особі. Крім того, вказуючи на об'єкт тіньової політики, доцільно здійснити його характеристику з метою встановлення тих ознак, наявність яких впливає на специфіку взаємозв'язків між суб'єктом та об'єктом тіньової політики. Завершальним етапом наукового аналізу має бути визначення найбільш типових проявів тіньової політики та їх характеристика.

Вирішення усього кола цих складних і комплексних завдань виходить за межі однієї статті, однак серед них можна виділити основну — формування портрета тіньового політика. При цьому при здійсненні такого наукового аналізу слід виходити з необхідності уникнення фактів «демонізації» якостей цієї особи, адже тіньова політична діяльність не завжди має негативний характер.

З метою визначення найбільш усталених, типових якостей (рис) тіньового політика слід звернутись до напрацювань попередників у галузях політології та теорії управління. Зокрема, вказане стосується розкриття змісту загальних категорій «політична еліта» та виділення у них тих ознак, які можуть бути віднесені до ознак тіньової політичної еліти. Однак таке виділення, здебільшого буде мати умовний характер, адже певні якості (рис, ознаки) будуть мати подвійний зміст, якість якого проявляється за певних умов або відносно певного об'єкта.

Досліджуючи тіньову політику з позицій теорії управління, О. П. Рябенко виділяє широкий та вузький смисл, за яким слід розуміти суб'єктів тіньової політики. У широкому смислі таким суб'єктом є тіньова політична еліта, а у вузькому — окремі політичні блоки, політичні лідери, які впливають на державну політику з метою задоволення власних інтересів на противагу національним [4, 209–210].

Політологи характеризують сутність терміна «еліта», посилаючись, насамперед, на його етимологічне значення. У перекладі з французької цей термін означає «кращий», «обраний», «відбірний». У XX сторіччі цей термін був уведений французьким філософом-еклектиком Жоржем Сорелем та італійським економістом і соціологом Вільфредо Парето. О. Пахарев вказує про те, що ідея політичного елітизму була висловлена Конфуцієм, Платоном, Макіавеллі, Ніцше, Карлейлем. У перших сучасних концепціях еліт обґрунтовувалась точка зору про те, що державою управляє панівний клас, який прагне закріпити у законі такий статус, а розподіл суспільства на еліту і маси характерний для будь-якого суспільства. Об'єднання проблеми виникнення та функціонування політичних еліт із діяльністю політичних партій, якими керує меншість, здійснив Мікелс [7]. Формулювання ознаки елітизму може бути враховане при визначенні рис політичної еліти: особливе становище у суспільстві, що проявляється, зокрема, у праві висувати та лобювати інтереси основних лідерів держави, наявність привілеїв, зокрема і тих, що закріплені на рівні закону, закритість повна або часткова для більшості населення.

З наведених теоретичних положень доцільно виділити такі тези, які можуть бути покладені в основу виділення рис (якостей, ознак) тіньового політика. Зокрема, вказане стосується таких ознак, як особливий суспільний статус, що проявляється у можливості реального впливу на кадрові призначення до органів державної влади вищого рівня. Наявність особливого суспільного статусу означає, що тіньовий політик не завжди може займати певну посаду або мати правовий статус у представницьких органах. Така особа може бути засновником чи входити до складу керівних органів фінансових чи підприємницьких структур. Крім того, тіньовим політиком може бути особа, яка вже не посідає високі керівні посади в органах державної влади, але фактично впливає на прийняття політичних рішень легітимною владою. До ознак тіньового політика доцільно також віднести належність до соціальної групи «закритого» типу, яка не є доступною для більшості верств населення України.

Серед ознак тіньового політика окремо слід зупинитись на меті (цілі) його діяльності — задоволення власного інтересу всупереч інтересу національному. Однак виділені положення потребують конкретизації, враховуючи те, що вони самі є джерелом невизначеності та у зв'язку з цим відсутності можливості чітко виділити певну ознаку і здійснити ідентифікацію тіньового політика. Так, потребують уточнення терміни «власний інтерес», «національний інтерес». Враховуючи сприйняття тіньового політика з точки зору особи, поведінка якої визначена інтересами тіньового бізнесу, про національний інтерес доцільно вказувати як про вимогу забезпечення національної безпеки. При цьо-

му визнання витоків тіньової політики з тіньової економіки або факту взаємозв'язку між ними обумовлює необхідність уточнення вказаної вимоги вимогою забезпечення економічної безпеки. Стосовно ж терміна «власний інтерес», слід зазначити про те, що такий інтерес стосується або окремої впливової особи, або групи осіб, які діють із спільною метою, обстоюючи групові інтереси, як правило, ті, що стоять розвитку власного бізнесу.

На підставі вказаного, доцільно сформулювати мету діяльності тіньового політика — обстоювання і захист інтересу щодо розвитку власного бізнесу всупереч вимозі забезпечення економічної безпеки.

Зрозуміло, що така мета передбачає протиправність діяння тіньового політика. Проте, якщо звернутись до аналізу тих процесів, що відбуваються в економічному житті держави, складно визначити ступінь суспільної небезпеки окремих дій політиків, а звідси — кваліфікувати такі дії як протиправні. Зокрема, вказане стосується випадків «лобіювання» певних законопроектів, спрямованих на реалізацію вузькобізнесових інтересів. Наприклад, законопроект № 8199 від 3 березня 2011 р. про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо дерегуляції перевезень автомобільним транспортом, спрямованого на спрощення ведення бізнесу в галузі транспорту через дерегуляцію отримання дозвільних та супровідних документів перевізниками. Для цього пропонується: а) відмовитися від вимоги виготовляти на бланках суворой звітності ліцензійні картки, які додаються до ліцензій на надання послуг з перевезення пасажирів і вантажів автомобільним транспортом на кожен автомобільний транспортний засіб; б) зменшити перелік документів, які підтверджують право на керування автотранспортним засобом, скасувавши в т.ч. дорожні (маршрутні) листи та «інші документи» (наприклад, нотаріально завірених довіреності на керування автотранспортним засобом), а також товарно-супровідні документи, та скасувати право Кабінету Міністрів України встановлювати термін дії посвідчення водія; в) позбавити права працівників ДАІ тимчасово вилучати у водія в разі порушення Правил дорожнього руху та інших вимог законодавства щодо експлуатації автотранспортного засобу посвідчення водія, талон проходження техогляду, а також ліцензійну картку. При цьому наводяться як аргументи дані, походження яких викликає певні сумніви щодо об'єктивності. Так, вказано на те, що за критерієм «легкості» започаткування та ведення бізнесу Україна в рейтингу Світового банку займає 145 місце із 183 країн, а також, що в рейтингу економічних свобод Україна займає останнє місце в Європі, а у світі — 164 із 179 країн, втративши за два останні роки 12 позицій (рейтингове дослідження проведено американською організацією «Heritage Foundation» та газетою «Wall Street Journal») [8]. Якщо повернутись у 2001 рік, однією з резонансних кримінальних справ була справа щодо АК АПБ «Україна». За даними МВС України, на 1 листопада 2001 р. тільки по цьому банку було розкрито 143 корисливих злочини, порушено 115 кримінальних справ, а до відповідальності притягнені більше 40 працівників банку, у тому числі — 16 керівників установ і філій, 11 керівників структурних підрозділів. Матеріальні збитки держави сягли 360 млн гривень. За даними Тимчасової слідчої

комісії Верховної Ради України, за даними банкрутства АК АПБ «Україна» у процесі розслідування були виявлені факти сімейних зв'язків колишнього Голови Верховної Ради України О. Ткаченка та комерційною діяльністю цього банку [4].

Отже, проведений аналіз надав підставу формулювання таких висновків. Тіньова політика не завжди може сприйматись негативно, враховуючи такі ознаки політичної діяльності, як здійснення обмеженим колом осіб та відсутність необхідності ознайомлення широкого загалу із підставами прийняття певного політичного рішення. Тіньова політика і тіньова економіка розглядаються більшістю дослідників з позицій їх взаємозв'язку і взаємопроникнення. Разом з тим доцільно сказати про те, що тіньова політика, хоча і обумовлена у багатьох випадках тінізацією економічних відносин і навпаки, однак є явищем, ширшим за об'єктом впливу за тіньову економіку. Дослідження тіньової політики з точки зору її як прояву тіньової економіки конкретизує коло завдань, що слід вирішити для найбільш повного аналізу тіньової політики. Такими завданнями визначено: встановлення суб'єктно-об'єктного складу тіньової політики, у тому числі — формування портрета тіньового політика шляхом формулювання найбільш типових ознак, притаманних виділеній особі; характеристика об'єкта тіньової політики; встановлення найбільш типових негативних проявів тіньової політики. До основних рис тіньового політика віднесено: особливий суспільний статус, належність до соціальної групи «закритого» типу, яка не є доступною для більшості верств населення України, особливу мету діяльності — обстоювання і захист інтересу щодо розвитку власного бізнесу всупереч вимозі забезпечення економічної безпеки.

### Література

1. Барсукова С. Ю. Теневая экономика и теневая политика: стратегии сращивания : из материалов VII междунар. науч. конф. «Модернизация экономики и государство», 4–6 апр. 2006 г. [Электронный ресурс] / С. Ю. Барсукова ; Нац. ин-т систем. исслед. проблем предпринимательства. — Режим доступа : [http://www.smb.ru/analitics.html?id=meg\\_barsukova](http://www.smb.ru/analitics.html?id=meg_barsukova).
2. Рыбкина Р. В. Теневизация российского общества: причины и последствия / Р. В. Рыбкина // Рус. гуманит. интернет-университет [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://www.i-u.ru/biblio/archive/rybkina\\_tenevizaciya/](http://www.i-u.ru/biblio/archive/rybkina_tenevizaciya/).
3. Рябченко О. П. Тіньова політика і корупція. Разом чи окремо? // Проблеми боротьби з корупцією, організованою злочинністю та контрабандою. Аналітичні розробки, пропозиції наукових та практичних працівників / кер. авт. кол.: А. І. Комарова, В. В. Медведчук, В. О. Євдокимов, В. Ф. Бойко, О. О. Крикун. — К., 1999. — Т. 18. — С. 97–101.
4. Рябченко Е. П. Эволюция теневой политики и коррупции // Збірник наукових праць Харківського Центру по вивченню організованої злочинності спільно з Американським Університетом у Вашингтоні. — Х., 2003. — Вип. 6. — С. 209–233.
5. Воронников В. Теневая политика и теневая экономика: анализ причин и источников [Электронный ресурс] / В. Воронников. — Режим доступа : <http://viperson.ru/wind.php?ID=155173>.
6. Сулакшин С. С. Государственная политика противодействия коррупции и теневой экономике // Материалы Всероссийской научной конференции (Москва, 6 июня 2007 г.) — М., 2007. — 760 с.
7. Пахарев А. Політична еліта. Формальна? Справжня? // Віче. — 1997. — № 11. — С. 3–14.
8. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо дерегуляції перевезень автомобільним транспортом» // Офіційний сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. — Режим доступа : [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb\\_n/webproc4\\_1?id=&pf3511=39838](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=39838).

### Анотація

**Маслій І. В.** Тіньова політика як прояв тіньової економіки. — Стаття.

Стаття присвячена визначенню наукового підходу щодо аналізу сутності тіньової політики як прояву тіньової економіки. Обґрунтовано коло завдань, які необхідно вирішити у процесі такого аналізу. Сформульовано риси тіньового політика.

*Ключові слова:* тіньова політика, тіньова економіка.

### Аннотация

**Маслий И. В.** Теневая политика как проявление теневой экономики. — Статья.

Статья посвящена определению научного подхода к анализу содержания теневой политики как проявления теневой экономики. Обоснован круг задач, которые необходимо решить в процессе такого анализа. Сформулированы черты теневого политика.

*Ключевые слова:* теневая политика, теневая экономика.

### Summary

**Masliy I. V.** Shadow policy as shadow economy display. — Article.

The article is devoted to defining of science approach to analysis of shadow policy content as display of shadow economy. The traits of the shadow politician are formulated.

*Keywords:* shadow policy, shadow economy.

УДК 343.9:343.37:332.2

*А. М. Ізовіта*

## ЗЛОЧИННІСТЬ У СФЕРІ РИНКОВОГО ОБІГУ ЗЕМЕЛЬ ЯК ОБ'ЄКТ КРИМІНОЛОГІЧНОГО ВИВЧЕННЯ

**Постановка проблеми.** Земля як об'єкт ринкових відносин має виняткове значення для економічної діяльності суспільства, прямо або опосередковано впливаючи на виробництво всіх інших товарів та послуг. Включення землі як капіталу в економічний оборот дозволяє здійснювати обіг земельних ділянок (прав власності на них), стимулюючи тим самим підприємницьку активність. Починає формуватися ринок земель як необхідна складова організованого перерозподілу земель між власниками на основі конкурентного попиту та пропонування.

Паралельно з законним ринковим обігом земельних ділянок швидко зростає кількість кримінальних діянь в цій сфері, окреслюючи, таким чином, межі суспільно небезпечного соціального явища — злочинності на ринку земель. Логічним постає питання відносно її сутності та змістовної характеристики, що першочергово потребує визначення категорії «ринок земель», а також системи злочинів, які вчиняються у сфері земельного ринку.

**Стан дослідження.** Окремим теоретичним і прикладним проблемам злочинності у сфері ринкового обігу земель присвячені праці вітчизняних та зарубіжних вчених А. І. Берлача, І. Б. Габаїдзе, В. В. Кунца, П. Ф. Кулинич, Р. О. Мовчана, З. М. Мирзаєва, Т. Б. Саркісової, Б. В. Тайлашева, М. В. Шульги. Публікації цих авторів мають значне наукове та практичне значення, проте вивчен-

ня злочинності в цій сфері як суспільно небезпечного деструктивного явища не знайшло належного відображення.

Метою статті є аналіз злочинності у сфері ринкового обігу земель як об'єкта кримінологічного вивчення для подальшого вдосконалення й ефективного застосування заходів протидії злочинності в цій сфері.

**Викладення основного матеріалу.** Швидкий перехід від адміністративно-командної системи з монопольним становищем державної власності на землю до ринкової системи з пануванням плюралізму форм власності призвело до того, що питання про ринок земель на сучасному етапі не достатньо розроблено в правовій науці. Залишається ще багато прогалин у визначенні даної категорії, виділенні її сфери дії та системоутворюючих елементів. Все це впливає на збільшення зловживань та розвиток негативних процесів у правозастосовній діяльності.

В останній час здійснюються спроби легального визначення поняття земельного ринку. Так, в проекті закону «Про ринок земель», розробленого Державним агентством земельних ресурсів України та оприлюдненого 19 січня 2011 р., під ним розуміють систему правовідносин між відчужувачами земельних ділянок (права оренди на них) та особами, які набувають право власності (оренди) земельними ділянками, органами державної влади та місцевого самоврядування, пов'язаних з укладенням, виконанням, зміною та припиненням цивільно-правових договорів, які передбачають відчуження земельних ділянок, права оренди на них [13]. Наведене визначення практично ототожнює ринок земель з ринками інших товарів та нівелює його особливим юридичним статусом, що є необґрунтованим за таких умов.

Конституції України вказує на те, що земля є основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави. Використання власності не може завдавати шкоди правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства, погіршувати екологічну ситуацію і природні якості землі. У відповідності до ч. 1 ст. 12 та ч. 2 ст. 13 Цивільного кодексу України особа здійснює свої цивільні права вільно, на власний розсуд. При здійсненні своїх прав особа зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довкіллю або культурній спадщині [14]. Таким чином, основні принципи цивільного законодавства дозволяють вільно встановлювати прав та обов'язки на основі договору та визначати будь-які не заборонені законодавством умови договору. На відміну від цивільного, норми земельного права, ґрунтуючись на положеннях Конституції, передбачають особливий порядок володіння, користування та розпорядження землями та іншими природними ресурсами. Відповідно правочини із землею повинні регулюватися на інших, ніж в цивільному праві, засадах та здійснюватися особами по відношенню до тих угод, які дозволені земельним законодавством, з урахуванням принципів, встановлених ст. 5 Земельного кодексу України (раціонального використання та охорони земель; пріоритету вимог екологічної безпеки та інші). Саме закон повинен направляти стихійну саморегулюючу сферу ринкової економіки в «правове поле», стримуючи тим самим формування кримінальних структур.

Крім зазначених упущень, поняття ринку земель потребує уточнення стосовно кола цивільно-правових договорів з відчуження земельних ділянок (або права оренди на них). Адже, як зазначають науковці, деякі з цивільних правочинів (наприклад, дарування, міна) не відносяться до сфери ринкового регулювання через відсутність головної ознаки будь-якого ринку — наявності попиту та пропонування щодо певного товару — при переході права власності між суб'єктами таких відносин [4; 16; 8].

За відсутності вітчизняних розробок доктринальних положень у земельній та економічній теоріях серед науковців не існує й чіткого визначення терміна «ринок земель». Здебільшого досить лаконічним є висловлювання зарубіжних авторів — представників західних економічних шкіл, які орієнтуються на класичне визначення ринку як системи економічних відносин, пов'язаних з обігом товарів [3, 26].

У вітчизняній літературі зберігаються дискусії щодо тлумачення даного терміна. Так, Б. Й. Пасхавер під земельним ринком розуміє сукупність земельних відносин, що дозволяють реалізувати титул землевласника для отримання ринкової вигоди [11, 49]. Л. Я. Новаковський, А. М. Третяк дотримуються думки, що земельний ринок — це сфера дій економічних відносин, які виникають у процесі обігу землі (купівлі-продажу, оренди, застави, успадкування й дарування земельних ділянок) [9]. На думку З. П. Паньківа, ринок землі — це система організаційно-правових і економічних відносин, що виникають в процесі перерозподілу земель та прав на них між суб'єктами цього ринку на основі конкурентного попиту і пропозиції [10].

Таким чином, земельний ринок розглядається авторами як сукупність суспільних відносин, виникаючих в процесі економічного обігу земельних ділянок, кінцевою метою яких є задоволення інтересів осіб щодо володіння, користування та розпорядження землею.

Виправданним є твердження вчених про те, що ринок земель сам по собі функціонувати не може. Він потребує налагодження організаційних, правових, економічних механізмів та наявності відповідної інфраструктури. На думку О. С. Песцової, ринок земель — це засіб перерозподілу земель між власниками економічними методами на основі конкурентного попиту та пропонування, що забезпечує: купівлю-продаж земельних ділянок або права на них; визначення вартості землі та визнання її капіталом і товаром, встановлення рівноваги цін на землю в різних регіонах України; розподіл простору між конкуруючими варіантами використання земель і суб'єктами ринку [12, 75].

П. Ф. Кулинич визначає земельний ринок як організаційно-правовий механізм, який створює передумови для набуття земельних ділянок у власність чи користування та передачі прав на них, опосередковує перехід земельних ділянок та прав на них від однієї особи до іншої, а також гарантує непорушність набутих прав на землю. Відповідно до цього, збалансована структура організаційно-правового механізму ринку земель повинна включати: 1) інститут права власності на землю у його плюралістичній формі, який дозволяє широкому колу осіб виступати у якості відчужувачів на набувачів прав на земельні ділянки; 2) ефектив-

ну систему державної реєстрації прав на землю та іншу нерухомість, яка визнає та гарантує непорушність набутих та зареєстрованих відповідними органами держави прав на земельні ділянки; 3) правове забезпечення справедливої (ринкової) оцінки земельних ділянок, що базується на співвідношенні попиту та пропонування та конкуренції попиту; 4) сприятливе «правове поле» (податкове, інфраструктурне тощо) для ринкового обігу земельних ділянок [8, 42].

В. А. Горемикін вважає, що ринок землі — це засіб перерозподілу земель між власниками економічними методами на основі конкурентного попиту та пропонування, що забезпечує: 1) передачу прав на земельні ділянки від однієї особи до іншої; 2) встановлення рівноважних цін на землю в різних регіонах; 3) зв'язок між власниками нерухомості й покупцями за допомогою економічної мотивації; 4) розподіл простору між конкуруючими варіантами використання земель і суб'єктами ринку [4, 121].

Наведені визначення ринку земель, як правило, не суперечать один одному, а й більш того — доповнюють. Усі вони вказують на те, що цей ринок характеризується специфікою як самого товару, яким виступають земельні ділянки, так і формами та методами правового регулювання. Цей висновок підтверджується дослідженнями економістів Ю. Д. Білика, А. С. Даниленка та правознавців Г. А. Волкова, О. К. Голиченкова, О. М. Козира, які включають в поняття «ринок земель» поряд з системою угод також механізми та інфраструктуру, що забезпечують їх виконання. [16, 83; 2, 50] На наш погляд, це визначення є найбільш виправданим та відповідає критеріям як ринку<sup>1</sup> взагалі, так і одного з його різновидів — земельного ринку.

Земля в ринкових умовах господарювання стала товаром, має визначену нормативну та ринкову вартість, яка в процесі обігу переходить від одного суб'єкта власності до іншого та детально регламентований в нормативних актах правовий режим використання та охорони. Таким чином, ринок земель становить сферу суспільного життя, в якій за допомогою системи організаційно-правових засобів та необхідної інфраструктури здійснюється обіг земельних ділянок.

Для ефективного функціонування ринку земель важливе значення має існуючий стан законності при здійсненні операцій із земельними ділянками. Статистичні дані Міністерства внутрішніх справ вказують на збільшення кількості злочинних проявів в цій сфері в останні роки [15].

Необхідно підкреслити, що кримінальний кодекс не виділяє діяльність в сфері земельного ринку як один з об'єктів на який спрямовується злочинне посягання та якому заподіюється шкода. Традиційно, основна маса зловживань на ринку земель охоплюється низкою статей кримінального кодексу, які передбачають відповідальність за злочини проти власності та у сфері господарської діяльності.

Злочини у сфері ринкового обігу земель корисливі, але при цьому вони вчиняються в окремій сфері економічної діяльності та визначають певний різновид злочинності в економічній сфері. Таким чином, аналіз загальних рис кримінальних проявів в цій сфері дозволить відобразити сутність злочинності й в сфері ринкового регулювання обігу земель.



Питання визначення економічних злочинів достатньо розроблено в науках кримінального циклу, використовується цей термін й в нормативно-правових актах, в статистичних даних про стан злочинності. При цьому економічні злочини, в залежності від змісту, який в нього вкладається, розглядають в декількох значеннях. В «широкому» розумінні до них відносять злочини, які посягають на економіку, права, свободи, потреби учасників економічних відносин, порушують встановлений порядок функціонування економічного механізму та завдають соціальним цінностям і благам шкоду. В середньому значенні до економічних злочинів включають як злочини проти власності, так і господарські і корисливі посадові злочини. У вузькому розумінні — злочини проти власності та господарські злочини.

Визначення сутності економічних злочинів у широкому і середньому значенні не може бути визнане задовільним, оскільки вони охоплюють, окрім злочинів у сфері господарювання, ще й ті посягання, які опосередковано впливають на економічні процеси в господарській сфері.

При систематизації великих груп злочинів необхідно враховувати особливості родового, видового (підгрупового) і безпосереднього об'єктів. Під родовим (груповим) об'єктом розуміється об'єкт, який охоплює коло тотожних або однорідних за своєю соціально-політичною і економічною сутністю суспільних відносин, які в силу цього повинні охоронятися єдиним комплексом взаємопов'язаних кримінально-правових норм [6, 43]. Відповідно до цих теоретичних основ, економічні злочини, в вузькому розумінні, складають сукупність злочинів, основним безпосереднім об'єктом яких є відносини власності або відносини у процесі виготовлення, обміну, розподілу та споживання благ, здатних виконувати функцію товару [1, 13]. Такий підхід є досить ефективним, має теоретичне підґрунтя та використовується в правозастосовній діяльності.

Таким чином, до злочинів у сфері ринкового обігу земель, виходячи з кримінально-правової доктрини, необхідно відносити деякі господарські злочини та злочини проти власності, в контексті їх приналежності до сфери ринкового регулювання обігу земельних ділянок.

Під поняттям «господарські злочини», як правило, розуміють, сукупність злочинів, які посягають на відносини у сфері господарської діяльності у промисловості, торгівлі, сільському господарстві. Як зазначає В. В. Сташис, господарські злочини — це злочини, які безпосередньо посягають на інтереси народного господарства або завдають шкоду нормальному розвитку окремих його галузей [7, 154–156].

До злочинів проти власності, які вчиняються в процесі ринкового обігу земель, слід віднести умисні діяння, які поєднані з порушенням права володіння або з іншими засобами завдання власнику майнової шкоди. На думку В. А. Горемікіна найбільш розповсюдженим серед них на земельному ринку є шахрайство в різних його формах [4, 143].

Наведений аналіз дозволяє послідовно відокремити коло тих злочинів, що вчиняються в сфері ринкового обігу земель, від інших злочинів, в яких родо-

вим об'єктом посягання виступають відносини власності, відносини у сфері господарської діяльності. Тим самим забезпечується цілісне уявлення про цей різновид злочинної діяльності.

Необхідно зазначити, що злочинна діяльність, як і будь-яка інша діяльність людини — це процес активної взаємодії суб'єкта з об'єктом, за допомогою якого суб'єкт задовольняє будь-які свої потреби, досягає мети. Злочинна діяльність у сфері ринкового обігу земель — це процес незаконного перерозподілу суб'єктом земельних відносин майнових прав на земельні ділянки з метою збагачення.

Злочинна діяльність у сфері ринкового обігу земель є одночасно й соціальною практикою, а саме її найбільш деструктивним різновидом — кримінальною практикою. Як переконливо вказує В. М. Дрьомін, широко розповсюджена деструктивна соціальна практика людей, яка проявляється в індивідуальній або колективній предметній діяльності, виражає сутність злочинності [5, 103]. Відповідно, широко розповсюджена кримінальна практика певного кола осіб, яка проявляється в процесі перерозподілу прав власності на земельні ділянки, становить злочинність на ринку земель. Відносна масовість, стійкість, історична мінливість, системність зазначених кримінальних практик дозволяють розглядати злочинність у сфері ринкового обігу земель як деструктивне явище соціальної дійсності.

**Висновки дослідження.** Відповідно, злочинність у цій сфері можна розглядати як соціально-деструктивне явище, що проявляється в суспільно-небезпечній, кримінально караній діяльності осіб, направленої на порушення встановленого законом порядку ринкового обігу земельних ділянок та механізмів його забезпечення.

Емпіричним проявом злочинності на ринку земель буде сукупність злочинів, що вчиняються в процесі економічного обігу земельних ділянок. Наведене вище визначення злочинності дозволяє відмітити такі ознаки злочинів у сфері ринкового обігу земель:

- об'єкт посягання — суспільні відносини, які виникають в процесі обігу земельних ділянок та пов'язані з функціонуванням ринкової системи;
- предмет посягання — земельні ділянки;
- суб'єктами виступають учасники земельного ринку та інші особи, які вступають у ринкові відносини у сфері обігу земельних ділянок;
- характерною для цих злочинів є умисна форма вини та корисливий характер діяння, що проявляються у свідомому прагненні особи до незаконного збагачення.

Суспільна небезпечність злочинної діяльності у сфері ринкового обігу земель полягає: по-перше, в необґрунтованій концентрації прав власності на земельні ділянки у певного суб'єкта (кола суб'єктів), породжуючи нераціональне або нецільове використання земель, що завдає значної шкоди інтересам суспільства та держави; по-друге, в деструктивному впливі на механізми та інфраструктуру ринку земель, що сприяє його «тінізації» та незаконному перерозподілу прав власності на земельні ділянки.

### Примітка

1. Ринок — це сфера товарного обміну; попит і пропонування товарів, послуг, фінансових ресурсів, цінних паперів, золота, коптовностей, виробів мистецтва, інвестицій, праці та інше в масштабі світового господарства (світовий зовнішній ринок) та окремого району (місцевий ринок). Ринком також називають визначене місце, де відбувається торгівля [Большой энциклопедический словарь / под ред. А. М. Прохорова. М.: Большая сов. энцикл.; С.Пб.: Норинг, 1995. 1445 с.].

### Література

1. Аслаханов А. А. Проблемы борьбы с преступностью в сфере экономики (криминологический и уголовно-правовой аспекты): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / А. А. Аслаханов. — М., 1997. — С. 13.
2. Волков Г. А. Развитие рынка земли: правовой аспект / Г. А. Волков, А. К. Голиченков, О. М. Козырь // Государство и право. — 1998. — № 2. — С. 50.
3. Галапець В. Г. Реформування земельних відносин та формування ринку землі: монографія / В. Г. Галапець, І. Я. Люта. — Л., 2006. — 196 с.
4. Горемыкин В. А. Современный земельный рынок России: практ. пособие / В. А. Горемыкин. М.: Изд.-торг. корпорация «Дашков и Ко», 2004. — 624 с.
5. Дрьомін В. М. Злочинність як соціальна практика: інституціональна теорія криміналізації суспільства: монографія / В. М. Дрьомін. — О.: Юрид. л-ра, 2009. — 616 с. — Рос. мовою.
6. Кальман О. Г. Злочинність у сфері економіки України: теоретичні та прикладні проблеми попередження: дис... д-ра юрид. наук: 12.00.08 / О. Г. Кальман; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. Х., 2004. — 432 с.
7. Кримінальне право України. Особлива частина: підруч. для студентів вищ. навч. закл. освіти / М. І. Бажанов, В. Я. Тацій, В. В. Стапис [та ін.]; за ред. М. І. Бажанова, В. В. Стаписа, В. І. Тація. — К.: Юрінком Інтер; Х.: Право, 2002. — С. 154–156.
8. Кулинич П. Ринок земель як об'єкт правового регулювання // Право України. — 2005. — № 11. — С. 39–44.
9. Новаковський Л. Я. Основні положення концепції розвитку земельної реформи в Україні / Л. Я. Новаковський, А. М. Третяк. — К.: Центр земельної реформи, 2001. — 96 с.
10. Паныків З. П. Земельні ресурси: навч. посіб. / З. П. Паныків. — Вид. центр ЛНУ ім. Івана Франка, 2008. — 272 с.
11. Пасхавер В. Й. Ринок землі: світовий досвід та національна стратегія // Економіка АПК. 2009. — № 3. — С. 47–57.
12. Песоца О. С. Про реформування ринку земель в Україні // Вісник аграрної науки. — 1998. — № 7. — С. 74–75.
13. Проект Закону України «Про Ринок земель» [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Державного агентства земельних ресурсів України. Режим доступу: [http://dkzr.gov.ua/terra/control/uk/publish/article?art\\_id=117635&cat\\_id=38306](http://dkzr.gov.ua/terra/control/uk/publish/article?art_id=117635&cat_id=38306).
14. Цивільний кодекс України [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Верховної Ради України. — Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=435-15>.
15. Цього року загальна сума задокументованих мільцією хабарів склала понад 26,7 мільйона гривень [Електронний ресурс] // Офіційний сайт міністерства внутрішніх справ України. Режим доступу: <http://www.mvs.gov.ua/mvs/control/main/uk/publish/article/394746>.
16. Формування ринку землі в Україні / В. П. Галушко, Ю. Д. Білик, А. С. Даниленко [та ін.]; за ред. А. С. Даниленка, Ю. Д. Білика. — 2-ге вид., переробл. та допов. — К.: Урожай, 2006. — 280 с.

### Анотація

**Ізовіта А. М.** Злочинність у сфері ринкового обігу земель як об'єкт кримінологічного вивчення. Стаття.

У статті дається аналіз злочинності у сфері ринкового обігу земель як суспільно небезпечного, деструктивного явища, що сприяє порушенню ринкового регулювання обігу земель і поширенню корупції.

**Ключові слова:** злочинність, обіг земель, ринок земель.

### Анотація

*Изюмита А. П.* Преступность в сфере рыночного оборота земель как объект криминологического изучения. — Статья.

В статье дается анализ преступности в сфере рыночного оборота земель как общественно опасного деструктивного явления, содействующего нарушению рыночного регулирования оборота земель и распространению коррупции.

*Ключевые слова:* преступность, оборот земель, рынок земель.

### Summary

*Izovita A. M.* Criminality in the Land Market As an Object of Criminology Study. — Article.

The article is devoted to criminological characteristics most typical of abuse that occur on the land market and promote the violation of land relations.

*Keywords:* crime, turnover of land, land market.

УДК 343.8

*А. І. Марчук*

### «ТЮРЕМНІ ВІДПУСТКИ» У КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ ТА ПЕНІТЕНЦІАРНІЙ ПРАКТИЦІ УКРАЇНИ

**Постановка проблеми.** Враховуючи усі негативні наслідки ув'язнення, одним з актуальних завдань реформування пенітенціарної системи України варто визнати необхідність пошуків нових умов ресоціалізації засуджених. У більшості держав — членів Ради Європи існує тенденція до зменшення негативного впливу покарання у вигляді позбавлення волі за допомогою застосування короткочасних виїздів засуджених (тюремних відпусток) за межі колонії. За останні роки засуджені одержують все більше привілеїв у місцях позбавлення волі. Межі між засудженням і свободою вже не настільки яскраво виражені: засуджені користуються телефоном, листуються із зовнішнім світом, мають доступ до книг і газет. Умовне звільнення — це більш переконливий приклад того, що прогресивна система покарань розвивається в пенітенціарних системах. У цьому контексті впровадження тюремних відпусток може розцінюватися як логічний наслідок природного ланцюга подій.

**Аналіз наукової літератури** свідчить, що науковці не приділяли цій темі достатньої уваги, окремі напрями концепції системи тюремних відпусток розробляли О. М. Джужа, А. Х. Степанюк, Г. В. Хохряков. Тому існує об'єктивна проблема наукового пошуку у цьому напрямку, що і обумовило мету статті, яка полягає в тому, щоб проаналізувати позитивні та негативні аспекти системи тюремних відпусток та доцільність використання даного правового явища в пенітенціарній системі України.

**Викладення основного матеріалу.** Більшість європейських країн, слідуючи Рекомендації Ради Європи R(82) 16 про тюремні відпустки, впроваджують у свою практику систему тюремних відпусток, враховуючи, що ці заходи сприяють ресоціалізації засуджених. У цій рекомендації йдеться про те, що надава-

ти тюремну відпустку варто, по можливості, за медичними, освітніми, професійними, сімейними та іншим соціальним підставам. Ураховуватись для надання відпустки повинні такі аспекти: тяжкість злочину, строк покарання, особисті якості, поведінка засудженого, ризик, який існує для суспільства, родинні зв'язки та соціальний стан засудженого, ціль відпустки, її тривалість та умови [1, 98].

Тюремні відпустки не нове правове явище. Історія знає випадки позитивного впровадження цього інституту. До прикладу: після землетрусу в Ленінакані начальник колонії відпустив дві сотні засуджених до позбавлення волі на свободу, щоб вони допомогли своїм сім'ям, і всі засуджені повернулися до колонії. Сент-Екзюпері зазначав, що є дещо вище та сильніше за життя, оскільки люди ним жертвують, напевно є дещо, вище свободи, оскільки засуджені повернулися до колонії [2, 209].

Проаналізуємо, чи існують причини використання системи тюремних відпусток в пенітенціарній системі України.

Більшість вчених зазначають, що впровадження системи тюремних відпусток буде зменшувати негативні наслідки такого покарання, як позбавлення волі. За роки незалежності в Україні питома вага засуджених до позбавлення волі в загальній структурі судимості залишається досить стабільною і складає близько 35 %. Станом на 1 липня 2010 р. в 184 установах кримінально-виконавчої служби трималось 150,7 тис. осіб, у тому числі у 120 кримінально-виконавчих установах закритого типу — 104,8 тис. засуджених (із них майже 5,5 тис. жінок), у 10 виховних колоніях — майже 1,5 тис. неповнолітніх засуджених.

Більшість країн Європи застосовує до своїх громадян позбавлення волі досить обережно, справедливо зазначаючи, що в більшості випадків ізоляція не сприяє виправленню та ресоціалізації засудженого. Сьогодні середня тривалість перебування в місцях позбавлення волі в Англії, Франції, Німеччині дорівнює 8–10 місяців (в Україні 4–5 років), а в слідчому ізоляторі — 2–4 місяці (в Україні — 9 місяців, а буває і значно більше) [3, 25]. Ці дані можуть свідчити про тенденцію в каральній практиці.

Необхідно вказати на існуючі проблеми скученості в місцях позбавлення волі внаслідок переповненості пенітенціарних установ. До прикладу, в Одеській області переповнення установ складає — 411 чоловік. Так, в пенітенціарній системі України *de facto* функціонує стара радянська система загонів, трудових бригад, засуджені розподіляються по 100–120 чоловік по відділенням соціально-психологічної служби. Даний факт виступає каталізатором негативної поведінки засуджених та провокує нестабільні емоційні стани останніх. Проведене нами анкетування засуджених (800 чол.) засвідчило, що більшість з них відчувають постійну тривожність, дискомфорт, потребу побути на одинці — 72 % опитаних. Всі ці психологічні стани негативно впливають на виправлення та ресоціалізацію засуджених.

Звернемо увагу, на деякі недоліки існуючих засобів ресоціалізації засуджених в Україні.

Насамперед, слід зазначити, що роль праці як засобу ресоціалізації засуджених у сучасних умовах дещо перебільшується [4]. Часткове безробіття при ринкових відносинах змушує засуджених заслужити право працювати своєю зразковою поведінкою. Таким чином, праця перетворюється на засіб стимуляції позитивної активності особистості. Дані нашого дослідження показують, що найбільше число засуджених, які прагнуть до участі в суспільно корисній праці, виявляються серед осіб, що відбули від 2 до 7 років позбавлення волі, після чого цей показник знижується, а серед засуджених, що відбули понад 10 років позбавлення волі, він майже на 30 % (28,7 %) нижчий, ніж серед тих, що відбули 2–7 років покарання. Таким чином, один з основних засобів виправлення — суспільно корисна праця — перестає активно впливати на засуджених. Якщо праця буде головним критерієм впливу на засуджених, то критеріями виправлення стають виробничі показники.

Автор даної статті розділяє також думку тих вчених, які вважають, що режим як засіб ресоціалізації засуджених не завжди є дієвим механізмом виправлення останніх. Г. В. Хохряков слушно зазначає з цього приводу, що «тотальний і принизливий контроль в усіх сферах життєдіяльності» і «регламентація всіх сфер життєдіяльності» у місцях позбавлення волі, коли кожен крок робиться за розкладом, призводить до пасивності ув'язнених [2, 14]. Вихід з такого положення полягає в пошуках нових засобів ресоціалізації засуджених. У досягненні мети виправлення важливе значення має формування у засуджених позитивних перспектив, серед яких досить значимою є реальна перспектива надання тюремної відпустки, яка буде стимулювати позитивну діяльність засуджених.

Проаналізуємо впровадження цього правового явища на основі європейського досвіду, а саме Великобританії.

Секретаріат Ради Візитерів Тюремної Служби Великобританії (Board of Visitors Secretariat UK) розробив довідник члена ради Візитерів Англії й Уельсу. Тюремна відпустка в цьому довіднику позначається як «звільнення за тимчасовою ліцензією» (ROTL). Звільнення за тимчасовою ліцензією дозволяється тільки в певних запропонованих умовах. Довідник розрізняє кілька видів звільнення за тимчасовою ліцензією [5].

**Ліцензія співчуття** — звільнення з особливих мотивів співчуття. Вона реалізовується тільки за умови, що в ув'язненого є виняткові особисті обставини, що попадають в одну з таких категорій: відвідування тяжкохворих родичів, похорон, інші трагічні особисті обставини; візити в медичні установи; також належать ув'язнені жінки, що піклуються про власних малолітніх дітей, весілля й релігійні перемони. Для того щоб використати звільнення за даною тимчасовою ліцензією, ув'язнені повинні пройти оцінку ризику, що безпосередньо пов'язана з їх класифікацією в УВП. Не вдаючись у подробиці даної класифікації, так як це не входить у завдання нашої статті, відзначимо, що не підлягають звільненню за тимчасовою ліцензією засуджені, що виявляють схильність до втечі. Не виключаються, але вимагають особливої уваги такі категорії засуджених, які відбувають покарання у виді довічного позбавлення

волі, та ті, що порушили умови дострокового звільнення й повернулися у в'язницю й ін.

*Ліцензія можливостей* використовується, щоб дозволити ув'язненим брати участь у заняттях, пов'язаних з режимом, суспільно корисних проектах, працевлаштуванні, освітніх курсах й ін.

*Ліцензія інтеграції*. Звільнення за ліцензією інтеграції — важливий крок на заключній стадії виконання покарання. Її основна мета полягає у тому, щоб дозволити ув'язненим підтримувати сімейні зв'язки й контакти із суспільством, підготуватися до звільнення, здійснити пошук житла, роботи тощо [5].

Очевидно, що деякі види тюремних відпусток (ліцензія можливостей або інтеграції) мотивуються бажанням поліпшити можливості ув'язнених для пошуку їхнього місця в суспільстві після звільнення. Тюремна відпустка, яка надається з сімейних причин, повинна насамперед сприяти ресоціалізації засуджених. Якщо в такий спосіб буде визнано, що надання відпусток для візитів додому має важливе значення у збереженні зв'язку між засудженим і його родиною, логічно припустити, що перша відпустка в УВП повинна надаватися якомога швидше після ув'язнення.

Деякі вищеперераховані види тюремних відпусток ми зустрічаємо в законодавстві України. Так, за Кримінально-виконавчим кодексом України, виїзд за межі території установ виконання покарань (далі УВП) допускається як захід заохочення в установах відкритого типу (виправних центрах), засудженим дозволяється виїзд до близьких родичів на святкові, неробочі й вихідні дні не більше одного разу на місяць [6].

Засудженим, що знаходяться в виправних колоніях мінімального рівня безпеки, ділянках соціальної реабілітації виправних колоній середнього рівня безпеки й виховних колоній можуть бути дозволені короточасні виїзди за межі колонії на строк не більше семи днів, у зв'язку з винятковими обставинами: смерть або важка хвороба близького родича, стихійне лихо. Засудженим жінкам, що мають дітей у будинках дитини при виправних колоніях дозволяється виїзд для розміщення дітей у родичів, опікунів, при дитячих будинках тривалістю не більше 10 днів [6].

Станом на 1 січня 2011 р. в дільницях соціальної реабілітації установ Державної пенітенціарної служби, розрахованих на 3654 місць, утримувалися 2116 засуджених (– 1538 засуджених до планового наповнення). У першу чергу це стосується дільниць соціальної реабілітації в установах Луганської області (383 вільних місць), Херсонської (190), Харківської (188), Донецької (184), Хмельницької (148), Дніпропетровської (107), Київської (85) та Одеської (77) областей. Практика застосування системи тюремних відпусток у дільницях соціальної реабілітації майже відсутня. Не враховуючи поодинокі випадки надання засудженим короточасних виїздів за межі колоній, відмітимо, що проведене нами дослідження на базі виправних колоній в Одеській області ілюструє такі дані: так згідно з проведеним анкетуванням на базі Чорноморської колонії № 74 (жіноча колонія мінімального рівня безпеки з загальними умовами тримання), із 350 опитаних засуджених близько 312 не використовув-

вали право короткочасного виїзду за межі колонії та не заявляли про бажання його використовувати, 12 опитаним адміністрація відмовила в задоволенні цього права, 26 опитаних вказали на відсутність обставин, що передують використанню даного права. На території Чорноморської колонії розташований будинок дитини. Ця обставина, виходячи із закріпленого у законодавстві положення у п. 4 ст. 111 КВК, дозволяє саме засудженим жінкам, які мають дітей у будинках дитини при виправних колоніях, використовувати виїзд для розміщення дітей у родичів, опікунів, при дитячих будинках тривалістю не більше 10 днів.

Цікава тенденція просліджується у засуджених, які відбувають покарання на базі Південної колонії № 51 та 14 колонії в Одеській області (чоловічі колонії середнього рівня безпеки). Більшість опитаних 480 чоловік із 600 вказали, що хотіли б використати це право, та не було обставин, які б дозволили їм реалізувати його. Зазначимо, що в ст. 111 КВК перелік виняткових особистісних обставин є вичерпним.

Український законодавець йде шляхом розширення умов та обставин для використання засудженими короткочасних виїздів за межі колоній. Згідно з Законом України «Про внесення змін до Кримінально-виконавчого кодексу України щодо забезпечення прав засуджених осіб в установах виконання покарань» від 21 січня 2010 р., який набирає чинності з 1 січня 2012 р., засуджені, які працюють та перебувають у виправних колоніях мінімального рівня безпеки з полегшеними умовами тримання, мають право на щорічний короткочасний виїзд за межі колонії тривалістю 14 календарних днів. Даний факт породжує безліч дискусій як науковців так і практичних співробітників пенітенціарної системи.

З одного боку, переваги, які система надання тюремних відпусток може запропонувати засудженому безпосередньо, його родині й суспільству в цілому, здаються очевидними. Однак існує значна різниця між існуванням важливості самої теорії відпустки й дозволом застосовувати її на практиці. Відзначимо, що дослідження позитивної значимості тюремних відпусток, які могли б спростовувати багато критичних зауважень, не були проведені ні в Україні, ні в країнах Європи.

Критика використання тюремних відпусток посиляється рівною мірою на загальну превенцію, спеціальну превенцію та безпеку. Приміром, наводилися доводи про те, що тюремна відпустка нівелює значимість вироку, позбавляючи його превентивного впливу, вирок, винесений суддею, стає набагато менш значимим, коли засудженому дозволяють проводити більшу частину покарання поза УВП. Однак потрібно пам'ятати, що в сучасних умовах менше половини засуджених мають право на відпустку, і тільки після одержання гарантій, що вони не будуть зловживати нею. Крім того, час, що засудженому дозволяють провести у відпустці, занадто короткий для того, щоб виправдати побоювання про зменшення превентивного впливу покарання.

Інший аспект критики системи тюремних відпусток стосується охорони й суспільної безпеки: засуджений, що отримав право на відпустку, може зло-



вживати свободу для здійснення нового злочину. Статистика більшості держав — членів Ради Європи свідчить, що ця критика не виправдана.

Якщо виходити з того, що тюремна відпустка здатна позитивно впливати на соціальні зв'язки засудженого, логічно допустити, що використовуватися вона повинна, перш за все засудженими до тривалих строків покарання.

В Україні чисельність засуджених до тривалих строків покарання (більше 8 років) не перевищувала 18 % від загальної кількості засуджених, які відбувають покарання, і протягом 1995–2000 років їх рівень практично не змінюється. Більш численними є групи засуджених, яким призначені незначні строки покарання (від 2 до 5 років) і при цьому кількість цієї категорії має тенденцію зростання [7, 132].

Педагоги й психологи справедливо відзначають, що одним з основних факторів розвитку (виправлення) особистості є середовище, в якому здійснюється її життєдіяльність. Однак це середовище не завжди сприяє закріпленню позитивних результатів педагогічного впливу на злочинців. Навпаки, найчастіше ми спостерігаємо негативний вплив засуджених один на одного. Особливо цей вплив проявляється у засуджених до позбавлення волі на строк понад 10 років. Так, за результатами нашого дослідження, просліджується збільшення зареєстрованих порушень режиму з 7 % серед засуджених, які відбували покарання від 5 до 10 років, до 18,1 % серед тих, які відбували покарання у виді позбавлення волі понад 10 років позбавлення волі. Проведене вченими вибіркове дослідження показало, що 9–10-річний строк перебування в місцях позбавлення волі є тією межею, за якою знижується кількість засуджених, що визнають справедливим призначене їм покарання [2]. Після 8–9 років перебування в місцях позбавлення волі наростає процес розпаду родин засуджених, втрачаються соціально корисні зв'язків з родичами, крім того за деякими оцінками, біля 19 % засуджених страждають від різного виду психічних розладів, депресії, що слугує каталізатором небезпечної поведінки останніх [8]. Імовірно, це і є об'єктивний показник деякої «втоми» особистості засудженого, внаслідок довгих строків покарання, його загальної психологічної втоми, а також незадоволеності роботою, впливу негативно налаштованих засуджених. М. О. Аванесов відзначав, що тривалі строки позбавлення волі сприяють зниженню реальної перспективи виправлення засуджених [9, 253]. І дійсно, засудженому досить складно повірити в здійснення яких-небудь позитивних перспектив, які значно віддалені від нього. Дослідження, проведені О. Д. Глоточкіним і В. Ф. Пирожковим ще на початку 70-х років, показали, що 43 % засуджених до позбавлення волі взагалі не бачать мети в житті [10, 207]. Із числа опитаних нами засуджених (172 чоловіки у віці до 30 років), що відбувають покарання у Південній виправній колонії в Одеській області, усього 21 % мали позитивні плани на майбутнє (одержати професію, звільнитися достроково) і всього 6 % з них мали віддалені перспективи (створити або відновити родину, вести позитивний спосіб життя), 39 % опитаних не мали стійких перспективних планів, а 40 % виявили негативні життєві плани (впритул до продовження злочинного способу життя після звільнення). Серед засуджених

до тривалих строків позбавлення волі з негативними життєвими планами виявилось 72 % опитаних.

Таким чином, аналізуючи ці дані, доходимо висновку, що збільшення строків позбавлення волі не сприяє виправленню засуджених, тому наявність тривалого строку покарання не повинно перешкоджати останнім реалізовувати право на тюремну відпустку.

Але наскільки доцільно буде використання тюремних відпусток засудженими до тривалих строків покарання в Україні, складно сказати.

Перш за все, на нашу думку, постає питання безпеки. Одним з аргументів проти системи тюремної відпустки є те, що дозвіл засудженому бути відсутнім в УВП протягом деякого періоду є потенційною загрозою суспільної безпеки. Саме тому перед ухваленням рішення необхідно консультуватися із владою, яка може сприяти нормальному функціонуванню системи тюремних відпусток. Найочевидніший приклад у більшості країн — поліція, особливо в місцях проживання засуджених або в місці, де вони планують провести свою відпустку, яка може надати інформацію, що має значення для ухвалення рішення, а також спостерігати за засудженим під час його перебування поза колонією. На жаль, в Україні механізм даної взаємодії не передбачений, що негативно позначається на практиці впровадження в пенітенціарну систему цього правового явища і практично зводить цю практику нанівець.

З одного боку, засуджений повинен бути психологічно готовим до реалізації тюремної відпустки, з іншого — адміністрація колоній повинна ретельно спостерігати за поведінкою засудженого, щоб оцінити ризики, та одержати найдетальнішу його характеристику. Так як позитивна поведінка засудженого може бути результатом симуляції, потрібно, насамперед, аналізувати його характер. Саме характер, який формується під впливом життєвого досвіду та зумовлений суспільним життям людини, визначає життєву спрямованість особистості. Його аналізом повинні займатися психологи в УВП. Однак на даний час в Україні існує проблема неукомплектованості психологів в УВП, що пов'язана, з достатньо низькою заробітною платою, та надмірним навантаженням, що покладається на них. Так як існують непоодинокі випадки, коли психологи залучаються до виконання завдань, які не передбачені посадовою інструкцією та суперечать етичному кодексу психолога. Так, у 2010 р. робоче навантаження на 1 психолога в цілому по пенітенціарній системі становило 417 осіб (в 2009 — 573). Тому доцільно було б, на нашу думку, перш за все привести практику комплектування пенітенціарного персоналу до міжнародних стандартів. У контексті цього варто зазначити, що Мінімальні стандартні правила поводження з в'язнями закріплюють положення, згідно з яким до штату співробітників повинні включати *достатню* кількість спеціалістів, таких як психіатри, психологи, соціальні працівники, вчителів [11]. Тільки у цьому випадку система тюремних відпусток буде ефективно діяти на засуджених до тривалих строків покарання.

Тому ми згодні з законодавцем, що закріпив використання тюремних відпусток за засудженими до відносно коротких строків покарання. В цьому випадку важливим залишається питання про збереження відносин з роботодавцем і

колегами. Упевненість у наявності оплачуваної роботи перешкоджає рецидиву. У деяких випадках, наприклад, коли необхідне лікування не можливо надати у виправній колонії, не повинна виключатися можливість дозволу засудженим проходити лікування поза УВП.

Серед критеріїв, які повинні враховуватись, тяжкість злочину та суспільна небезпека особи — критерії першорядної важливості. При наданні відпустки інтереси й ризики повинні бути враховані в кожному окремому випадку.

Якщо виконуються всі згадані умови, не повинно бути ніяких затримок у наданні першої тюремної відпустки й, наскільки це можливо, у наступних відпустках теж. Це особливо важливо для засуджених, що мають дітей. Складні сімейні й соціальні обставини в деяких категорій засуджених не повинні автоматично призводити до відмови у відпустках для них, скоріше з метою виявлення можливостей надання тюремних відпусток їх випадки повинні розглядатися в індивідуальному порядку. Законодавство країн Європи передбачає, що адміністративні й судові рішення повинні пояснювати причини, що лежать у їх основі. Це має особливе значення, коли рішення — негативне, оскільки, якщо громадян не інформують про причини рішення, їм важко скористатися правом оскарження. Це також відноситься й до тюремної відпустки. Досвід деяких держав, де застосовується ця система, говорить про низьке число оскаржень рішень про відмову у тюремній відпустці. Це відбувається тому, що засуджені, в більшості випадків, розуміють причини, що мотивують відмову. В Україні КВК не містить процедури оскарження відмови в наданні виїзду за межі колонії. Це рішення приймається начальником колонії, можливо, вважається, що начальник колонії ніколи не може помилитися, ухвалюючи рішення щодо надання засудженому можливості виїзду за межі колонії.

Тому, важливе значення має ставлення пенітенціарного персоналу до надання тюремних відпусток засудженим. Нами було проведено анкетування співробітників виправних колоній в Одеській області. На жаль, отримані дані вказують на негативне відношення персоналу до системи тюремних відпусток: 34 експерти із 60 зазначили що ця система підриває значення ув'язнення, позбавляє його превентивного впливу; 18 експертів допускають використання тюремної відпустки тільки при наявності виняткових обставин, вказаних у КВК; тільки 8 експертів розцінюють це правове явище як засіб, що буде сприяти ресоціалізації засуджених. Тому необхідно, щоб співробітники всіх рангів були інформовані про цілі впровадження даної системи тюремних відпусток, підтримували її й були згодні сприяти успіху схеми.

**Висновки.** Автор даної статті в цілому вбачає позитивний вплив на засуджених даної системи. Однак потрібно пам'ятати, що, на жаль, в Україні не існує дієвого механізму практичного втілення системи тюремних відпусток, що значно підвищує ризик для безпеки суспільства. Для практичної реалізації системи тюремних відпусток в Україні необхідно провести більш глибокий аналіз зарубіжного досвіду, позитивних та негативних наслідків даного правового явища. Вважаємо, що і законодавець і наука повинні більшу увагу приділяти розвитку концепції системи тюремних відпусток, а не займатися лише

механічним створенням проектів законодавчих актів без їх ідеологічного обґрунтування.

### Література

1. Рекомендації Ради Європи R(82) 16 про тюремні відпустки // Система исполнення наказаний в Україні и стандарти Совета Европы : материалы регион. семинара / «Донецкий Мемориал». — Донецк, 2000.
2. Хохряков Г. Ф. Парадоксы тюрьмы. Проблемы, дискуссии, предложения / Г. Ф. Хохряков. М. : Юрид. лит., 1991. — 224 с.
3. Денисова Д. Принцип соціальної справедливості: проблеми практиків // Система исполнення наказаний в Україні и стандарти Совета Европы : материалы регион. семинара / «Донецкий Мемориал». — Донецк, 2000.
4. Ягунов Д. В. Державне управління пенітенціарною системою України: історія, сучасність, перспективи : монографія / Д. В. Ягунов. О. : ОРІДУ НАДУ, 2005. — 251 с.
5. Аналіз проблем запровадження громадського моніторингу в установах Державного департаменту України з питань виконання покарань : посібник. — К. : КІМ, 2007. — 536 с.
6. Кримінально-виконавчий кодекс України : наук.-практ. комент. / А. Х. Степанюк, І. С. Яковець ; за заг. ред. А. Х. Степанюка. — Х. : ТОВ «Дісей», 2005.
7. Дрьомін В. М. Каральна політика держави та проблеми деінституціалізації тюремного середовища // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. / редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) [та ін.]. — О., 2009. — С. 131–136.
8. Бартол К. Психология криминального поведения / Курт Бартол. — С.Пб. : ПРАЙМ-Еврознак, 2004. — 325 с.
9. Аванесов Г. А. Теория и методология криминологического прогнозирования / Г. А. Аванесов. — М., 1972.
10. Глоточкин А. Д. Исправительно-трудовая психология : учеб. для вузов МВД СССР / А. Д. Глоточкин, В. Ф. Пирожков ; под ред. К. К. Платонова. — М. : Академия МВД СССР, 1974.
11. Мінімальні стандартні правила поводження з в'язнями // Оцінка, шляхи подальшого реформування в'язничної системи України. — К., 1999. — С. 161–186.

### Анотація

**Марчук А. І.** «Тюремні відпустки» у кримінально-виконавчому законодавстві та пенітенціарній практиці України. Стаття.

Стаття присвячена розгляду негативних наслідків ув'язнення, пошукам нових умов ресоціалізації засуджених, проаналізовано, на основі європейського досвіду, позитивні та негативні моменти системи тюремних відпусток та доцільність використання даного правового явища в пенітенціарній системі України.

**Ключові слова:** засуджений, тюремна відпустка, ув'язнення, ресоціалізація.

### Аннотация

**Марчук А. И.** «Тюремные отпуска» в уголовно-исполнительном законодательстве и пенитенциарной практике Украины. — Статья.

Статья посвящена рассмотрению отрицательных результатов заключения, поискам новых условий ресоциализации осужденных, проанализированы, на основе европейского опыта, положительные и отрицательные моменты системы тюремных отпусков и целесообразность использования данного правового явления в пенитенциарной системе Украины.

**Ключевые слова:** осужденный, тюремный отпуск, лишение свободы, ресоциализация.

### Summary

**Marchuk A. I.** «Prison Leaves» in the Criminal-Executive Legislation and Penal Practice of Ukraine. — Article.

The article is devoted due to all negative results of imprisonment it must be noted that one of the most actual problems of reformation of the penitential system of Ukraine is a need of search of the new conditions of the resocialization of prisoners. In the most of countries-participants of the Council of Europe there is a tendency to decrease of negative influences of the execution (in the context of imprisonment) due to application of short-time leaves of prisoners (so-called «prison leaves») outside a prison.

**Keywords:** on prison leave, imprisonment, resocialization of prisoners.

Розділ 2

**ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛІСТИКИ:  
МИНУЛЕ ТА СУЧАСНІСТЬ**



### ОДЕСЬКА ЦИВІЛІСТИКА ХІХ СТ.: СУКУПНІСТЬ ОСОБИСТОСТЕЙ ЧИ НАУКОВА ШКОЛА

Останнім часом питання формування правових шкіл в нашій державі (у тому числі цивілістичних) усе більше привертають увагу вітчизняних науковців [1; 2], що є цілком природним, оскільки визначення характеру і тенденцій розвитку науки цивільного права дає можливість більш ефективного використання наукового потенціалу в цій галузі.

Але якщо, скажімо, Київській [3; 4] та Харківській цивілістиці [5; 6] приділялася досить значна увага, то системний аналіз наукових здобутків Одеських цивілістів практично не проводився (за винятком її «романістичного» відгалуження [7]). Чим, власне, і зумовлене підготування цієї статті.

Приступаючи до розгляду питань, які є предметом цієї статті, передусім, варто визначитися щодо ключових терміно-понять, котрі тут вживаються: «цивілістика», «Одеська (Київська, Харківська, Львівська тощо) цивілістика» та «цивілістична школа».

Цивілістика (наука цивільного права) може бути визначена як сукупність знань про правове становище приватної особи, її цивільні права, засоби реалізації та захисту останніх, об'єднані у систему понять, категорій, ідей, теорій та концепцій. При цьому предметом цивілістики («науки цивільного права») можуть бути як правові феномени, категорії, інститути, проблеми тощо, котрі розглядаються у контексті цивілістичних досліджень, так і власне «наука цивільного права» [8, 24–26; 9, 51–56; 10, 88–96]. Таким чином, предметом досліджень визначається не власне наука цивільного права, а феномен цивільного права в цілому, у всіх його проявах, що вивчаються наукою цивільного права.

Отже, цивілістика, як наука про приватне (цивільне) право, є сукупністю систематизованих знань, теорій, підходів, поглядів на приватне (цивільне) право як таке. Складовими частинами цивілістики є: 1) теоретична цивілістика (методологія цивільного права); 2) практична цивілістика («догма» цивільного права); 3) історична цивілістика; 4) порівняльна цивілістика.

Оскільки дослідження зазначеної проблематики не є метою цієї статті (авторська позиція була обґрунтована в інших публікаціях [1]), обмежуся констатацією тієї обставини, що поняття «цивілістика» може вживатися у широкому й вузькому значенні. У другому випадку йдеться про вивчення не цивільного права в усьому його розмаїтті, а про дослідження науки цивільного права. Можна сказати, що маємо справу не з цивілістикою, а «наукознавством у галузі цивілістики» або «цивілістичним наукознавством». Останнє являє собою лише частину предмета цивілістики у широкому сенсі. Але саме воно є «цивілістикою» у вузькому (спеціальному сенсі), і саме про «цивілістику» як науку цивільного права буде йтися далі.

Характеристика цивілістики можлива з використанням різних підходів.

Не зупиняючись детальніше на цьому питанні, яке може слугувати предметом окремого дослідження, зазначу лише, що в сучасній вітчизняній цивілістиці розвиток науки цивільного права досліджується за допомогою, головним чином, таких підходів як:

- 1) «персоналістський» або ж «персоналістсько-бібліографічний»;
- 2) «персоналістсько-класифікаційний»;
- 3) «хронологічний»;
- 4) «територіальний» або ж «територіально-персоналістський».

Кожен із згаданих вище підходів має свої переваги й недоліки, внаслідок чого, очевидно, доцільно застосовувати їх із врахуванням мети конкретного дослідження, завдань, які постають перед дослідником. Якщо необхідно прослідкувати динаміку розвитку цивілістичної науки у часі, переваги мають надаватися хронологічному підходу або хронологічному в поєднанні з персоналістським, територіальним тощо. Якщо предметом дослідження є вплив «територіальних чинників» на особливості розвитку цивілістичних концепцій, предмета та методології дослідження тощо, врешті, просто здобутків знаного наукового центру (університетів, академій тощо), то домінуючим має бути «територіальний» підхід.

Разом із тим у випадках необхідності всебічного комплексного дослідження наукових здобутків у галузі цивільного права доцільним є застосування синкретичного підходу, котрий дозволяє у підсумку отримати «об'ємне» уявлення про цивілістику як цілісне явище.

Практичним висновком із викладеного вище, що має безпосередній стосунок до проблематики цієї статті, є те, що цілком коректно вести мову про «Одеську цивілістику» (так само, як і про цивілістику кожного регіону чи міста), де були чи є видатні науковці і /або осередки наукових досліджень у цій галузі. Звісно термін «Одеська цивілістика» (Київська, Львівська, Харківська тощо) певною мірою є умовним, оскільки стосується у більшості випадків не лише науковців, які працюють у певному місті — науковому центрі, але й у тих містах, наукових чи навчальних установах, котрі входять до ареалу впливу цього центру. Крім того, постає питання, чи можна вважати представниками того чи іншого центру цивілістичної думки, науковців, які вчилися у ньому, закінчили вищий навчальний заклад або аспірантуру, починали чи завершували тут кар'єру, працювали лише певний час тощо. Іншими словами, виникає необхідність встановити значення терміна «школа цивілістики» та підстави і обсяг його використання при дослідженні здобутків науки цивільного права у певному регіоні.

Отже, щодо поняття «наукова школа». Враховуючи ту обставину, що з цього приводу висловлювалося чимало дослідників [11] запропоную на цьому підґрунті власне визначення терміно-поняття «цивілістична школа», зробивши застереження, що воно може існувати у широкому і вузькому сенсі.

У широкому сенсі «цивілістичну школу» — можна визначити як сукупність наукового потенціалу (правознавців, особистостей) у галузі цивілістики, що реалізується шляхом отримання наукових результатів на певних, властивих



саме цій сукупності засадах, які відрізняють її від інших аналогічних шкіл. Ознаками «цивілістичної школи» у широкому сенсі цього поняття є: 1) наявність сукупного наукового потенціалу; 2) отримання наукових результатів шляхом проведення досліджень на певних, властивих саме цій сукупності засадах, які відрізняють її від інших аналогічних шкіл. (З певною мірою умовності це можна назвати «науковим стилем», або «стилем наукової школи»). При такому підході критерії об'єднання науковців в одну цивілістичну школу можуть бути різноманітними: країна, місцевість, місто, вищий навчальний (науково-дослідний) заклад, особистість керівника, особисті взаємини (симпатії чи антипатії) тощо. Аналіз діяльності цивілістичної школи у такому випадку може провадитися з наступною деталізацією її діяльності за допомогою «персоналістського» чи «хронологічного» підходів.

Однак можливим є й дослідження особливостей «цивілістичної школи», взятої у її вузькому значенні — як сукупності наукового потенціалу (правознавців, особистостей) у галузі цивілістики, що реалізується шляхом дослідження проблем у певному розділі цивільного (приватного) права (при цьому може йтися про дослідження якихось певних проблем або навіть однієї проблеми, яка має істотне значення). Очевидно, при обмеженні наукового пошуку певною територією аналізувати «цивілістичну школу» у вузькому сенсі можна лише в межах більш широкого поняття «школа цивілістики певного регіону» (наприклад, «Одеська школа цивілістики»). Хоча з цього загального правила можливі висновки, зумовлені, скажімо міжрегіональними науковими зв'язками, зміною напрямків дослідження, переїздом в регіон науковців, котрі є сформованими особистостями і можуть спричинити потужний вплив на вибір проблематики і характеру дослідження тощо).

Враховуючи викладене, повернемося до питання про сутність поняття «Одеська цивілістика» та формування «Одеської (Південної) цивілістичної школи». Тут, думаю, доцільним є охарактеризувати особистості цивілістів та напрямки і особливості методології їхніх наукових пошуків.

Провідні науковці у галузі цивільного права в Одесі XIX ст. були згруповані, головним чином, у Новоросійському університеті, де протягом цього часу працювали такі відомі цивілісти, як В. І. Адамович, Д. І. Азаревич, Є. В. Васильковський, Ю. С. Гамбаров, М. Л. Дювернуа, О. І. Загоровський, В. Д. Катков, В. І. Курдиновський, С. П. Ніконов, П. П. Цитович та ін. [12]. Попри ту обставину, що кожен з них мав свої наукові уподобання, свої переваги (часом і недоліки) як викладач і як науковець, в працях багатьох з них можна виявити ознаки спільного наукового стилю.

Щоб не бути голослівним, проілюструю це прикладами, торкаючись при цьому наукового та викладацького доробку лише тих науковців-цивілістів, у працях яких найбільш яскраво проявилися зазначені вище риси, властиві Одеській цивілістиці.

**Дмитро Іванович Азаревич** — у 1870 р. закінчив юрфак Санкт-Петербурзького університету із золотою медаллю за твір «О договоре доверенности», який приніс йому визнання у наукових колах. У 1872 р. захистив магістер-

ську дисертацію «О различии между опекой и попечительством по римскому праву». Працював виконуючим обов'язки екстраординарного професора у Демидівському юридичному ліцеї в Ярославлі. Захистив у 1877 р. у Новоросійському університеті докторську дисертацію «Прекариум по римскому праву». У цьому ж році йому присвоїли ступінь доктора цивільного і римського права. 7 травня 1882 р. Рада Новоросійського університету обрала його ординарним професором римського права. Він очолив кафедру римського і цивільного права. Крім римського права (з якого підготував у цей час кілька посібників [13]), викладав російське цивільне право і торговельне право. У 1887 р. переїхав до Варшави. У Варшаві в 1888–1889 рр. вийшли друком два томи (перший том — у Петербурзі в 1887 р.) його тритомника «Система римского права (университетский курс)». Це був перший повний підручник з догми римського права. Фундаментальний двотомник «История Византийского права» став класичним і ліг в основу більшості наступних досліджень візантійського (греко-римського) права [14].

**Юрій Степанович Гамбаров** після закінчення Московського університету переїхав за кордон, до Геттінгенського університету, для продовження вивчення права. Тут він став учнем і послідовником Р. фон Єринга. Повернувшись до Москви у 1879 р., захистив дисертацію магістра права.

У 1880 р. Ю. С. Гамбарова перевели до Новоросійського університету на посаду доцента кафедри цивільного права. У 1882 р. він отримав від університету відрядження до Німеччини. Після повернення і до травня 1884 р. викладав в Новоросійському університеті. У 1911 р. видав перший том свого «Курса гражданского права» [15], основою якого були лекції, що читалися ним у Новоросійському університеті. У цій праці він узагальнив висновки своїх попередніх праць та ще виразніше сформулював свою точку зору на наукове правознавство, яке, на його погляд, має бути порівняльно-історичним.

**Микола Львович Дювернуа** у 1857 р. закінчив Московський університет зі ступенем кандидата. У 1865 р. отримав можливість поїхати за кордон своїм коштом для продовження вивчення римського права та його історії (Лейпцігський університет). Після повернення в 1869 р. захистив магістерську дисертацію «Источники права и суд в древней России, опыты по истории русского гражданского права». Після захисту дисертації два роки був у закордонному науковому відрядженні. У Відні М. Л. Дювернуа особисто познайомився з Р. фон Єрингом, праці якого з римського права справили великий вплив на його наукові погляди.

У 1871 р., повернувшись до Ярославля, отримав запрошення викладати римське право в Демидівському ліцеї, де потім протягом чотирьох років очолював кафедру римського права. У цей період написав докторську дисертацію «Основная форма корреального обязательства, историко-юридическое и критическое исследование по римскому праву», яку 26 травня 1874 р. захистив в Одесі. 31 травня 1874 р. Рада Новоросійського університету обрала його ординарним професором римського права. Працював в Одесі до 1882 р., виступаючи одночасно і як цивіліст, і як історик права. За семирічне перебуван-

ня в Новоросійському університеті розробив курси з історії та догми римського права.

З 1882 р. М. Л. Дювернуа очолював кафедру цивільного права Санкт-Петербурзького університету. У 1889 р. була опублікована остання значна робота М. Л. Дювернуа «Из курса лекций по русскому гражданскому праву». (Пізніше перевидавалася під назвою «Чтения по гражданскому праву»).

М. Л. Дювернуа був послідовником німецької історичної школи, особливо тієї її частини, яка об'єднує основні погляди старої філософської школи з методом та історичними поглядами Савіньї. Під впливом Р. Єринга написана згадана вище магістерська дисертація. Роль Р. Єринга у розвитку історичної школи належним чином оцінена і в лекції: «Значення римського права для російських юристів» [16]. Проте, коли Р. Єринг почав критикувати погляди Савіньї, Дювернуа виступив захисником саме цих двох засад. Обстоював думку, що процес історичного розвитку цивільного права визначається поступовим відокремленням «чистих цивільних форм» від публічно-правових елементів, що переважають на ранніх щаблях розвитку, і завершується пануванням «загального права», що спирається на вільну волю вільної від державної опіки особистості — волю, яка і є основним елементом правотворення. Ніде ці «чисто цивільні форми» не з'ясувалися з більшою точністю і визначеністю, ніж у праві римському; тому засвоєння норм останнього скрізь супроводжує процес утворення загального права на місці партикулярного. Такий самий шлях розвитку доведеться пройти і Росії, для якої він так само неминучий, як і плідна наукова рецепція римського права.

**Сергій Павлович Ніконов** закінчив юридичний факультет Казанського університету в 1869 р. З 1903 до 1909 р. виконував обов'язки екстраординарного професора кафедри римського права Харківського університету. Був магістром, згодом доктором цивільного права.

У липні 1909 р. переведений до Новоросійського університету на посаду ординарного професора. Тут він очолив кафедру цивільного права і цивільного судочинства. Читав повний курс цивільного права, історію і догми римського права, вів практичні заняття з цивільного та римського права. У 1912 р. він був переведений до Санкт-Петербурзького університету на кафедру торговельного права і торговельного судочинства.

Наукові праці з цивільного права мали помітне «історичне забарвлення» [17], включали в себе положення щодо рецепції норм римського права стосовно окремих інститутів [18]. Крім того, був автором підручника з римського права.

**Олександр Іванович Загоровський** після закінчення в 1872 р. університету св. Володимира був залишений для підготовки до професорського звання. Працював приват-доцентом, а з 1879 р. — доцентом Демидівського юридичного ліцею. В 1879–1885 рр. доцент кафедри цивільного права Харківського університету. Після захисту докторської дисертації в 1886 р. став ординарним професором тієї ж кафедри.

В 1892 р. О. І. Загоровського обрано ординарним професором кафедри цивільного права та судочинства Новоросійського університету.

У 1902 році була опублікована головна його праця — «Курс семейного права». Вона відрізнялася від усіх подібних курсів своїм енциклопедичним характером. Розгляду кожного з основних інститутів сімейного права передував короткий нарис його історії. Крім того, виклад інститутів сучасного сімейного права Росії супроводжувався зіставленням їх з аналогічними інститутами у праві Австрії, Англії, Бельгії, Німеччини, Італії, Франції, Швейцарії.

Характеризуючи свій *Курс сімейного права*, О. І. Загоровський писав у передмові до нього, що він являє собою порівняльний виклад інститутів чинного сімейного права за вітчизняним і семи найважливішими західноєвропейськими законодавствами у зв'язку з історичним розвитком цих інститутів на Заході і у нас. Викладаючи історичні нариси до сучасного права, автор вважав, що таким чином минуле допоможе розуміти сьогодення. Таким чином, дослідження інститутів сімейного права проводилося за допомогою поєднання історичного, порівняльного та догматичного методів [19].

*Олексій Васильович Куніцин* народився у 1807 р. Закінчив Санкт-Петербурзький університет. У 1831 був направлений до Берліна, де працював під проводом Савіньї. З 1835 р. викладав у Харківському університеті. Працював в Новоросійському університеті з 1866 по 1877 р., читав цивільне та римське право.

*Іван Григорович Табашников* народився у 1844 р. (1842 р.) в Одесі. В 1872 р. екстерном склав іспити за університетський курс та отримав ступінь кандидата юридичних наук у Санкт-Петербурзькому університеті, після чого був залишений при ньому стипендіатом для підготовки до професорського звання. У 1878 р., після захисту дисертації «Литературная, музыкальная и художественная собственность», отримав ступінь магістра у Московському університеті. У 1887–1898 рр. працював у Новоросійському університеті виконуючим обов'язки екстраординарного професора кафедри римського права. Тут він читав різні розділи римського права (історію, систему, догму, читання джерел), а також російське цивільне право. Наукові дослідження цивілістичних інститутів містили ґрунтовний аналіз історичного розвитку відповідних понять і категорій [20], оскільки автор вважав, що історичне дослідження кожного інституту не може не бути корисним при вирішенні законодавчих завдань і навіть при застосуванні законодавства на практиці [21].

*Петро Павлович Цитович* у 1866 р. закінчив юрфак Харківського університету, де у 1867 р. після захисту дисертації «Исходные моменты в истории русского права наследования» зайняв посаду приват-доцента цивільного права.

У 1873 р. після захисту докторської дисертації «Деньги в области гражданского права» був обраний екстраординарним професором цивільного права Новоросійського університету. З 1874 р. — ординарний професор цивільного права. Наукові праці мав із різноманітної цивілістичної проблематики. У багатьох випадках торкався питань історії цивілістики [22]. Навіть коли йшлося про дослідження проблем, скажімо, векселю [23], праця супроводжувалася чудовим історичним нарисом розвитку вексельних операцій, літератури та з вексельного права.

Підбиваючи підсумки викладеному, думаю, можна достатньо обґрунтовано стверджувати, що в Одесі наприкінці XIX ст. почалося формування оригінальної школи цивілістики. Особливості її вбачаються в тому, що більшість науковців, яких можна вважати її представниками, були фахівцями у галузі як цивільного, так і римського права. При цьому деякі з них проявили себе як видатні теоретики-цивілісти (передусім, це стосується Є. В. Васьковського, М. Л. Дювернуа, Ю. С. Гамбарова, П. П. Цитовича), котрі поряд з іншими методологічними прийомами активно використовували історичний метод, аналізували досягнення давньоримської думки тощо. Інші зосередили увагу, головним чином, на створенні підручників та курсів з цивільного та сімейного права (Д. І. Азаревич, О. І. Загоровський). Дехто присвятив головні зусилля викладанню цивільного та римського права (О. В. Куніцин, С. П. Ніконов), закладаючи тим самим підвалини для подальшого розвитку та оновлення наукового потенціалу Одеської цивілістичної школи, про характерні риси якої мовилося вище.

Варто зазначити, що, хоча видатні цивілісти, про яких йшлося вище, народилися в різній місцевості, належали до різних соціальних станів, закінчували різні вищі навчальні юридичні заклади, проте усіх їх об'єднували ті обставини, що протягом більш чи менш тривалого часу (причому, як правило, у період розквіту як науковця) вони працювали в Новоросійському університеті. Але, крім того (і в нашому випадку це більш важливо) науковому стилю дослідження більшості зі згаданих цивілістів притаманна така важлива ознака «наукової школи» як єдність методологічного підґрунтя. У свою чергу, згадані методологічні імперативи (не торкаюся тут сутності поняття «методологічний імператив дослідження», оскільки дати його характеристику вже мав можливість раніше [24; 25]) були результатом впливу історичної школи права та «романістичних уподобань» багатьох із згаданих цивілістів, які нерідко одночасно були і висококваліфікованими викладачами римського права (причому, зазвичай, саме під час їхньої праці у Новоросійському університеті).

### Література

1. Харитонов Є. О. Цивілістика: поняття, підходи та структура // Часопис цивілістики. — О., 2006. — Вип. 1. — С. 10–15.
2. Майданик Р. Наука цивільного права України: поняття, предмет, методологія // Про українське право : часопис кафедри теорії та історії держави і права Київ. нац. ун-ту ім. Тараса Шевченка / за ред. І. Безклубого. — К., 2009. — Чис. IV. — С. 101.
3. Підпригора О. Цивілістична наука в Київському університеті ім. Тараса Шевченка // Вісник Академії правових наук України. — 1999. — № 2 (17). — С. 107–123.
4. Київська школа цивілістики : до 175-річчя Київ. нац. ун-ту ім. Тараса Шевченка, 1834–2009 / за ред. Р. А. Майданика. — К. : Алерта : КНТ : ЦУЛ, 2009. — 334 с. : ілюстр.
5. Страницы Харьковской цивилистики. В 3 ч. Ч. 1. История развития кафедры гражданско-правовых дисциплин ХНУ имени В. Н. Каразина ; Ч. 2. Лучшие работы кафедры гражданско-правовых дисциплин за 2009/2010 учебный год / под общ. ред. И. В. Венедиктовой и С. Н. Бервено. — Х. : ХНУ им. В. Н. Каразина, 2010. — 216 с. : ил.
6. Страницы Харьковской цивилистики. В 3 ч. Ч. 3. Доктора Харьковской юридической школы / сост.: С. Н. Бервено, И. В. Венедиктова, Е. А. Греков [и др.] ; под общ. ред. И. В. Венедиктовой и С. Н. Бервено. — Х. : ХНУ им. В. Н. Каразина, 2010. — 360 с. : ил.

7. Харитонов Є. О. Школа рецепції римського права в Одеській національній юридичній академії // Наукові праці Одеської національної юридичної академії. — О., 2002. — Т. 1. — С. 44–67.
8. Вільнянський С. І. Радянське цивільне право : навч. посіб. Ч. 1. — Х. : Вид-во Харк. ун-ту, 1966 ; Гражданское право Украины. В 2 ч. Ч. 1 / под ред. А. А. Пушкина, В. М. Самойленко. — Х. : Ун-т внутр. дел. : Основа, 1996.
9. Цивільне право України : курс лекцій. У 6 т. Т. 1, кн. 1 / за ред. Р. Б. Шишки та В. А. Кройтора. — Х. : Еспада, 2004.
10. Харитонов С. О. Париси теорії цивілістики (поняття та концепти) : монографія / С. О. Харитонов. — О. : Фенікс, 2008. — 464 с.
11. Бондарук Т. І. Наукознавчі категорії «школа», «напрямок», «концепція», «течія» в юридичній науці // Часопис Київського університету права. — 2010. — № 4. — С. 15–20.
12. Далі біографічні дані наводяться за виданнями: Професори Одеського (Новоросійського) університету : біогр. слов. : у 4 т. — О. : Астропринт, 2000.
13. Азаревич Д. И. Значение римского права / Д. И. Азаревич. — О., [б.г.] ; Азаревич Д. И. Из лекций по римскому праву. Вып. 1 / Д. И. Азаревич. — О., 1885.
14. Азаревич Д. И. История Византийского права. Т. 1, ч. 1 / Д. И. Азаревич. — Ярославль : Тип. Г. В. Фальк, 1876. — 118 с. ; Азаревич Д. История Византийского права. Т. 1, ч. II / Д. И. Азаревич. — Ярославль : Тип. Г. В. Фальк, 1877. — 351 с.
15. Гамбаров Ю. С. Курс гражданского права. Т. 1. Часть общая / Ю. С. Гамбаров. — СПб., 1911. — 780 с.
16. Дювернуа Н. П. Значение римского права для русских юристов / Н. П. Дювернуа. — Ярославль, 1870.
17. Никонов С. П. Поручительство в его историческом развитии по русскому праву / С. П. Никонов. — СПб., 1895. — 126 с. ; Никонов С. П. Развитие защиты владения в средневековой Европе / С. П. Никонов. — Х. : Печ. дело, 1905. — 350 с.
18. Никонов С. П. Краткий учебник римского права / С. П. Никонов. — Х., 1907. — 132 с.
19. Загоревский А. И. Семейное право // Записки Императорского Новороссийского университета. — 1902. — Т. 88, ч. учасная. — С. 1–168.
20. Табашников И. Г. Прошлое векуля: Историко-юридическое исследование // Записки императорского Новороссийского ун-та. — 1891. — Т. 56. — С. 1–442.
21. Табашников И. Г. По поводу прошлого векуля / И. Г. Табашников. — О., 1893. — 51 с.
22. Цитович П. П. Исходные моменты в истории русского права наследования / П. П. Цитович. — Х., 1870. — 64 с.
23. Цитович П. П. Курс векульного права / П. П. Цитович. — К., 1887. — 336 с.
24. Харитонов Є. О. Методологічний імператив дослідження актів кодифікації у галузі приватного права // Методологія приватного права : зб. наук. пр. : (за матеріалами наук.-теорет. конф., м. Київ, 30 трав. 2003 р.). — К., 2003. — С. 40–44.
25. Харитонов С. О. Методологічний імператив досліджень феномену рецепції у галузі приватного права // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. / редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) [та ін.]. — О., 2008. — Вип. 43 / відп. за вип. Ю. М. Оборотов. — С. 9–14.

### Анотація

*Харитонов Є. О.* Одеська цивілістика XIX ст.: сукупність особистостей чи наукова школа. Стаття.

У статті розглядаються питання формування Одеської школи цивілістики, що припадає на другу половину XIX ст. Аналізуються поняття «цивілістика», «наукова школа», «цивілістична школа». Розглядаються особливості наукового стилю Одеської школи цивілістики та найбільш відомі представники останньої.

*Ключові слова:* цивілістика, наукова школа, цивілістична школа, Одеська цивілістика, методологічний імператив.

### Аннотация

*Харитонов Е. О.* Одесская школа цивилистики XIX ст.: совокупность личностей или научная школа. — Статья.

В статье рассматриваются вопросы формирования Одесской школы цивилистики, которая

приходиться на вторую половину XIX ст. Анализируются понятия «цивилистика» «научная школа», «цивилистическая школа». Рассматриваются особенности научного стиля Одесской школы цивилистики и наиболее известные представители последней.

*Ключевые слова:* цивилистика, научная школа, цивилистическая школа, Одесская цивилистика, методологический императив.

### Summary

*Kharitonov E. O. Odessa's Civilistics of the XIX Century: a Set of Individuals or a Scientific School. Article.*

The article examines the issues of forming Odessa civilistics school which took place in the second half of the XIX century. Concepts of «civilistics», «scientific school», «civilistic school» are analyzed. Special features of Odessa civilistics school scientific style and its most well-known representatives are considered.

*Keywords:* civilistics, scientific school, civilistic school, Odessa's civilistics, methodological imperative.

УДК 447.1

О. В. Басай

### ПРИНЦИПИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА В ДАВНЬОМУ РИМІ

Питання про принципи права завжди розглядалося в літературі і не втрачало своєї актуальності. Принципи цивільного права еволюціонували протягом тисячоліть, перш ніж закріпилися в національному законодавстві. Це довготривалий період, що не завершився й досі. Ті ідеї, які озвучуються сьогодні в багатьох дослідженнях, були зароджені ще в античному світі.

До цієї теми принципів цивільного права звертались багато радянських, російських та українських вчених в різні періоди: І. Бабич, Т. Бондар, Н. Ю. Голубева, В. П. Грибанов, Ю. Х. Калмиков, А. М. Колодій, Е. Г. Комісарова, О. А. Кузнецова, А. В. Луць, В. П. Паліюк, Г. А. Свердлик, Ю. К. Толстой, Є. О. Харитонов, А. А. Чукреев та багато інших вчених. Однак предметом їх досліджень не були питання зародження поняття про принципи цивільного права.

Ціллю цієї статті є аналіз зародження та розвитку вчення про принципи цивільного права у Давньому Римі.

Розуміти принципи необхідно в залежності від духу часу. Адже ще Ж.-Л. Бержель відзначав, що право передає особливості свого часу і несе в собі стигматизації епохи, коли сформувалось і ні одна його галузь не може уникнути цих мутацій. В залежності від часу одні й ті самі принципи наповнюються різним змістом, детермінованого умовами життя суспільства [1, 4].

Не можна не визнати, що система принципів цивільного законодавства залежить від того, які задачі являються пріоритетними у відповідний історичний період (економічні, політичні, соціальні). Адже, з однієї сторони, принципи права відображають його об'єктивні властивості, обумовлені закономірнос-

тями розвитку даного суспільства, всією гамою історично притаманних йому інтересів, потребами, суперечностями і компромісами різних класів, груп і верств населення. З іншої сторони, в принципах права відображається його суб'єктивне сприйняття членами суспільства, їх правові погляди, почуття, вимоги, що виражаються в різних вченнях, теоріях, напрямках праворозуміння.

Історія еволюції римського права має унікальний характер. На його формування впливали і грецька філософія, і право інших народів. Римські юристи зробили суттєвий внесок у вивчення проблем теорії права, зокрема розробку основоположних понять, концепцій юриспруденції. Під впливом стоїцизму природне право для них виявлялось як ідеальне. Завдяки такому ідеальному підходу було створено абстрактну систему права, яка складалася із системи інститутів і принципів [2, 15]. В роботах науковців принципи цивільного права знаходили своє становлення та відображення.

Згадки про фундаментальні засади права можна зустріти в основних джерелах права у будь-яких правових системах. Проте найбільш ґрунтовно ці принципи були розроблені у римському праві. Саме слово «принцип» походить від латинського «*prīncipium*», де означає основні, найзагальніші вихідні положення, засоби, правила, які визначають природу явища, його спрямованість і найсуттєвіші властивості [3, 25].

Важливо зазначити, розвідки щодо засад приватного права, зазвичай провадилися на конкретних прикладах, життєвих казусах і, як правило, не мали характеру загальних розмірковувань. Сказане не означає, що теорія права займала взагалі другорядне місце, але теоретичні вибудови були кінцевим результатом досить довгого ланцюжка аналізу реальних (а пізніше й спеціально змодельованих) судових спорів [4, 67].

Та все ж слушним є наголосити на високозначимому становищі римських юристів, чиї тлумачення норм набули загальнообов'язкового характеру і стали своєрідним джерелом права, а консультаційна практика та науково-практичні висновки безпосередньо впливали на розвиток права. Тому принципи правової доктрини можна вважати принципами римського права [3, 25].

Відомий юрист Марк Тулій Цицерон зробив великий внесок у розвиток наукової думки про принципи приватного права того часу, при тому зробив це на стільки якісно, що його досягненнями ми керуємося й сьогодні. В своїй праці «Про закони» він обґрунтовував теорію природного права. Писав, що довільно прийнятим законам протистоять закони природи. «Ми в змозі розрізнити добрий закон від поганого на підставі мірила, що дала природа. Керуючись природою, відрізняють усе чесне від усього ганебного» (Про закони XVI, 44). Вже в цій роботі можна відмітити наявність такої категорії, як «справедливість», що підтверджується таким висловлюванням: «Але якщо справедливість не слідує з природи, то її взагалі не існує, а та, що встановлюється з розрахунку на вигоду, знищується з міркувань вигоди для інших» (Про закони XV, 42). Цицерон знову і знову повертається до поняття справедливості та її співвідношення із законністю. Пізніше ця категорія переростає в принцип справедливості. За Цицероном, перше завдання справедливості полягає у тому,



щоб нікому не завдавати шкоди, якщо тільки тебе не спровокували на це беззаконня, потім — у тому, щоб користуватися спільною власністю як суспільною, а приватною як своєю (Про обов'язки VII, 20). Багато видатних римських правників, крім Циперона, поверталися до цього принципу, та не тільки римські, але й грецькі філософи зверталися до цих ідей. Наприклад, Платон. Він називав справедливістю доброчесність, що означає правильне ставлення до інших людей, а також сукупність всіх чеснот взагалі. Арістотель пов'язував справедливість із заслугами членів суспільства, на основі яких можна розподіляти певні блага. Юстиніан визначав її як постійну і вічну волю віддавати кожному належне [5, 14].

Римські юристи, що бачили в справедливості онтологічну і аксиологічну основу права, вважали справедливість ідеєю, ідеалом права, а само право — цілеспрямованим рухом до досягнення справедливості [6].

Саме це підкреслює вислів Ульпіана у титулі I першої книги Дигест, або Пандекті Юстиніана під назвою «Про справедливість і право» містяться відомі визначення того що таке право і справедливість. «Тому, хто вивчає право, необхідно перш за все довідатися, звідки походить слово «право» (jus). Право отримало свою назву від слова «справедливість» (justitio), бо згідно з чудовим визначенням Цейса: «право є мистецтвом благого і справедливого (Iusestars boni et aequi)» [7, 27].

Паул зазначав: «У справах, особливо юридичних, треба пам'ятати про справедливість» (Д. 50.17.90). «Це бажано з міркувань справедливості, хоча право й не приписує» (Д.39.3.2.5). Марцел наводить таке положення імператора Антоніна «Хоча й важко змінювати встановлений порядок: але там, де цього вимагає явна справедливість, необхідно надати допомогу» (Д. 4.1.7. pr) [4, 71].

Ідеї давньогрецької філософії щодо місця принципу справедливості та ідеї природного права кардинально вплинули на подальший розвиток приватного права. Саме завдяки їй римське приватне право змогло набути абстрактності, яка дозволяла регулювати цивільні правовідносини, що постійно розвивалися. У творах давньогрецьких авторів та в законодавчих актах часто зустрічаються посилання на справедливість, добрі нрави, добру совість [2, 142].

На початку свого становлення принцип справедливості був тісно пов'язаний з мораллю. У праві категорія «справедливість» набула значення «justitia». Поняття «aequitas» юристами для протиставлення iniquitas (несправедливості) — правовій ситуації, яка суперечить справедливості. Відповідно до конкретизації принципу справедливості з'являється категорія «aequitas» (рівність). Такий підхід зумовив розвиток правового становища індивіда як суб'єкта права. Зростання ролі індивіда у праві призвело до розвитку ідеї гуманності. Принцип справедливості використовувався для правильного, відповідного властивостям самого права, розуміння норм позитивного права.

У розробках римських правників періоду формування приватного права часто відображається така етична категорія як «bona fides», куди слово «добрий» спочатку увійшло як прикметник. Ця категорія в процесі формування приватного права набула самостійності, існувала як цілісне поняття, приблизно рівне

нашому «добросовісність, совісність, сумлінність». Поняття «добра совість» як категорія юридична сформувалося ще на ранніх стадіях розвитку римського приватного права і вже в період Ранньої Республіки (509–26 рр. до н.е.) увійшла у плоть і кров римського суспільства [8, 132].

Стародавнє право Риму було дуже формалізованим і консервативним. Та швидкий розвиток економіки та торгівлі у Римській імперії привів до того, що догми «суворого» права вже не могли задовольняти широкі інтереси ділових кіл і обігу в цілому. Тоді значення «bona fides» особливо зросло. Це був кінець доби республіки, коли під впливом грецької культури та філософії відбувається розширення світогляду римських правників, втрачає провідну роль формальний момент права. Відбувається падіння культу слова, в якому вже вбачають не саму думку, а лише засіб її вияву ззовні. Звідси виникає прагнення не лише зафіксувати волевиявлення особи, але й встановити її дійсну волю, наміри, що вона мала.

Отже, саме римські юристи вперше розробили чіткий механізм реалізації концепції добросовісності у цивільних правовідносинах, спрямували таким чином розвиток обороту від правил незручного та консервативного «суворого» права до нового, більш універсального стану, який відповідав динамічним інтересам учасників договірних правовідносин [8, 133]. При цьому «bona fides» виконувала такі основні функції: визначення та тлумачення змісту договору не з точки зору його формальних умов та приписів закону, а з точки зору справжніх намірів сторін та звичаїв ділового обороту, тобто функцію захисту дійсного змісту договору; вирішення спорів, що впливали із договорів, на засадах справедливості та добросовісності сторін за допомогою процесуального інструменту *exceptio doli*.

Щодо еволюції принципу неприпустимості позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією та законом, треба звернути увагу на найбільш популярні у Стародавньому Римі філософські течії — стоїчне та епікурейське вчення. Саме філософська течія епікурейства яскраво вплинула на розвиток права приватної власності в Стародавньому Римі. Пізніше ці вчення сформували відому тепер принцип неприпустимості позбавлення права власності. Римське визначення права власності як найбільш абсолютного права користуватися і розпоряджатися речами з тими лише обмеженнями, які встановлені договором і правом, згодом відобразилося в більшості цивільно-правових кодифікацій.

Останнім часом у романістичній літературі ставиться під сумнів наявність у римській юриспруденції уявлень, адекватних сучасному праву власності. При чому такі сумніви виникають навіть у авторів, котрі раніше визнавали існування «знаменитої римської конструкції права приватної власності». Разом з тим у відомій нам літературі не піддається сумніву наявність висловлювань Цицерона. Слід погодитися, що основою вчення Цицерона про справедливість та несправедливість є уявлення про недоторканність власності і тому найважливіший обов'язок полягає у додержанні та охороні цієї недоторканності. Такий висновок знаходить підтвердження і при аналізі промови Цицерона *Цеци-*

ну. Він зазначав: яка користь буде від набутого без впевненості у тому, що збережеш його за правом власності, яка користь володіти маєтком без установленого пращурами права кордонів, права володіння [4, 62]?

Під впливом стоїчної філософії римські правники розробляють вчення про *jus naturae* (як ідеальне право, котре загальним для всіх), а погляди епікурейців знайшли своє відображення у визнанні індивідуалізму та суверенітету особи, як підстави для становлення права приватної власності та деяких інших інститутів приватного права. Ульпіан зазначав: «Раб не може бути з точки зору цивільного права стороною у договірному зобов'язанні, однак у природо правному аспекті він може і зобов'язуватись» (Д. 44 7.14) [4, с. 69].

Платон у «Державі», конструюючи ідеальну справедливу державу, обґрунтовує принцип рівності чоловіка та жінки. Тут чітко виражений **принцип рівності всіх перед законом**, що у свою чергу є складовою загальної вимоги справедливості.

Хоча не всі дотримуються такої точки зору. О. В. Аксенова стверджує, що римське право за своєю суттю відкидає рівність всіх перед законом, підтверджуючи це всіма положеннями, оскільки право, застосовуючи рівну мірку до індивідів, що відрізняються один від одного і фізично, і розумово, і етично, порушує, на думку римлян, справедливість, яка полягає в тому, що кращі повинні отримати краще, а гірший — гірше. Тому у римських філософів і юристів, згодних у цьому питанні з Платоном і Арістотелем, можна знайти твердження, реабілітуючі рабство. Відповідно до цього, людині, яка не уміє підпорядковувати свої плотські бажання розуму, «належить бути рабом» того, у кого керівний початок розумний, таким чином, поняття рабства представлене не лише в точному сенсі цього слова, але і декілька розширювально. При цьому підкреслюється, що господар повинен здійснювати своє панування над рабом на користь самого раба [6].

Та все ж навряд можна заперечити, що з плином часу принцип формальної рівності в галузі приватного права набув поширення, в першу чергу, завдяки розвитку торгівлі (але тільки для вільних осіб). Вихідним положенням римського права було те, що лише римський громадянин (*civis romanius*) є сповна правоздатною особою; всякий чужоземець, тобто не член римської общини, — ворог і не користується захистом закону. У прадавню епоху його можна було безкарно убити або обернути в рабство. У міру розвитку досить жвавої торгівлі з іншими общинами і державами таке безправне становище чужоземців зберегтися не могло. Стали визнаватися основні майнові права і за переїзцями, тобто чужоземцями, що жили на римській території. Стосовно цієї частини населення склалася спеціальна система норм, матеріалом для якої послужили частково норми відвічного римського права, частково норми, запозичені з права інших держав, з якими римські громадяни мали ділові стосунки (Фінікії, єгипетського і особливо грецького права). Ця система отримала назву «Права народів» (*jus gentium*). До «права народів» римські юристи відносили як встановлення рабства, так і відпущення рабів на волю, оскільки вони знали, що і те, і інше не є власне римським інститутом, а також і такі цивільні право-

відносини, як «розділення майна, установа торгівлі, купівлі-продажу, найму, зобов'язання, за винятком тих, які були введені власне римським правом» (Гермоген, перша книга юридичних уривків). В результаті цього і затвердився прогресивний для того часу принцип формальної рівності всіх вільних людей.

Принцип судового захисту цивільного права також сягає корінням Давнього Риму. Казуїстичність римського права ґрунтується на усвідомленні високої ролі судової влади. «Я маю позов — означає я маю право», «*jura novit curia*» — суд знає право — описують це відношення римські вислови. Законом XII таблиць було «заборонено жертвувати храмам ту річ, яка є предметом судового розгляду; інакше ми підлягаємо штрафові у розмірі подвійної вартості речі, але ніде не з'ясовано, чи повинен цей штраф сплачуватися державі або тій особі, яка заявила домагання на дану річ». «Якщо викликають (кого-небудь) на суд, хай (викликаний) йде. Якщо (він) не йде, хай (той, хто викликав) підтвердить (свій виклик) при свідках, а потім веде його насильно» [9]. Ці тези підкреслюють високу роль судової влади в Давньому Римі.

Смертю каралися злочини проти правосуддя. Згідно з Законами XII таблиць з Тарапейської скелі зкидали неправдивих свідків. Страті підлягав суддя чи арбітр, викритий у підкупі.

Принцип свободи договору також має коріння у давньоримському праві. У римському праві існували договори суворого права і договори, засновані на добрій волі. У договорах суворого права існував культ буквального тексту договору. У договорах, заснованих на добрій волі, головну роль відігравало не формальне тлумачення договору, а його сенс. Тобто тут бачимо принцип свободи договору. Але, як проголошує сентенція давньоримських юристів: «*Legum servi esse debemus, ut liberi esse possimus*». — Потрібно підкорятися законам, щоб бути вільними (ми маємо бути рабами законів, щоб мати можливість бути вільними) [10]. Відповідно тодішнє уявлення про свободу договору відповідає сучасному.

Таким чином, основні засади цивільного права мають довгу історію, а їх коріння знаходимо у давньоримському праві.

### Література

1. Байтин М. И. О принципах и функциях права: новые моменты // Правоведье. — 2000. — № 3. — С. 4–7.
2. Бабич І. Г. Принцип справедливості в римському праві і у сучасному зобов'язальному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / І. Г. Бабич. — О., 2006.
3. Фуллей Т. Римське право як основа сучасних загальнолюдських принципів права // Актуальні проблеми держави та права. — О., 2001. — Вип. 13. — С. 25.
4. Харитонов Є. О. Реценція римського приватного права: теоретичний та історично-правовий аспект / Є. О. Харитонов. — О. : Мілпресінформ України, 1997.
5. Горбатенко В. П. Філософсько-правові детермінанти сучасного розуміння справедливості // Правова держава. — 2009. — № 14. — С. 13–20.
6. Аксенова В. О. Принципы римского права [Электронный ресурс] // Вестник ТИСБИ. — 2007. — № 1. — Режим доступа : <http://www.law.edu.ru/magazine/document.asp?magID=4&magNum=1&magYear=2007&articleID=1263556>.

7. Дудченко В. В. До дослідження загальних принципів римського та мусульманського права // Актуальні проблеми держави і права. 2007. Вип. 31. С. 26–31.
8. Павленко Д. Принцип добросовісності в римському приватному праві та зобов'язальному праві України: порівняльний аналіз // Підприємство, господарство і право. — 2006. — № 8. — С. 132.
9. Закони XII таблиць (*Leges duodecem Tabularum*). Таблиця I. п. 1 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://kulturoznanie.ru/?work=rome-law-tables>.
10. Забоєв К. И. Принцип свободы договора в российском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 [Електронний ресурс] / К. И. Забоєв. — Екатеринбург, 2002. — 227 с. — Режим доступа: <http://www.lib.ua-ru.net/diss/cont/97516.html>.

### Анотація

**Басай О. В.** Принципи цивільного права в Давньому Римі. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду зародження та розвитку вчення про принципи цивільного права у Давньому Римі. Зроблено висновок, що основні засади цивільного права мають довгу історію, а їх коріння знаходимо у давньоримському праві. Так, проаналізовані такі принципи: справедливості, добросовісності, принцип рівності (мається на увазі рівність вільних людей), свобода договору, захист права власності.

**Ключові слова:** принципи цивільного права, принцип справедливості, принцип добросовісності, принцип рівності, свобода договору.

### Анотация

**Басай О. В.** Принципы гражданского права в Древнем Риме. — Статья.

Статья посвящена рассмотрению зарождения и развития учения о принципах гражданского права в Древнем Риме. Сделан вывод, что основы гражданского права имеют длинную историю, а их корни находим в древнеримском праве. Так, проанализированы следующие принципы: справедливости, добросовестности, принцип равенства (имеется в виду равенство свободных людей), свобода договора, защита права собственности.

**Ключевые слова:** принципы гражданского права, принцип справедливости, принцип добросовестности, принцип равенства, свобода договора.

### Summary

**Basay O.V.** The Principles of Civil Law in Ancient Rome. — Article.

The Article is devoted to consideration of origin and development of teaching about principles of civil law in ancient Rome. It was made the conclusion that the basic principles of civil law have a long history and it has its roots in ancient Roman law. For example, the following principles were considered: principle of justness, principle of good faith, principle of equality (in meaning of equality of free people), principle of freedom of contracts, principle of protection of property rights.

**Keywords:** principles of civil law, principle of justness, principle of good faith, principle of equality, freedom of contract.

## ДО ІСТОРІЇ ФОРМУВАННЯ ТА РОЗВИТКУ РИМСЬКОГО НОТАРІАТУ

Нотаріус та його професійна діяльність вже давно стали частиною правової системи України. Чинне законодавство України встановлює випадки, в яких вчинення певних дій неможливо без участі нотаріуса чи особи, уповноваженої на здійснення функцій нотаріуса. З розвитком та ускладненням економічних відносин вагомість нотаріальної діяльності дедалі зростає.

Серед основних праць, присвячених історії інституту нотаріату, слід особливо підкреслити дослідження таких авторів, як Н. П. Ляпідевський, А. М. Фемеліди, Л. Е. Ясінська, В. М. Черниш, Л. Л. Шаповалова та інші. Думається, що сучасний інститут нотаріату не може бути достатньо глибоко усвідомлений без зв'язку з попередніми стадіями його розвитку. Застосування історичного методу дослідження до таких правових явищ, як інститут нотаріату, дозволяє розкрити сутність інституту нотаріату, його місце в правовій системі держави на різних етапах його розвитку та надати належну правову оцінку його функціональній та структурній побудові і, як наслідок, доцільність використання в якості еталону тієї чи іншої парадигми нотаріату.

Аналізуючи існуючий історичний матеріал з приводу нотаріальної діяльності, слід зазначити, що спочатку нотаріус, його статус, повноваження та функції мали відмінний від сьогоднішнього характер та специфіку. Однак вагомість діяльності нотаріуса протягом всієї історії людства була на високому рівні.

Перші історичні відомості, пов'язані з нотаріальною діяльністю, сягають ще часів Стародавнього Єгипту, де були так звані «агораномоси», діяльність яких пов'язувалася з письмовою фіксацією юридичних доказів. Але все ж таки, думається, що історія сучасного нотаріату починається з Стародавнього Риму, де нотаріус спочатку виконував механічну функцію писаря. Однак структура писарів, на яких покладалася функція документальної фіксації юридичних документів, виглядала більш складною системою, де писарі поділялися на декілька рангів, в залежності від ряду чинників.

Як пише один з небагатьох дореволюційних дослідників історії нотаріату, Н. Ляпідевський, нотаріат був тією установою, через яку значною мірою відбувалось сприйняття римського права і яка була провідником цього могутнього елементу сучасної цивілізації [3, IV].

Функціональне значення інституту нотаріату визначалося завдяки принципу «*fides publica*» — публічна довіра [4, 175]. Сутність цього принципу полягала у тому, що держава визнавала відповідний рівень довіри до документів, які були оформлені відповідно до вимог закону приватними особами, та гарантувала відповідний рівень захисту цих документів нібито це був публічний акт. За таким документом закон закріплював виконавчу та доказову силу. Принцип публічної довіри існує і сьогодні, більш того, значення його з часом лише

зросло, оскільки законодавцем введено норми, якими передбачається обов'язковість нотаріального посвідчення деяких правочинів (наприклад: ст. ст. 657, 719, 732 Цивільного кодексу України та інші). До того ж ст. ст. 219–220 Цивільного кодексу України пов'язують нікчемність окремих видів правочинів у випадку недодержання нотаріального посвідчення цих правочинів.

Формалізм, притаманний римському праву, спричинив появу цілої низки правових конструкцій, дотримання яких було обов'язковим для усіх осіб, які мали намір, наприклад, звернутися до суду, при цьому супутню, допоміжну роль у цих питаннях відігравав юрисконсульт. Одночасно з цим поступово з'являється новий клас осіб, які повинні були мати знання у сфері права та вміння писати, обов'язком яких було документальна фіксація конкретного юридичного факту. З цього моменту поступово починає формуватися інститут писарів, які залежно від епохи, обсягу прав та інших визначальних елементів по-різному іменувалися.

В епоху республіки інститут писарів складався з *scribae ma exceptores et notarii* [3, 3]. Цікавим є те, що поділ на ці дві категорії писарів був заснований на загальновідомому поділі на *jus publicum ma jus privatum*, оскільки *scribae* знаходилися на державній службі і діяльність їх пов'язувалась з діяльністю держави та її інтересів, в свою чергу *exceptores et notarii* знаходилися на службі приватних осіб та приватних інтересів.

На жаль, до наших часів не збереглося детальної інформації щодо структури інституту *scribae*, їх прав та обов'язків. Однак та незначна кількість інформації, що дійшла до наших часів, дозволяє зробити декілька висновків. По-перше, *scriba* обиралися магістратом лише з вільних осіб, тобто римських громадян, до того ж не позбавлених цивільної честі з будь-яких причин. Це автоматично формувало особистісний ценз для представників даної професії. Суспільне становище *scribae* було доволі значним, про що свідчить велика кількість випадків згадування про відповідні *honores* (почесті якими наділявся *scriba*) на погребальних дошках *scriba*. По-друге, ця професія носила відплатний характер і закріплювалась за *scriba* довічно. Серед цікавих специфічних рис *scriba* було також те, що він мав право продати своє місце іншій особі або поставити замість себе вікарія (замісника у прямому сенсі), якого у випадку професійної невідповідності магістрат *scriba* мав право звільнити від займаної посади. Основні обов'язки *scriba* полягали у виготовленні *tabulae publicae* — публічних документів та веденні рахунків. Виписки з них та копії цих публічних документів *scriba* повинні були надавати будь-якій особі, яка мала в цьому потребу. Послугами *scribae* користувалися навіть претори під час судових процесів. *Scribae* повинен був вести особливий судовий журнал, до якого вносилися найважливіші елементи судової процесії.

Колектив *scribae* утворював собою корпорацію, яка була схожа на сьогоденні державні нотаріальні контори, в яких працює декілька нотаріусів. Чітко визначених кількісних меж *scribae* не було встановлено, але, як правило, їх кількість була «у межах необхідного». Особливою повагою користувалися корпорації служивих писарів — *scribae quaestorii*, які до того ж були найбільш

численними. Вони склалися з трьох декуріїв, які знаходились на службі при місцевому квесторі, а більш пізніші згадування про них свідчать про їх перехід до префектів *aerarium*.

Іншими двома категоріями служилих писарів були едільські писарі — *scribae aedilicii* та трибунські писарі — *scribae tribunicii*. Історичні дані щодо цих категорій до нас практично не дійшли, що, напевно, пов'язано з тим, що це були нижчі розряди писарів, які не мали такої поваги та вагомості, як звичайні *scribae*.

Іншим розрядом писарів, що займалися фіксацією юридичних дій, були писарі, що знаходились на службі приватних осіб і були вони своєрідними домашніми секретарями у заможних римлян. Приватні писарі поділялися на дві категорії в залежності від наявності чи відсутності свободи у писаря. *Exceptores* були вільними писарями, а *notarii* відносились до категорії рабів. Іноді *Exceptores* іменувалися *librarius*, про що свідчать поодинокі згадування про *librarius*, що займалися фіксацією юридичних правочинів. Саме від назви такої категорії писарів, як *notarii*, і пішло слово нотаріус, оскільки писарями цієї категорії робилися особливі стенографічні позначки (*notae*) на полях під час диктування тексту документа.

Підводячи певний підсумок дослідження республіканського періоду римської держави, необхідно звернути увагу на те, що *scribae* були не просто освічені люди, а й мали знання у сфері права, що підтверджується участю писарів у веденні *codices* та підготовкою декретів магістратів (*pericula magistratuum*). Навіть в одному з написів едільських писарів він іменується *iurisprudens* [3, 12].

В епоху Римської імперії республіканські інститути зазнали серйозної трансформації, яка, в тому числі, торкнулася і інституту нотаріату. *Exceptores*, які були вільними писарями за часів республіки, стало загальною назвою всіх представників професії писарів. У період республіки вагомість професії писаря поступово зростає, що підтверджується наданням їм окрім офіційної плати, в якості привілеїв, військових звань. Посада ексептора була фактично першим кроком на державній службі, що стало формувати ценз нового характеру. Тепер до професії ексептора допускалися не просто правоздатні громадяни, але і члени знатних сімей. У той час на користь ексепторів поступало мито, розмір якого визначався у кожному випадку окремо.

За аналогією ексепторів, категорія приватних писарів (*notarii*) була віднесена до офіційних державних інститутів, де *notarius* вже став імператорським секретарем. До їх обов'язків входило ведення протоколів та підготовка всіх розпоряджень кесаря. Титул нотаріуса зберігався за імператорськими секретарями навіть після виходу з посади та переходу на більш високий статус.

В імперський період статус писарів практично не змінювався. Професія писарів набувала все більшого розширення, що підтверджувалось проникненням її до церкви. Писарі єпископів, які іменувалися *notarii*, були зобов'язані записувати виступи єпископів перед народом та окремі бесіди.

Розглянувши інститут писарів на різних стадіях його існування, слід окремо звернути увагу на такий інститут, як табеліонат (*tabelliones*). Вперше табе-



ліони згадуються на початку III століття у сентенціях Ульпіана. Табеліони не знаходились ані на державній службі, ані на службі заможних римлян. Вони були особливою категорією самозайнятих осіб, що займалися складанням юридичних актів та судових документів, заповітів під контролем та впливом державної влади за встановлену винагороду [5, 4]. Саме цей інститут і став зачатком інституту, який сьогодні здобув назву — нотаріат [3, 21]. Табеліоном могла бути будь-яка особа, що мала знання у сфері права. Ульпіан, згадуючи про табеліонів, порівнював їх з юрисконсультами та адвокатами. За аналогією з сьогоднішнім нотаріатом, табеліони здійснювали свою діяльність у конторах і лише у деяких випадках законом дозволялося їм вчиняти дії поза приміщенням контори, наприклад в будинку клієнта.

Основа порядку вчинення правочинів табеліонами має багато спільного з сьогоднішнім порядком вчинення нотаріальних дій нотаріусами. Відповідно до історичних фактів, особи, що бажали укласти договір, зверталися до табеліона та з'ясовували з табеліоном основні умови правочину. На підставі цього табеліоном складався правочин на спеціальному гербовому папері (*protocollum*). Потім він зачитувався сторонам при свідках та підписувався сторонами та свідками. Останнім був підпис табеліона з позначення про прочитання тексту договору уголос. Маються факти того, що іноді сторони замість особистого підпису використовували хрести, які у випадках їх безграмотності заміняли особистий підпис. Спочатку місцем, де табеліони здійснювали свою діяльність, були суди, але потім вони провадили свою діяльність у державних радах при імператорі та кесарських намісниках у провінціях.

Окремо слід звернути увагу на використання печатки на документах, засвідчених табеліоном. У римлян, використання печаток на документах було лише додатковим засобом захисту від підробки документів. Засвідчення же підписів за допомогою печаток стало розповсюдженим лише у період середньовіччя. Задля надання акту, вчиненого табеліоном, статусу публічного акта, інформація щодо їх вчинення вносилась до судових протоколів (*gesta*) [2, 7]. Слід мати на увазі, що завдяки тому, що до нашого часу дійшла велика кількість документів, складених табеліонами, ми маємо змогу скласти більш детальну уяву про самі документи, складені табеліонами, ніж про сам інститут табеліонату. Н. Ляпідевський зазначає, що як зовнішня, так і внутрішня сторони документів, складених табеліонами, мають однаково важливе значення [3, 70]. Зовнішня сторона складалася з письмового матеріалу, формату, мови та шрифту.

Письмовий матеріал викладався спочатку на дерев'яних дощечках, що мали назву *caudex*, але вже дуже скоро серед табеліонів набув великої популярності єгипетський папір, виготовлений з листя, який мав назву папірус [3, 70–71]. Наступним матеріалом, на якому табеліон викладав текст документа, став пергамент, який виготовлявся зі шкіри тварин [3, 73]. Також до нашого часу доходять звістки про використання табеліонами гербового паперу, який за своїм смисловим значенням дуже нагадує сьогоднішні бланки нотаріальних документів, на яких нотаріус повинен вчиняти нотаріальні дії.

Формат документа носив характер геометричної форми документа. Наприк-

лад, документи, викладені на дерев'яних дошках, були, як правило, квадратні, а пізніші документи, що викладалися на папірусі та пергаменті, носили форму прямокутника, що нагадує стандартну форму звичайних аркушів паперу [3, 75].

Мова викладення документа була латинською, але це не виключало можливість використання грецької мови у деяких випадках. Цікавим є те, що великого значення набував шрифт, яким викладався документ. В залежності від історичного проміжку часу він міг бути або прямим без будь-яких нахилів та овальних форм або мати нахил та іншого роду графічні особливості, у будь-якому разі розвиток шрифту був націлений на спрощення викладення документа.

Побіжно розглянувши зовнішню сторону табеліональних документів, слід звернути увагу на їх внутрішню сторону, яка містила саму конструкцію документа. Внутрішня конструкція містила правові конструкції, за якими викладалися конкретні правочини, тобто конструкцію купівлі-продажу, найму та інше. Це були свого роду типові форми правочинів, які приймалися на законодавчому рівні, або ж впливали із звичаю. Як правило, кожна конструкція поділялась на три частини: 1 — вступ; 2 — викладення предмета правочину та змісту правовідносин; 3 — заключення [3, 90].

Цікавим моментом в історії нотаріату в римському праві є співвідношення таких інститутів, як табеліонат та табулярії (*tabularii*). Питання їх тотожності не раз ставало предметом дискусій у наукових колах. Ще Н. Ляпідевський виступав противником ототожнення цих правових явищ римського права [3, 29–30]. Основними відмінностями були: 1) *tabularii* в джерелах називається *persona publica*, тоді як жодне джерело так не називає табеліони; 2) документи *tabularii* мають *fides publica* тільки через його присутність, тобто вони рівноцінні судовому акту і замінюють його, а для того, щоб складений табеліоном документ мав *fides publica*, його потрібно ще внести в протокол (*gesta*), тобто потрібна ще інсинуація; 3) табулярії й табеліони різко різняться один від одного як дві самостійні установи.

Серед науковців сьогодення також не існує єдиної позиції щодо співвідношення табеліонів та табулярії. Табулярії складали особливі акти з приводу усиновлення, складання заповітів тощо на відміну від простих табеліонів, які були фактично простими секретарями. Акти або *instrumenta*, навіть публічні, набували доказову силу лише в тому випадку, коли вони були зареєстровані в публічних реєстрах. У зв'язку з цими неоднозначними положеннями серед дослідників нотаріату є такі, що вважають, що ці поняття не можна ототожнювати, оскільки у сучасному розумінні, вони більше були юрисконсультами, а складені ними документи не мали законної сили. На думку В. В. Комарова, у випадку подання документів, підготовлених табеліоном, до суду із занесенням до протоколу вони набувають сили публічних актів [2, 4]. Інших міркувань дотримується М. А. Долгов, який вважає, що табеліони, табулярії та нотаріуси дуже тісно пов'язані один з одним, тому що походження цих слів пов'язані з сутністю поняття нотаріату та юридичної влади [1, 78].

Якщо проводити аналіз функціонального навантаження та правового стано-

вища всіх трьох категорій осіб, можна сказати, що кожний з названих видів містить у собі певні зачатки сучасної парадигми нотаріату з відмінностями та особливостями, викликаними умовами правового та економічного розвитку суспільних відносин. Отже, інститут табеліонату мав багато спільних рис із сучасним нотаріатом. Однак було б помилковим їх ототожнювати з сучасними положеннями нотаріату, оскільки документи, складені табеліонами, не мали публічної сили без додаткових процедурних дій.

Одним з історичних етапів генезису інституту нотаріату був церковний нотаріат. Досі ведуться дискусії з приводу дати зародження інституту церковного нотаріату. Деякі історики вважають, що він бере свій початок з євангельських текстів, оскільки, як вже було сказано, нотаріус у первинному своєму стані виконував суто механічну функцію записування тексту. Але найпоширенішою думкою є те, що церковний нотаріат бере свій початок з II–III століть, коли нотаріусів запрошували бути присутніми та вести запис бесід та виступів єпископів перед народом.

За своїм устроєм церковний нотаріат нагадував звичайний світський нотаріат того часу, однак розвиток його йшов дещо виокремлено від останнього. У зв'язку з поступовим зростанням впливу церкви на діяльність держави та її органів вже з VIII століття нотаріусів церкви починають відносити до державних службовців. Вважається, що саме з цих часів з'являється термін *notarii publici* — публічний нотаріус. Звичайний же нотаріат лише з середини XI століття закріплюється в якості посади державного службовця. За аналогією світського нотаріату, церковний нотаріат успадкував тенденцію закріплення церковного нотаріуса за практично кожним церковним приходом.

У церковні нотаріуси обиралися особи, які мали пізнання у стенографії та мали відмінні моральні та інтелектуальні якості. Становище церковних нотаріусів поступово зростало і доказом цього стали непоодинокі випадки призначення з числа церковних нотаріусів єпископів та навіть пап [3, 108]. Поступово у церковному нотаріаті з'являється ще один вид посадових осіб, схожих за своїм функціональним призначенням з табуляріями, це *scriniarii* [3, 110–111]. Подібно табуляріям вони складали документи замість нотаріусів і поступово посада скриніарія та церковного нотаріуса зливаються.

Як правило, церковний нотаріат Римської держави поділявся на два види: 1 — призначені для потреб церкви; 2 — призначені для мирян.

В обов'язки перших входила обов'язкова присутність на публічних виступах єпископів, складання актів стосовно діяльності церкви (щодо обрання або зняття з посади єпископа), складання актів відпущення рабів на волю та деякі документи, що були пов'язані з даруванням майна на користь церкви.

Нотаріуси, призначені для мирян, стали своєрідною трансформацією інституту світського нотаріату табеліонів, який поступово прийшов у занепад, у зв'язку із зниженням рівня освіти та впливом варварів. У зв'язку з цим ця категорія церковних нотаріусів стала фактичною аналогією табеліонату.

Підсумовуючи проведений аналіз історії формування та розвитку нотаріату, можна стверджувати про наявність послідовної рецепції основ нотаріату

Стародавнього Риму у вітчизняному законодавстві. Велика кількість базисних елементів побудови інституту нотаріату, з певною долею трансформації, була запозичена вітчизняним законодавством, серед яких окремо можна виділити необхідність участі свідків у визначених законом випадках, необхідність власноручного підпису документа, прошивання документів та проставлення на них печатки нотаріуса, використання гербового паперу для вчинення нотаріальних дій, необхідність вчинення дій нотаріуса у конторах і, як виняток, у будинку клієнта та інше.

### Література

1. Долгов М. А. Большая история нотариата // Нотариус. — 2000. — № 3. — С. 76–80.
2. Комаров В. В. Нотариат и нотариальный процесс : учебник / В. В. Комаров, В. В. Баранкова. — Х. : Консум, 1999. — 240 с.
3. Ляпидевский П. История нотариата. Т. I / П. Ляпидевский. — М. : Университет. тип. (Катков и К°), 1875. — 310 с.
4. Медведев И. П. Очерки византийской дипломатики (частноправовой акт) / И. П. Медведев. — Ленинград : Наука, 1988. — 264 с.
5. Фемелиди А. М. Русский нотариат. История нотариата и действующее нотариальное положение 14 апреля 1866 г. / А. М. Фемелиди. — С.Пб. : Изд. Я. А. Капторовича. 1902. — 258 с.

### Анотація

*Орзіх Ю. Г.* До історії формування та розвитку Римського нотаріату. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду історії формування та розвитку інституту нотаріату у Римській державі на різних етапах її існування.

*Ключові слова:* нотаріус, інститут нотаріату, табеліонат, церковний нотаріат.

### Аннотация

*Орзих Ю. Г.* К истории формирования и развития Римского нотариата. — Статья.

Статья посвящена рассмотрению истории формирования и развития института нотариата в Римском государстве на разных этапах его существования.

*Ключевые слова:* нотариус, институт нотариата, табеллионат, церковный нотариат.

### Summary

*Orzikh Y. G.* On the History of Formation and Development of the Roman Notary. — Article.

The article is devoted to the history of the formation and development of the institution of notaries in the Roman state at different stages of its existence.

*Keyword:* notary, institution of notaries, tabellionat, church notary.

## RECEPTION OF ROMAN LAW IN ENGLAND

The reception of Roman civil law belongs to those problems that have been attracting attention of many scholars for a long period of time. During the last decade the subject of investigation was both general issues of adoption of Roman law ("reception") and adoption of certain institutes of Roman civil law [1, 89]. At the same time some peculiarities of the reception of Roman law in England still need careful investigating as there is an erroneous statement that this phenomenon did not take place in Anglo-Saxon legal system at all.

Considerable attention was paid to the definition of the concept and features of the Roman law which was regarded as a component of the general process of revival and this definition is of great significance for understanding and description of the reception of Roman law. In this case it is advisable to refer to the thesis about recurrence of revivals which are the example of a historic phenomenon which is constantly repeated. It was said: "The evocation of a dead or obsolete phase of the existing culture by the representatives of any civilization is not a unique event in history but a historic process which is repeated" [2, 600].

Thus, the reception of Roman law can be defined as its revival, perception and adoption of its spirit, ideas, main principles and provisions by a certain civilization on a particular stage of its development in the context of the general process of cyclical revivals.

The theory of cyclical development of civilizations should be taken as the methodological foundation for defining driving forces of the reception of Roman law. As it is known there were the attempts to consider the adoption of Roman law as an element of the general process of the renaissance of the antique culture in Europe (High Renaissance) which had considerable drawbacks. Namely, there exists a problem of compliance of chronological bounds between the reception of Roman law and High Renaissance, the beginning of which dates back to the 14<sup>th</sup> and 15<sup>th</sup> centuries [3, 619] while the reception of Roman law started in the 12<sup>th</sup>–13<sup>th</sup> centuries. Besides, certain interest to Roman law in Western Europe was noticed in the 11<sup>th</sup>–12<sup>th</sup> centuries [4, 64].

Taking these facts into consideration it was suggested to explain the differences in the dates of both phenomena with the help of "a more close link between civil law and production, development of commodity-money relations as well as with the fact that the 11<sup>th</sup> and 12<sup>th</sup> centuries were only the initial stage of adopting Roman law, namely, studying of Roman law, while its wider reception along with some changes and adaptation of Roman law to feudal conditions was a matter of a much later period [5, 111].

But even with this approach chronological limits did not coincide. Then it was suggested to consider the reception of Roman law as a long-term phenomenon which passed through a number of stages of its development [6, 125].

However, this approach failed to adequately determine the dates of the reception of Roman law as its beginning (the 11<sup>th</sup> century) occurred before the Renaissance and its final stage goes far beyond the end of the Renaissance.

These difficulties in the description of the reception of Roman law from the point of view of “progressive development” is the evidence of the right application of the theory of cyclical, spiral development of civilizations according to which the history of mankind is a change of a number of civilizations, which describes historical rhythm of movement of peoples, ethnic groups with close genetic roots and destinies. As we deal with the development of civilizations-cultures, each new stage includes higher achievements of previous civilizations (or the revival of those which do not exist) [7, 21–22].

This explanation of the essence of the reception of Roman law which was suggested in scholarly literature had a positive effect. However, the problem of “geographical” peculiarities of the reception of Roman law still exists. For example, it is of certain interest to elucidate why Roman law was adopted in some countries while it was not as popular in other countries of the world.

That is why the article makes an attempt to doubt the statement that the reception of Roman law did not take place in Great Britain and tries to prove that Roman law was adopted there but in some specific forms and types.

It should be admitted that there is a wide-spread opinion concerning England that it did not adopt Roman law and it has a specific legal system. Of course, they mention the fact that on the first stages of the development the reception of Roman law took place without any divergences. For example, in the 12<sup>th</sup> century Roman law was quite popular, it was studied at universities and university teachers from the Continent were invited to give lectures on Roman law. But later English common law prevailed in courts. Explaining the phenomenon they name geographical isolation, historical traditions, and specific features of political and cultural development of the country [8, 254].

But the question about other countries like Sweden or Scotland where Roman law was adopted arises. Didn't they have their own traditions, culture or patriotic feelings? Or were they closer to the Continent? So, the thesis that England did not adopt Roman law seems to be faulty.

Trying to disprove this point of view it is necessary to mention that though world civilizations develop as an integrated system of local civilizations, each civilization has its own rhythm of development and cyclic dynamics, they appear and die in different periods. Moreover, the speed of development is different in the centre and outlying territories. Having looked at the history of mankind from such point of view, recurrence of revivals and different rhythms seem to be logical. Revival recurrence is caused by spiral development of civilizations and their different rhythm is the result of different rhythms of the development of local civilizations within the world civilization.

With such approach it becomes clear that in some countries the reception of Roman law took place earlier and in other countries it was much later. We may assume that the peak of the reception of Roman law in England was in the 11<sup>th</sup> and

12<sup>th</sup> centuries [9, 166]. Besides, the specific form of the reception in England, which led to certain masking of the phenomenon, is of great importance.

It is advisable to remember the thesis that the reception of Roman law may take place in different forms. Along with adopting the main rules it is possible to adopt its main ideas and spirit, to study at universities which influences the lawyers' and legislators' minds. The spirit of the adopted law deeply penetrates into the system which adopted the law. England can be a vivid example of non-typical forms of adopting Roman law.

In our opinion the reception of Roman law in this country took place in less common form. In continental law systems (Roman, German etc.) Roman law was adopted through the direct use, in the processes of codification and making laws, in England they adopted the spirit (ideas and methodology) of Roman law as well as general concepts of law making [10, 190].

As for the thesis concerning "the unique character of the development of the English law" and explanations that the opposition to adopting Roman law in court practice won and therefore the English common law prevailed it is worth paying attention to some other factors in this situation.

The point seems to be not only in the fact that the opposite court practices which was an abstract criterion in this sphere, predetermined the directions of the development of the law tradition. It is of certain logic to admit that the judges' choice in its turn had some guidelines especially when it meant to choose the main direction of the law development but not a temporary tendency

So, it is necessary to consider what exactly formed the "opposition" of court practice to adopting Roman law and try to determine why and how the long-term factors of specific character of English law, namely relative geographic isolation of the country, its historic traditions, and peculiar political and cultural development influenced its attitude to Roman law.

It seems worth mentioning such significant factor of the development of the law tradition as ideological background of a local civilization which is reflected in religion.

In the period of formation of European law traditions Christian religion was such ideological basis. The division into Western and Eastern branches of Christianity caused the emergence of Western and Eastern law traditions in Europe.

In its turn within Western Christianity there appeared and developed different theosophical directions. Different approaches to differentiation of the spheres of influence of both temporal and clerical powers arose. On their mystic and philosophic basis with some antique reflections a gradual separation of different law systems within the limits of the Western law tradition, which was itself in the process of formation, was observed

Division of law in "continental" and "island" laws was the first one in this process of so-called separation.

The "island" law began its formation in the 12<sup>th</sup> century. It was preceded by such events. After the Norman invasion in 1066 the official Christianity remained still quite orthodox. Like on the Continent the king and the Pope competed for

appointing bishops. At the same time, while the Pope won the competition on the Continent, the events in England developed in the contrary direction. The tension in the relations between Rome and England became more evident and severe during the rule of King Henry II (1154–1189), who was an active supporter of the idea of the independence of the English Church.

Especially popular at that time was the myth of Grail that narrates about Joseph of Arimathea, who seemed to have founded an independent church in Glastonbury. It goes without saying that the myth about English apostolic succession served political interests. At the same time ancient Celtic pagan tradition also found its reflection in the legends about the Holy Grail which gave wealth and prosperity and about its keeper.

It should be mentioned that the myth of Grail was spread not only in England but on the Continent as well. But while in Germany and France it gained popularity together with growing significance of Holy Communion and Mariolatry, in England it acquired the other meaning as relationships with the Roman Church were more and tenser. This confrontation ended with England's excommunication from the Church in 1209 for the king John's insubordination to the Holy See. All church ceremonies were stopped in England: churches were closed, church bells were silent, people could not be married in church and there were no memorial services for the dead. In 1209 all relationships with England were stopped. In his turn king John ordered priests to leave the country and expropriated church property for the benefit of the state treasury. The life in England acquired non-Christian character [11, 289–290].

So, a question can be asked: "Could both jurisprudence and court practice be oriented on Roman law which was coordinated at that time with Christian moral imperative?"

Apparently, it seemed impossible to hope for any kind of independence in such situation. Especially when considering the fact that temporal authorities actively interfered into the activity of courts. For example, King Edward's Mistress Alice Pierce was so influential at court that even directed judges' actions during court sessions.

In such situation the official attitude to Roman law and its reception was formed. But Roman law ideas regained importance after England's returning to the fold of the Church and continuous competition between the Catholic and Anglican Churches which ended for the benefit of the latter [12, 11].

Considering these facts it should be mentioned that the model of relations of English national and Roman universal legal traditions seem to be a little simplified. Real processes in this sphere looked more complex and led to somewhat different result. Taking into account that the English legal "branch" took place within the Western European legal tradition, it seems natural that it was impossible for it to escape all typical features of this tradition. In this connection it is interesting to notice that while scholars, who compare legal systems of the continental Europe, write that the reception of Roman law in England was impossible, some contemporary English researchers in their description of the types of law which



predominate in England at present such as English common law, statute law, commercial law, canon law, law of equity and law of European Community, mention Roman law underlining that the latter ensures the formation of the juridical outlook [13, 112].

Thus, we can come to the conclusion that the reception of Roman law in England took place; it just had a hidden character and took specific forms. Its factor and result is the fact that the evolution of the Western European legal tradition in its English variant followed the way of the development of Roman law in its main features. It was reflected in gradual prevalence of the spirit of the law over the language of the law, formation of both of them as the “system of claims”, division of the court process in two stages of different functional purposes etc.

Similar peculiarities of the reception of Roman law are characteristic for the American legal system as well. Moreover, the ideas and provisions of Roman law had impact on American jurisprudence being reflected in legal theories of the country.

Thus, at the end of the 19th century a formalistic approach predominated in American jurisprudence which with its main ideas resembled the provisions which were characteristic to archaic civil Roman law. However, after a long and complicated competition (they are called “instrumentalist revolution”) this method was forced out in the first half of the 20<sup>th</sup> century by the theory of “pragmatic instrumentalism”. In the context of the subject matter of the article it is interesting to mention that “instrumentalism” is ideologically quite close to Praetor law in terms of its realistic direction, character of interpretation of norms of positive law etc [14, 115].

Evaluating the way the USA passed in the establishing of the national concept of law, from the point of view of describing its methodological grounds and guidelines, it is possible to conclude that it is similar to that, passed by the lawyers of the Ancient Rome.

In general, taking into account all the variety of impact Roman law had on the formation of the Western legal tradition it is possible to differentiate the following forms of its reception:

- studying Roman law at universities with the aim to form the outlook of future law experts;
- investigation, analysis and commenting of ancient Rome legal sources;
- direct use of norms of Roman law;
- the use of norms of Roman law as an example while adopting new standard acts (especially while realizing codification projects);
- the use of methods of creating norms of law and methods of their interpretation and application;
- adopting and using of the main ideas, principles and categories generated and improved in the process of the development of Roman law.

Summarizing the mentioned above and remembering that actually the reception of law never performs as a single phenomenon but takes place in different forms with one form prevailing, it is important to mention the most typical forms of the reception of Roman law in English and American legal systems.

In our opinion they are as follows:

- studying of Roman law at universities to form the outlook of future lawyers;
- studying of Roman law as a part of European culture;
- researching ancient Rome literary sources;
- using the methods of creating norms of law and methods of their interpretation and application.

Principal grounds for the mentioned legal systems should be determined regarding these factors.

### *Література*

1. Харитонов Є. О. Рецепція римського приватного права (теоретичні та історико-правові аспекти) / Є. О. Харитонов. — О., 1997. — 288 с.
2. Тойнбі А. Дж. Постигание истории : пер. с англ. / сост. А. П. Огурцов ; вступ. ст. В. И. Уколовой ; закл. ст. Е. Б. Рашковского. — М. : Прогресс, 1991. — 736 с.
3. Всемирная история. В 10 т. Т. 3. — М. : АН СРСР, 1957. — 896 с.
4. Лосев А. Ф. Начальные стадии неоплатонической эстетики Ренессанса // Типология и периодизация культуры Возрождения. — М. : Наука, 1978.
5. Косарев А. И. Римское право / А. И. Косарев. — М. : Юрид. лит., 1986. — 160 с.
6. Косарев А. И. Этапы рецепции римского права // Советское государство и право. — 1983. — № 7. — С. 124–127.
7. Харитонов Є. О. Рецепція приватного права: парадигма прогресу / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонюк. — Кіровоград : Центрально-Українське вид-во, 1999. — 144 с.
8. Косарев А. И. Римское частное право / А. И. Косарев. — М. : Закон и право : ЮНИТИ, 1998. — 254 с.
9. Харитонов Є. О. Історія приватного права Європи: Західна традиція / Є. О. Харитонов. — О., 2001. — 328 с.
10. Обережну оцінку цього явища див., наприклад: Романов А. К. Правовая система Англии : учеб. пособие / А. К. Романов. — М. : Дело, 2000. — 344 с.
11. Пенник П. История языческой Европы / П. Пенник, П. Джекс; пер. с англ. Р. В. Котенко. — С.Пб. : Изд. группа «Евразия», 2000. — 448 с.
12. Немченко И. В. Язык средневековья. Толковый словарь / И. В. Немченко. — О. : Полис, 2001. — 288 с.
13. Батлер У. З. Взаимодействие международного и национального права // Советское государство и право. — 1987. — № 5. — С. 109–114.
14. Саммерс Роберт С. Господствующая правовая теория в США // Советское государство и право. — 1989. — № 7. — С. 109–116.

### **Summary**

**Heiko M. O. Reception of Roman Law in England.** Article.

The article is devoted to the examination of the peculiarities of the reception of Roman Law in England. The reception of Roman law can be defined as its revival, perception and adoption of its spirit, ideas, main principles and provisions by a certain civilization on a particular stage of its development in the context of the general process of cyclical revivals. The scientific debates about reception of Roman law of Roman Law in England were analyzed. Also it is considered what exactly formed the «opposition» of court practice to adopting Roman law and it is tried to determine why and how the long-term factors of specific character of English law, namely relative geographic isolation of the country, its historic traditions, peculiar political and cultural development influenced its attitude to Roman law.

**Keywords:** Roman Law, England, reception, adopting, development, peculiarities, court practice, civilization.

### **Анотація**

**Гейко М. О. Рецепція римського права в Англії.** — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню специфіки рецепції римського права в Англії. Рецепція римського права може бути визначена як його відродження, сприйняття й прийняття його духу,

ідей, основних принципів і положень певною цивілізацією на конкретній стадії свого розвитку в контексті загального процесу циклічного відродження. У статті також аналізуються наукові спори про час і періоди рецепції римського права в Англії. Також розглядається, що конкретно формувало «протистояння» судового прецеденту для прийняття римського права, й робиться спроба визначити, чому і яким чином довгострокові фактори й специфіка англійського права, а саме близьке географічне розташування країни, її історичні традиції, специфічний політичний і культурний розвиток, вплинули на відношення до римського права.

*Ключові слова:* римське право, Англія, рецепція, прийняття, розвиток, особливості, прецедент, цивілізація.

### Анотація

*Гейко М. О.* Рецепція римського права в Англії. — Стаття.

Стаття посвячена изучению специфики рецепции римского права в Англии. Рецепция римского права может быть определена как его возрождение, восприятие и принятие его духа, идей, основных принципов и положений определенной цивилизацией на конкретной стадии своего развития в контексте общего процесса циклического возрождения. В статье также анализируются научные споры о времени и периодах рецепции римского права в Англии. Также рассматривается, что конкретно формирует «противостояние» судебного прецедента для восприятия римского права, и делается попытка определить, почему и каким образом долгосрочные факторы и специфика английского права, а именно близкое географическое расположение страны, ее исторические традиции, специфическое политическое и культурное развитие, повлияли на отношение к римскому праву.

*Ключевые слова:* римское право, Англия, рецепция, восприятие, развитие, особенности, прецедент, цивилизация.

УДК 347.477:172

*І. Г. Бабич*

### ВИЗНАЧЕННЯ МІСЦЯ ПРИНЦИПУ СПРАВЕДЛИВОСТІ В СУЧАСНІЙ СИСТЕМІ ПРИНЦИПІВ ПРАВА

Особливість сучасного стану принципів цивільного права визначає сучасний стан цивільного законодавства взагалі.

Незалежно від того, чи є суб'єкт особою публічного права чи приватного права, їхня участь у цивільних відносинах регулюється цивільним законодавством на однакових засадах, які визначають вимоги до практичного забезпечення правового становища особи. Ці принципи права вперше зазначені у Цивільному кодексі, який регулює цивільні відносини в Україні; іменуються «загальними засадами цивільного законодавства» і зазначені в ст. 3 ЦК України.

Актуальним вважається розгляд принципів права через те, що у сучасній правовій науці склалось уявлення про принципи як такі, що офіційно закріплені в законодавстві. До того ж, як уявляється, відбувається звуження значення принципів у правозастосуванні та обмеження їх діяльності. Провідні ідеї розглядаються як допоміжні при виборі норм для застосування та не застосовуються для безпосереднього регулювання.

Принципи справедливості, добросовісності, розумності є принципами природного права. З цієї позиції необхідно розглянути принципи права, їх місце з точки зору співвідношення системи права і системи законодавства.

Визначаючи місце принципу справедливості, перш за все, необхідно розглянути його роль у системі принципів.

У будь-якому формально функціонуючому суспільстві домінуючим є нормативний підхід до розуміння права. Посилення протиставлення різних підходів до праворозуміння проходить в періоди якісних змін в системі суспільних відносин. Відповідальність за соціальні проблеми покладають на нормативний підхід. Найбільш конкурентними підходами в аналізі проблем праворозуміння стають нормативізм, природне право та соціологічний підхід. Суспільство стає затиснутим у застарілих нормах права, які виступають гальмами для подальшого прогресивного розвитку у рамках існуючої системи суспільних відносин, так і для зміни самої системи.

Науковці звичайно визначають принципи права як вихідні нормативно-керівні начала, які характеризують його створення, його основи, закріплені у ньому закономірності суспільного життя [1, 15].

Принципи права можна розуміти як такі, що закладені в законодавстві, або розуміти їх як ідеї, якими користуються нормотворці при розробці нормативно-правових актів. Така ситуація є закономірною, бо законодавство створюється нормотворцями, тому основні ідеї правників відбиваються у нормах права. [2, 135].

У філософській та правовій літературі іноді визначають поняття «принцип» через категорію «закон» їх розглядають як явища однопорядкові.

Що стосується принципів законодавства, то вони, як уявляється, мають похідний характер стосовно принципів права, тому що законодавство — це зовнішня форма права.

У високому розумінні права, яке складає фундамент правової держави, воно не може бути примітивно зведене тільки до закону. Закон може бути правовим або неправовим. Ю. С. Гамбаров визнає, що над окремими законами стоять вищі норми, які і є самою справедливістю, яка розуміється не в дусі старого природного права, а як дещо вічне та незмінне, яке закладене природою у людині як культурний ідеал часу, обумовлений сукупністю конкретних суспільних умов [3, 15].

Справедливість, як юридична категорія, набуває якості принципу тією мірою, в якій вона втілюється у нормі права. Порівнюючи «справедливість» у правовому та філософському значенні, можна сказати, що втілення справедливості у нормі права означає звуження його застосування. Якщо розглядати принцип справедливості як принцип законодавства, то тут принцип справедливості, здається, збігається з принципом законності.

Принцип законності стверджує загальність вимоги виконання законів.

Законність, визначає В. Н. Кудрявцев, — це певний режим суспільного життя, метод державного керування, який полягає в організації суспільних відносин через видання та неухильне здійснення законів та інших нормативно-правових актів.

Законність має об'єктивний характер, є загальнообов'язковою, забезпечена державною функцією, обумовлена політико-правовими процесами, які існують у суспільстві.

Принцип законності означає, що відносини всіх учасників цивільних правовідносин вимагають суворого дотримання законів, певних прав і свобод, законних інтересів.

Тому, уявляється, принцип законності є допоміжним відповідно до принципу справедливості.

Нормативний характер принципам приналежний остільки, оскільки вони відображені у правових нормах, але не завжди і не всі принципи знаходять у них чітке закріплення. Іноді вони проявляються як керівні положення, яким є властивий більш загальний характер.

Поняття принципів є однією із найголовніших і найактуальніших проблем сучасної юриспруденції. У порівнянні із правовими нормами, які виникають і зникають у різні епохи, принципи права відрізняються більшою статичністю. Вони відображають тенденції та потреби суспільства [4, 16].

Стабільність принципу означає, що це явище постійно стійко функціонує незалежно від змін, доповнень або відмін окремих нормативно-правових актів або норм. Зазначене положення виконує свою роль, лише якщо принцип є властивим всій правовій системі або одній чи кільком галузям.

Визначаючи принципи права, необхідно зазначити, що вони жорстко не регламентують суспільні відносини, а задають лише загальну правову програму, координуючи співвідношення індивідуальних та групових інтересів.

Загально-правові принципи складають нормативну основу законодавства. Відповідно до них проводиться оцінка законів, всіх нормативно-правових актів. За допомогою принципів створюється єдина гармонійна правова та законодавча система. Принципи права служать для правильної координації закономірностей розвитку суспільних відносин. Принципи права закріплюються у преамбулах основних нормативно-правових актів, а також у нормах права.

Одним із головних факторів, які визначають приналежність до однієї чи іншої правової системи, є спільність принципів. «Певні правові системи керуються ідеями свободи суб'єктів, їх формальної рівності, справедливості і т.д., інші — надають перевагу релігійним началам» [5, 564].

Принципи права складають певну систему. Існують загальноправові принципи, принципи окремих галузей права, міжгалузеві принципи.

Разом з існуванням загальнотеоретичних принципів права визначальними для галузі права є її спеціальні принципи. Ці принципи обумовлені специфікою методу та предмета регулювання.

Приватному праву характерна самостійність суб'єктів, рівність взаємних прав і обов'язків, вільний вибір поведінки, яка має бути обумовлена індивідуальним інтересом. Все це характеризує визначальний метод регулювання приватного права — диспозитивний метод.

Метод правової галузі — це засоби та прийоми впливу права на суспільні відносини.

Через особливість приватного права, де суб'єкти можуть самостійно врегулювати власні відносини, принципи права набувають особливого значення. Вони стають методом та єдиним критерієм правильного та правомірного регулюван-

ня. Такої ж позиції дотримуються, наприклад, такі фахівці цивільного права, як А. А. Пушкін і В. М. Самойленко: «Характерні риси цивільно-правового методу правового регулювання знайшли відображення у принципах цивільного права, під якими розуміють основні ідеї, відповідно до яких здійснюється регулювання майнових і особистих немайнових відносин» [6, 21].

Загальні принципи права характеризуються тим, що належать до права в цілому, поширюється на всі галузі права. Принцип справедливості хоч і властивий приватному і публічному праву, але більшого значення набуває в галузі приватного права.

Таким чином, загальноприйнятими для визначення галузі є критерії предмета та методу. Слід розглядати принцип справедливості як критерій визначення методу цивільного права.

Принцип справедливості означає визначення нормою права обсягу, межі здійснення захисту цивільних прав та обов'язків особи адекватно її ставленню до вимог правових норм.

Справедливість закладена в самому змісті права, у суспільних відносинах. Сама правозастосовна діяльність має бути відповідною справедливості. Нормативно-правові акти, які встановлюють права та обов'язки, мають відповідати принципу справедливості.

Щодо проблеми генезису принципів права, необхідно підкреслити особливу роль моралі у їх формуванні. Загальновідомо, що історично право виникло значно пізніше моралі, із розвитком нових процесів у сфері суспільного життя, які обумовили необхідність появи нових засобів соціального врегулювання. Однак практично не можна назвати жодної сфери суспільних відносин, де у чистому вигляді діяли б ті чи інші види соціальних норм.

З позиції морально-етичного тлумачення право набуває такого визначення: «Право — це сукупність етичних загальних цінностей (справедливість, порядок, моральність, правдивість, вірність і т. ін.), перш за все таких, що ґрунтуються на ідеї рівності: рівним зобов'язанням мають відповідати рівні права» [7, 357]. Слабкість такого визначення полягає у тому, що дуже важко визначити загальноприйняті цінності, тому загальне поняття справедливості замінюється уявленнями про неї.

Право, відповідно до етичного тлумачення, має бути моральним. Будь-яке позитивне право може вимагати покори тільки в ім'я права. Основою моралі є свобода людини, соціальна справедливість тощо.

Що стосується принципу справедливості і права, то слід зазначити, що принцип справедливості закладений в самому змісті права. Принципи права виявляються не в конкретній нормі, а у комплексі норм, вони навіть можуть бути не визначеними у нормах права.

Справедливість, що втілена у нормах права, вимагає, щоб закон застосовувався однаково для всіх. Однак не слід забувати, що право не може врахувати всієї багатогранності суспільних відносин. Тому в процесі прийняття рішення посадовцям слід керуватись і буквою закону, і своїм уявленням про справедливість, і тим, яке з цих рішень буде найбільш правильним.

Як норма-принцип, принцип справедливості є юридичною основою при вирішенні конкретних справ. Тільки разом із принципами норми-принципи можуть бути застосовані в ситуації, коли є відсутньою норма права.

Справедливість, впливаючи на право, сама потребує опори на правові норми. Саме право є основним засобом реалізації соціальної справедливості. Справедливість і право є особливо близькими, якщо розглядати їх як засіб досягнення компромісу між протирічними інтересами індивідів, соціальних груп і всього суспільства. Справедливість без права — безсила, право без справедливості — нелюдяне.

Справедливість проявляє себе як моральна категорія: етичне тлумачення права знаходиться в основі вчень про природне право, в яких право завжди пов'язане із справедливістю, а справедливість завжди пояснюється скрізь ціннісні уявлення про належні відносини людей.

Моральний аспект справедливості є одним із аспектів її прояву. Розуміння справедливості лише як моральної категорії призводить до помилок. Основою моралі є свобода людини, соціальна справедливість тощо. Мораль є витоком права і принципу справедливості. До того ж принцип справедливості має різні аспекти, серед яких є моральна категорія. Безпосередньо мораль і право необхідно розмежовувати, а моральний аспект права треба сприймати тільки через принцип справедливості.

Справедливість закладена в самому змісті права, у суспільних відносинах. Сама діяльність правозастосовної діяльності має бути відповідною справедливості. Нормативно-правові акти, які встановлюють права та обов'язки, мають відповідати принципу справедливості. Цінність права полягає у тому, що воно виражає ідею справедливості, виступає засобом її закріплення та захисту.

Радикально вирішує питання про співвідношення права і справедливості В. С. Нерсисянц. Він відмовляється від розуміння справедливості як моральної чи правової категорії і стверджує, що будь-якого іншого принципу, крім правового, справедливості не має. Більше того, тільки право є справедливим, тому що справедливість тому і є справедливою, що втілює в собі та виражає загально визначену правильність, а це у своєму раціоналізованому вигляді означає загальну правомірність, тобто сутність і начало права. Якщо правовий характер справедливості відкидається, то за справедливість починають видавати будь-яке неправове начало (моральне, релігійне, політичне, національне), що, у свою чергу, призводить до суб'єктивізму в розумінні справедливості та до претензії приватних інтересів на роль загального. В загальному вигляді, зазначає В. С. Нерсисянц, можна сказати, що справедливість — це самосвідомість, самовияв та самооцінка права і тому разом із тим — правова оцінка всього іншого, позап правового» [8, 57]. Таким чином, В. С. Нерсисянц розуміє категорію справедливості у поза правових відносинах як суб'єктивне правове розуміння цих відносин суб'єктом.

Зовсім протилежної позиції дотримується С. С. Алексєєв. Він розуміє справедливість як соціально-етичне явище, яке отримує значення принципу тією мірою в якій вона втілюється у нормативно-правовому способі регулювання [9, 108].

Здається, що справедливість — це адекватність та явище, що є результатом самої природи права, не можна погодитися ні з однією думкою, ні з іншою. Дійсно, неможна у правовому полі використовувати справедливість як моральне чи політичне начало, але слід вирізняти справедливість як принцип права.

Справедливість, як юридична категорія, набуває якості принципу тією мірою, в якій вона втілюється у нормі права. Порівнюючи «справедливість» у правовому та філософському значенні, можна сказати, що втілення справедливості у нормі права означає звуження його застосування. Якщо розглядати принцип справедливості як принцип законодавства, то тут принцип справедливості, здається, збігається з принципом законності.

Потреби й інтереси суспільства викликають необхідність врегулювання нових суспільних відносин, виходячи з єдиного мірила, яке відбивало б притаманні їм закономірності. Тобто системність, комплексність і циклічність соціального життя об'єктивно передбачають таке його правове опосередкування, яке найбільшою мірою відповідало б сутності процесів, що відбуваються в реальності. А це є можливим лише тоді, коли таке опосередкування спирається на відповідні принципи [10, 11].

Відповідно, можна зробити такі висновки.

Вважається, що принцип справедливості є визначальним для приватного права та впливає на метод його регулювання.

Разом із визначенням методом правового регулювання галузь приватного права формують та виокремлюють принципи галузі права. Тому визнання принципу справедливості як керівного в галузі приватного права обумовлено самою особливістю цієї галузі права, її методом.

Принцип справедливості має особливе значення. Він у найбільшій ступені виражає загальносоціальну сутність права, прагнення до пошуку компромісу між учасниками правових зв'язків, між особою та суспільством, громадянином та державою.

Справедливість вимагає відповідальності між діями та їх соціальними наслідками. Мають бути відповідними труд та його оплата, завдання шкоди та її відшкодування, злочин та покарання. Закони відбивають цю відповідність, якщо відповідають принципіві справедливості.

Принцип справедливості тісно пов'язаний із принципами природного права і є зв'язуючою ланкою між правом і мораллю.

### Література

1. Толстик В. А. От плюрализма правопонимания к борьбе за содержание права // Государство и право. — 2004. — № 9. — С. 14–18.
2. Братусь С. Н. Предмет и система советского гражданского права / С. Н. Братусь. — М. : Юрид. лит., 1963. — 570 с.
3. Гамбаров Р. Право в его основных моментах // Правоведение. — 1995. — № 4–5. — С. 15–19.
4. Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав / В. П. Грибанов. — М. : Статут, 2000. — 305 с.
5. Скакун О. Ф. Теория государства и права : учебник / О. Ф. Скакун. — Х. : Консул : Ун-т внутр. дел, 2000.
6. Гражданское право Украины. Ч. 1 / под ред. А. А. Пушкина и В. М. Самойленко. — Х., 1996. — 421 с.



7. Право // Философский энциклопедический словарь. — М., 1997. — С. 357–358.
8. Нерсисянц В. С. Философия права / В. С. Нерсисянц. — М., 2002. — 652 с.
9. Алексеев С. С. Проблемы теории права. Т. 1. Основные вопросы общей теории права / С. С. Алексеев. — Свердловск, 1972. — 336 с.
10. Колодій А. М. Принципи права України / А. М. Колодій. — К. : Юрінком Інтер, 1998. — 360 с.

### Анотація

**Бабич І. Г.** Визначення місця принципу справедливості в сучасній системі принципів права. — Стаття.

У статті розглядається місце принципу справедливості у сучасній системі права. Принцип справедливості є визначальним для приватного права та впливає на метод його регулювання. Разом із визначенням методом правового регулювання галузь приватного права формують та виділяють принципи галузі права. Тому визнання принципу справедливості як керівного в галузі приватного права обумовлено самою особливістю цієї галузі права, її методом.

*Ключові слова:* принцип, метод, приватне право, справедливість.

### Аннотация

**Бабич И. Г.** Определение места принципа справедливости в современной системе принципов гражданского права. — Статья.

В статье рассматривается место принципа справедливости в современной системе права. Принцип справедливости является определяющим для частного права и влияет на метод его регулирования. Вместе с определенным методом правового регулирования отрасль частного права формируют и выделяют принципы отрасли права. Поэтому признание принципа справедливости как руководящего в области частного права обусловлено самой особенностью этой отрасли права, ее методом.

*Ключевые слова:* принцип, метод, частное право, справедливость.

### Summary

**Babich I. G.** Defining the Place of the Principle of Justice in the Modern System of Principles of Civil Law. — Article.

The article is devoted to determination of principle of justice in modern law system. The principle of justice is crucial for private law and impacts on the method of regulation. Along with the definite method the legal regulation, the branch of the private law is formed and distinguished by the principles of law. Therefore, recognition principle of justice as governing principle in private law is provided by specificity of this area of law and its method.

*Keywords:* principle, method, private law, justice.

УДК: 347.426.6(477).001.33

*Т. Є. Крисань*

### КЛАСИФІКАЦІЯ ЗБИТКІВ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

У вітчизняній доктрині разом з розподілом збитків на реальний збиток і упущену вигоду існує також розподіл збитків на прямі і непрямі.

В основі відмінності даних класифікацій лежать неоднакові критерії. Перша класифікація здійснюється по економічній ознаці — до розгляду збитків підходять з урахуванням характеру тих втрат потерпілого, які виявилися результатом порушення договору: якщо втрачено наявне майно, то перед нами

один різновид збитку; якщо ж втрачена можливість отримати певні економічні вигоди в майбутньому, то перед нами інший його різновид.

Поняття непрямих збитків було знайоме ще римському приватному праву, даний розподіл зберігає свою актуальність і в даний час.

Розмежування збитку на прямий і непрямий проводиться залежно від тих причин, які викликали майнову шкоду, породили її. Непрямими є збитки, які пов'язані з порушенням договору, але вирішальним чином обумовлені зовнішніми причинами. Питання прямих і непрямих збитків напряду пов'язано з питанням причинного зв'язку.

Критерії, що лежать в основі цих двох класифікацій, взаємно виключають один одного. Тому не тільки реальний збиток, але і упущена вигода можуть бути як прямими, так і непрямыми. Непрямі збитки не є тією категорією збитків, які підлягають відшкодуванню відповідно до ст. 22 ЦК України. В цьому значення даного розподілу, що має в своїй основі питання визначення причинного зв'язку.

В ЦК України немає яких-небудь вказівок з цього питання і термін «непрямі збитки» в ньому не використовується, але розмежування збитків на прямі і непрямі має певне практичне значення. Воно безпосередньо пов'язано з межами майнової відповідальності причинителя. Прийнято вважати, що прямі збитки вважаються прямим, безпосереднім слідством порушення зобов'язання і тому підлягають відшкодуванню. Непрямі ж збитки пов'язані з невиконанням зобов'язання лише побічно, випадково, і тому тут немає підстав покласти на боржника їх відшкодування.

Подібного роду класифікація збитків існувала ще в дореволюційному праві Росії. І, зокрема, Г. Ф. Шершеневич указував на те, що вітчизняне законодавство «зобов'язує винуватця до відшкодування тільки прямих збитків».

Доцільність розділення збитків на прямі і непрямі в літературі оспорується, причому як за радянських часів, так і зараз.

В. І. Кофман вважав, що розподіл збитків на прямі і непрямі не обґрунтований.

Л. А. Лунц вважав, що це розмежування збитків засновано на невизначених і хистких критеріях, які не можуть всерйоз братися до уваги в процесі оперативної діяльності судових і арбітражних органів.

М. М. Агарков виходив з того, що відмінність між прямими і непрямыми збитками визначається в характері причинного зв'язку між протиправною поведінкою і результатом, що наступив. В його трактуванні причинний зв'язок визначався як типовий при настанні прямих збитків і нетиповий, коли виникали непрямі збитки [1].

Л. А. Лунц, піддаючи критиці погляди М. М. Агаркова, стверджував, що «обмеження відповідальності лише так званими прямими збитками є по суті відступом від загального принципу повного відшкодування».

Навпаки, на думку Г. К. Матвеева, слід розрізняти і ці два види збитків. Він пише: «Прямим визнається збиток, що знаходиться в необхідному зв'язку з протиправною дією (бездіяльністю); дія в цьому випадку є істотною причи-

ною по відношенню до конкретного збитку, причиною, без наявності якої цей збиток не наступив би. Непрямим признається збиток, що знаходиться з протиправною дією (бездіяльністю) у випадковому зв'язку і в той же час в необхідному зв'язку з якимсь іншим зобов'язанням, що його породжує» [2, 457].

О. С. Йоффе піддав критиці думку і М. М. Агаркова і Л. А. Лунца. Висновок Л. А. Лунца він вважає не обґрунтованим практично, бо покладати на правопорушника відповідальність за непрямі збитки — значить по суті виходити з принципу не повного відшкодування збитків, а необмеженої відповідальності [3].

Насправді ж, як помічає О. С. Йоффе, проблема розмежування прямих і непрямих збитків нічим не відрізняється від загальної проблеми причинного зв'язку в цивільному праві: прямі збитки знаходяться в юридично значущому причинному зв'язку з неправомірною поведінкою, який відсутній при настанні непрямих збитків. Отже, в даному випадку не існує дві проблеми, які можна було б вирішити незалежно одну від одної. Перед нами єдина проблема — проблема причинного зв'язку між протиправною поведінкою і результатом, що наступив. Крім того, причинний зв'язок між поведінкою людини і результатом, що наступив, набуває правового значення лише за умови, що ця поведінка викликала дійсність результату або, принаймні, створила конкретну можливість її настання.

На думку В. В. Васькина, згадуючи про прямі, безпосередні, передбачені, випадкові, непрямі збитки, по суті, розрізняють їх залежно від характеру причинного зв'язку з точки зору тієї або іншої правової теорії [4, 49].

Таким чином, до класифікації збитків на дві вказані групи вдаються, коли хочуть з'ясувати обсяг збитку, тобто встановити його розміри. Безумовно, пише він, що розмір збитків завжди менше, якщо мати на увазі тільки позитивний збиток і не урахувати одночасно упущену вигоду, а прямий збиток завжди обмеження, якщо не брати до уваги також і непрямий збиток, породжений різними зовнішніми обставинами.

Проте розподіл збитків на дві вказані категорії — прямі і непрямі — відображає реалії господарського життя, нерідко використовується законодавством, міцно увійшов до доктрини і добре відомий судовій і господарській практиці. Тому навряд чи є значення спростовувати існування і необхідність даної класифікації. Незважаючи на те, що в законодавстві немає визначення поняття непрямих збитків, саме це поняття широко використовується.

Таку позицію розділяють і інші автори [5].

Що стосується можливості стягнення непрямих збитків, більшість авторів вважає, що відшкодуванню підлягають лише прямі збитки, непрямі не відшкодовуються, оскільки якщо між дією (бездіяльністю) і шкодою немає достатнього причинного зв'язку, то, отже, і шкода заподіяна не даною дією, і говорити про обов'язок відшкодування шкоди (і тим більш в повному об'ємі) немає достатніх підстав [6].

Проте не можна повністю виключати ту обставину, що в деяких випадках, залежно від ступеня вини причинителя шкоди, можлива постановка питання

про юридичне визнання непрямих збитків, що тут і випадковий причинний зв'язок може додати свою дію на настання шкідливого результату [7].

У ряді міжнародних договорів також зустрічаються вказівки на непрямі збитки. Наприклад, на підставі п. 2.2.1 ст. 34 Всесвітньої поштової конвенції 1957 р. (в редакції 19.04.1996 р.) при відшкодуванні за розкрадання або пошкодження замовленого відправлення непрямі пошкодження або нереалізований прибуток до уваги не беруться [8].

Як вже говорилося вище, збитки в українському законодавстві можна умовно розділити на дві групи: **договірні і недоговірні**.

Слід відрізнити обов'язок боржника відшкодувати збитки, завдані невиконанням або неналежним виконанням зобов'язання, що випливає з договору (ст. ст. 611, 623 ЦК), від відшкодування позадоговірної шкоди, тобто від зобов'язання, що виникає внаслідок заподіяння шкоди (гл. 82 ЦК).

Даний розподіл пов'язаний з розподілом цивільно-правової відповідальності на договірну і недоговірну (що виникає з деліктних відносин). Форми і розмір першої можуть бути встановлені як законом, так і договором, а форми і розмір іншої встановлюються тільки законом.

Якщо сторони перебувають у договірних відносинах, але заподіяння шкоди однією із сторін іншій стороні не пов'язане з виконанням зобов'язання, що випливає з цього договору, то підлягає застосуванню гл. 82 ЦК. Правильне розмежування підстав відповідальності необхідне ще і тому, що розмір відшкодування збитків, завданих кредитором невиконанням або неналежним виконанням зобов'язань за договором, може бути обмеженим, а при відшкодуванні позадоговірної шкоди остання підлягає стягненню у повному обсязі. Як у випадку невиконання договору, так й за зобов'язанням, що виникають внаслідок заподіяння шкоди, чинне законодавство виходить з принципу вини контрагента (ст. 614 ЦК) або особи, яка заподіяла шкоду (ч. 1 ст. 1167 ЦК). Однак щодо зобов'язань, які виникають внаслідок заподіяння шкоди, є виключення з цього загального правила, тобто коли обов'язок відшкодування заподіяної шкоди покладається на особу без її вини (ч. 2 ст. 1167, ст. ст. 1173, 1174, 1187, 1188 ЦК). Застосування принципу вини як умови відповідальності за порушення зобов'язання пов'язане також з необхідністю з'ясування таких обставин, як вина кредитора. Зокрема, суд зменшує розмір належних до відшкодування збитків, якщо кредитор навмисно або з необережності сприяв збільшенню їх розміру або не вжив заходів до їх зменшення (ч. 2 ст. 616 ЦК) [9].

В іноземних законодавствах можна знайти і інші класифікації збитків, про що вже говорилося раніше.

Особливий інтерес представляє для нас виділення в англо-американському праві «**наперед оцінених збитків**» і «**штрафних збитків**». Сторони мають право включати в умови договору умови оцінки або певну суму розміру збитків, які можуть мати місце при порушенні договору однією або обома сторонами. Проте дане застереження не повинне і не може виключати дії принципу компенсаційності відшкодування збитків. Сума наперед визначених в договорі збитків не повинна перевищувати дійсної суми збитків, інакше вона набуває

штрафного характеру, тобто буде розглядатися судами як штраф, що неприпустимо, і понизить її до рівня збитків, що дійсно зазнані.

В американському праві розмежування між штрафом і наперед оціненими збитками проводиться на підставі справи *Banta v. Stamford Motor Co.* (Conn. 1914. Vol. 89. P. 51, 55; A.1914. Vol. 92. P. 665, 667): «Ясно виразимими умовами для застосування пункту договору, присвяченого наперед оціненим збиткам, на думку суду є: 1) збитки, очікувані в результаті порушення, повинні бути невизначені за розміром або важко доказові; 2) повинен мати місце виразимий наперед намір сторін відшкодувати їх; 3) обумовлена сума повинна бути розумною, тобто не знаходитися у великій диспропорції зі збитком або шкодою» [10, 126].

Можна сказати, що поняття «штрафні збитки» невідомо українському законодавству, більш того, воно суперечить поняттю збитків, в основі якого лежить компенсація втраченого, відновлення первинного стану, тобто не каральні, а перш за все компенсаційні, відновні функції. З погляду українського законодавства по своїй правовій природі штрафні збитки ближче всього до поняття неустойки.

Загальноприйнятим як для права країн континентальної Європи, так і для англо-американського права є виділення **конкретних і абстрактних** збитків. Під конкретними збитками розуміються фактично понесені кредитором витрати у зв'язку з невиконанням зобов'язань боржником. Наприклад, конкретними збитками будуть вважатися додаткові витрати кредитора з правочину, що замінює договір, не виконаний боржником.

Абстрактні збитки є більш простим способом рахування збитків для тих випадків, коли товар, що є предметом договору, порушеного боржником, має біржову або іншу ринкову ціну. В цьому випадку різниця між договірною і ринковою цінами і складає збитки, розмір яких не потребує спеціального доведення.

В тексті ЦК України ми не знайдемо аналогічних норм ні в загальних положеннях про зобов'язання, ні в положеннях, присвячених договору.

Разом з тим у кн. V ЦК України, присвяченій окремим видам зобов'язань, є норми про конкретні і абстрактні збитки, аналогічні тим, що містяться в ст. ст. 75 і 76 Віденської конвенції.

Так, ст. 710 ЦК України дозволяє стягати абстрактні збитки при поверненні покупцем продавцю товару неналежної якості — відшкодування різниці між ціною товару, встановленою договором роздрібної купівлі-продажу, і ціною відповідного товару на момент добровільного задоволення його вимоги, а якщо вимога добровільно не задоволена — на момент винесення судом рішення.

Хоча законодавець не згадує про абстрактні збитки, але по своєму внутрішньому змісту формулювання ст. 710 ЦК України підпадає під поняття абстрактних збитків, сформульованих в теорії і, зокрема, в міжнародному праві, — різниця в ціні, яка заповнює можливі втрати сторони за невиконанням договором. При укладенні нового договору потерпілій стороні для відновлення свого положення доведеться оплачувати дійсно існуючу ціну (поточну ціну) на мо-

мент укладення нового договору, таким чином, вона з необхідністю понесе матеріальні втрати, які і будуть складати різницю між новою і старою ціною [11].

Крім того, ст. 22 ЦК України як збитки передбачає не тільки проведені витрати, але і витрати, які особа повинна буде провести в майбутньому. Отже, витрати (різниця в ціні), вказані в ст. 710 ЦК України, можуть розглядатися як різновид збитків, передбачених для відшкодування в ст. 22 ЦК України.

Ще один вид збитків, що доцільно згадати, — так звані «чисто економічні збитки». Однак тут автори не розуміють протиставлення «економічних» та «юридичних» збитків, про які йшла мова у розділі II дослідження, а здебільшого маються на увазі фінансові втрати. Так, Ю. Е. Туктаров, наводячи вислів німецького дослідника про такі збитки, пише: «Найзагальнішим чином чисто економічні збитки можна визначити як фінансові втрати, які є слідством спричинення фізичної шкоди потерпілому, його майну або здійснення іншого порушення його абсолютних прав. Як видно, характеристика економічних збитків заснована на природі шкоди: чисто економічні (або фінансові) втрати протиставляються в даному випадку фізичній шкоді, яка заподіюється майну або особі» [12, 138–168].

Багато які західні юристи в розподілі шкоди на фізичну і економічну бачать прагматичне значення і говорять про те, що матеріальні (фізичні) збитки більш легко побачити, зрозуміти і швидше за все прорахувати. Проте слід визнати, що різниця між матеріальним збитком і чисто економічними збитками носить дуже довільний характер і межі між видами збитку в такому випадку важко вловити. Чисто економічні збитки зменшують лише гаманець потерпілого.

Цікаво, що у ряді країн такий підхід знайшов визнання. Наприклад, в Швеції, де законодавець прямо сказав, що чисто економічні збитки підлягають відшкодуванню, але тільки потерпілому від кримінального злочину. Закон 1972 р. про деліктне право (§ 2) описує цю ідею так: «В цьому законі «чисто економічні збитки» означають такі економічні втрати, які виникають не в результаті спричинення шкоди особі або майну». Аналогічне визначення поширено в Англії і Німеччині. Так, німецькі юристи пишуть про таке «погіршення чийого-небудь економічного стану (втрата доходу, зменшення цінності майна і інше), який відбувається не прямо в результаті спричинення шкоди особі або пошкодження певного майна».

Наприклад, так звані «рикошетні» збитки виникають унаслідок нанесення збитку майну однієї сторони (безпосередньому потерпілому). Позивач при цьому є не прямим, а другорядним (опосередкованим) потерпілим, який несе тільки фінансові втрати. Так, одина особа є основним гравцем в спортивній команді, належній іншій. Дії третьої особи призвели до смерті гравця або позбавили його здатності грати за команду, що у свою чергу є причиною, при якій доходи власника команди падають. В даному випадку збиток гравця є фізичним, втрати власника при цьому є чисто економічними.

До економічних збитків відноситься, наприклад, закриття ринків, шосе, морських шляхів і інших аналогічних об'єктів, що завдає фінансового збитку

людям, які залежать від їх роботи. Так, щодо німецького права К. Цвайгерт і Х. Кетц приводять такий приклад: порушення права власності має місце навіть в тому випадку, якщо з необережності відповідача відбувається вимушене перекриття каналу і через це там залишаються замкнутими і на приколі суду позивача протягом восьми місяців.

Найбільш цікавими є так звані збитки від професійних послуг та практика їх відшкодування. Наприклад, яку відповідальність несуть ті, хто займається збором і обробкою інформації, а також наданням консультаційних і фінансових послуг. На інформацію (послуги), що надається ними своїм клієнтам, можуть посилалися або ж вважатися треті особи. У випадку, якщо надана інформація виявляється недостовірною, треті особи можуть понести фінансові втрати. Наприклад, інвестор, спирається, як пізніше з'ясується, на помилкові дані аудиту, купує акцію компанії за ціною, вдвічі перевищуючою їх реальну вартість. В даному випадку збиток інвестора є слідством надання аудитором недостовірної інформації про компанію. Чи людина дає доручення своєму адвокату підготувати заповіт, яким вона передає крупну грошову суму третій особі. Адвокат із яких-небудь причин не робить яких-небудь дій протягом тривалого часу. В результаті людина вмирає, не залишивши заповіту, і «спадкоємець» залишається без спадку. В цьому випадку його збиток є чисто економічним.

В літературі також зустрічається термін «страхові збитки». Проте збитки, відшкодовувані при страхуванні, необхідно відрізнити від збитків, про які йдеться в ст. 22 ЦК України. Адже збитки, описані в ст. 22 ЦК України, — це завжди наслідки правопорушення, а збитки, відшкодовувані при страхуванні, — зовсім не завжди. Наприклад, у відношенні загибелі майна внаслідок землетрусу неможна застосувати ст. 22 ЦК України, а ст. 976 ЦК України — можна, якщо був укладений договір страхування. Страхувальник відшкодовує збитки не як особа, відповідальна за їх заподіяння, а тому, що добровільно зобов'язався їх відшкодувати. Тому, термін «страхові збитки» використовується для позначення збитків, відшкодовуваних при страхуванні.

### Література

1. Гражданское право : учебник. В 2 т. Т. I / отв. ред. Е. А. Суханов. — М. : БЕК, 1998. — 816 с.
2. Матвеев Г. К. О прямых и косвенных убытках // Правоведение. — 1963. — № 2. — С. 457.
3. Иоффе О. С. Ответственность по советскому гражданскому праву // Избранные труды : в 4 т. / О. С. Иоффе. — С.Пб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2003. — Т. I. Правоотношение по советскому гражданскому праву. Ответственность по советскому гражданскому праву.
4. Васькин В. В. Виды убытков по закону / В. В. Васькин. — М., 1976.
5. Матвеев Г. К. Основания гражданско-правовой ответственности / Г. К. Матвеев. — М. : Юрид. лит., 1970. — 311 с.
6. Загорулько А. И. Обязательства по возмещению вреда, причиненного субъектами гражданского права / А. И. Загорулько. — Х. : Консум, 1996. — 112 с.
7. Матвеев Г. К. Вина в советском гражданском праве / Г. К. Матвеев. — К.: Вища школа, 1955. — 42 с.
8. Мякинина А. В. Ограничение размера убытков в гражданском праве // Журнал российского права. — 2005. — № 5. — С. 105–113.

9. Гражданский кодекс Украины : науч.-практ. коммент. / под ред. Е. О. Харитоновой. — Х. : Одиссей, 2006. — 1280 с.
10. Фарнсворт Е. А. Договорное право в США и СССР. История и общие концепции / Е. А. Фарнсворт, В. П. Мозолин. — М., 1988.
11. Дегтярев С. Л. Возмещение убытков в гражданском и арбитражном процессе : учеб.-практ. пособие / С. Л. Дегтярев. — М. : БЕК, 2001.
12. Туктаров Ю. Е. Чисто экономические убытки // Убытки и практика их возмещения : сб. ст. / отв. ред. М. А. Рожкова. — М. : Статут, 2006. — 622 с. — (Анализ современного права).

### Анотація

**Крисань Т. Є.** Класифікація збитків в цивільному праві України. — Стаття.

У статті зроблений висновок, що разом з поділом збитків на реальний збиток і упущену вигоду у вітчизняній доктрині існує також поділ збитків на прямі і непрямі.

**Ключові слова:** збитки, класифікація, шкода, упущена вигода, реальні збитки, цивільно-правава відповідальність.

### Аннотация

**Крисань Т. Е.** Классификация убытков в гражданском праве Украины. — Статья.

В статье сделан вывод, что вместе с разделением убытков на реальный убыток и упущенную выгоду в отечественной доктрине существует также разделение убытков на прямые и косвенные.

**Ключевые слова:** убытки, классификация, вред, упущенная выгода, реальные убытки, гражданско-правовая ответственность.

### Summary

**Krisan T. E.** Classification of Damages in Ukrainian Civil Law. — Article.

The conclusion of the article is the following: the doctrine of our country recognizes subdivision of damages into real damages and lost damages as well as direct and indirect damages.

**Keywords:** losses, classification, damage, missed profit, real losses, civil legal responsibility.

УДК 347.79+341.225

О. С. Адамова

## СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ МОРСЬКОГО ПУБЛІЧНОГО Й МОРСЬКОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА

Морське право являє собою складний юридичний феномен, правова природа якого у вітчизняній літературі залишається майже недослідженою.

Деяке виключення в цьому плані представляють роботи Є. О. Харитонova, О. І. Харитоновой, О. Н. Шемякина, В. Н. Гуцуляка, М. Є. Черкеса й деяких інших авторів, де розглядалися ті або інші питання, пов'язані з визначенням сутності морського права.

Отже, виходячи з того, що морське право в цілому може бути визначене як система принципів і норм, які встановлюють правовий режим морських просторів і регулюють відносини, що виникають у зв'язку з використанням Світового океану (під цим терміном розуміються всі морські простори [1, 3]) і морського дна [2, 176; 3, 10–11], спробуємо визначити його структуру, як певного системно-структурного утвору.



Слід прийняти в увагу, що багато авторів «міжнародне морське право» розуміють як систему понять і правових норм, що регулюють відносини між державами й іншими суб'єктами міжнародного права у зв'язку з використанням людиною морів, океанів і морського права, включаючи торговельне мореплавання [4, 4, 8].

Таким чином, мова йде про розподіл морського права на національне (внутрішньодержавне) і міжнародне.

У той же час зустрічається й інша точка зору. Зокрема, у літературі відзначається, що морське право (Maritime Law) містить у своєму складі як норми внутрішньодержавного права, так і норми міжнародного публічного й міжнародного приватного права. Відповідно, з урахуванням цієї обставини пропонується виділити три складові сучасного морського права:

- 1) внутрішньодержавне право (Municipal, National Law);
- 2) міжнародне публічне право (International Public Law);
- 3) міжнародне приватне право (International Private Law) [5, 6].

Викладений підхід до визначення системи морського права, зокрема поділ його на внутрішньодержавне, міжнародне публічне й міжнародне приватне, одержав поширення в юридичній науці. Разом з тим у юристів-теоретиків немає єдиної думки щодо визначення самого поняття морського права в цілому, його структури, а також характеристики його окремих частин.

Слід зазначити, що радянські правознавці дотримувалися іншої класифікації, підрозділяючи морське право на «радянське морське право» і «інше морське право» — «міжнародне морське право», або «морське право капіталістичних країн» [6, 7–16], виходячи при цьому з того, що радянське морське право являє собою феномен, якісно відмінний від раніше існуючих типів морського права [7, 5].

Не зупиняючись на виправданості підрозділу морського права на дві (міжнародне й національне) або три (національне, міжнародне публічне й міжнародне приватне) частини, але прийнявши пропоновані класифікації за відправну точку, розглянемо детально, як характеризуються названі складові елементи морського права.

Багато дослідників звертають увагу на те, що до складу національного (внутрішньодержавного) морського права включаються норми, які за своєю юридичною природою відносяться до різних галузей права (цивільного, адміністративного, кримінального та ін.).

Зокрема, В. Н. Гуцуляк відзначає, що відносини, пов'язані з договором морського перевезення вантажу, рятуванням на морі, морським страхуванням тощо, регулюються нормами цивільного права [5, 14–15]. Характерно, що в цьому переліку відсутнє згадування про загальну аварію, що говорить про відсутність спеціальної чіткої галузевої кваліфікації цього інституту. Тут можливе заперечення того роду, що загальна аварія далі віднесена автором до інститутів міжнародного приватного морського права. Однак з таким же успіхом можна розглядати як інститути міжнародного приватного морського права договір морського перевезення [8, 196–200; 9, 11–14; 10, 5–13], рятування на морі

[11, 6], морського страхування [12, 8–10], які, як вже зазначалося, відносяться до цивільного права. Тому запропонована класифікація уявляється недостатньо обґрунтованою.

Відзначаючи далі, що порядок випуску суден в море в портах визначається нормами адміністративного права, відповідальність капітанів суден за ненадання допомоги, що терплять стихійне лихо на море передбачена нормами кримінального права й т.ін., автор на цій основі робить висновок, що внутрішньодержавне (національне) морське право має характер комплексної галузі, зміст якої становлять норми різних галузей внутрішньодержавного права, об'єднаних спільністю предмета правового регулювання, а саме — «морекористування» у тій або іншій формі [5, 16].

В. В. Демиденко, О. Н. Шемякин, О. О. Балобанов й ін. національне морське право, зокрема морське право України, визначають як систему понять і правил соціальної поведінки в області використання Світового океану й морського дна, установлених або санкціонованих державою, дотримання яких гарантується державним примусом. При цьому також звертається увага на те, що «об'єктом регулювання морського права України є досить різноманітні відносини, у тому числі: відносини влади й підпорядкування, включаючи відносини державного управління (адміністративно-правові відносини); майнові й деякі особисті немайнові відносини (цивільно-правові відносини); трудові й інші відносини, що виникають в області використання Світового океану й морського дна. Таким чином, морське право України, оскільки об'єктом його регулювання є відносини, що випливають із певного виду діяльності — користування Світовим океаном і морським дном, — носить комплексний характер. Інакше кажучи, загальна система права в основі підрозділу права на галузі (підсистеми) має однорідні групи суспільних відносин, а система морського права — в основі її поділу на підсистеми — має змішані групи суспільних відносин, виникнення яких обумовлено специфікою конкретного роду діяльності» [4, 5].

Отут слід звернути увагу на ту обставину, що якщо В. Н. Гуцуляк тільки констатує комплексний характер національного (внутрішньодержавного) морського права, то колектив авторів підручника «Морське право України», також відзначаючи цей факт, вживають спробу дати його визначення [13, 57–58]. Такий підхід уявляється більш вдалим.

Разом з тим і в першому, і в другому випадку національне (внутрішньодержавне) морське право характеризується як комплексна галузь права, що уявляється неточним, оскільки мова тут повинна йти не про галузь права, а про галузь законодавства, на що не завжди звертається увага. (Характерно, що й раніше автори підручника «Радянське морське право», намагаючись проілюструвати тезу про комплексність морського права, посилалися на зміст Кодексу торговельного мореплавання [7, 18]. Однак КТМ є законодавчим актом і може бути прикладом тільки комплексності галузі законодавства, але не комплексності права [14, 20–45]).

Разом з тим слід звернути увагу на обставину, що в літературі зазнає сумніву виправданість визнання існування національного (внутрішньодержавно-

го) морського права з тих міркувань, що воно являє собою, насамперед, сферу, де домінують міжнародні правила й норми. (Не зупиняючись детально на характеристиці норм міжнародного морського права, відзначимо лише їх відмінності від норм внутрішньодержавного (національного) права. Вони полягають у тому, що якщо у внутрішньодержавному праві норми, як правило, складаються із трьох елементів: гіпотези, диспозиції й санкції, то переважна більшість норм міжнародного морського права містять лише диспозицію. У внутрішньодержавному праві виконання норм забезпечується силою державного примусу. Міжнародному морському праву ж у цілому органічно властиві компроміси, взаємні поступки. Оскільки міжнародне морське право не знає яких-небудь наддержавних органів примусу, належне дотримання міжнародно-правових норм забезпечується фактично на добровільній основі. Процес формування міжнародно-правових норм також докорінно відрізняється від створення внутрішньодержавних норм. У міжнародному морському праві норми утворюються тільки шляхом узгодження волі суб'єктів права [5, 17]).

Таким чином, як справедливо підкреслюється в літературі, оцінюючи співвідношення міжнародного й внутрішньодержавного морського права, слід урахувати, що більшість норм морського права, установлені державою в силу того, що засновані на нормах міжнародного морського права, і лише незначна частина норм національного права носить самостійний характер [15, 14]. Тим більше, що це повною мірою відповідає загальній тенденції визнання примата міжнародного права, характерної для більшості сучасних правових систем, у тому числі, при регулюванні відносин користування морським простором, морського судноплавства, торговельного мореплавання і т. ін. [16, 19; 17, 3].

Однак, що стосується характеристики міжнародного морського права [18, 21 25], то тут також можна констатувати існування різних точок зору.

Так, деякі вчені, наприклад В. Н. Гуцуляк, ведуть мову не про міжнародне морське право взагалі, а про «міжнародне публічне морське право» і «міжнародне приватне морське право». При цьому міжнародне публічне морське право характеризується як галузь (можливо, галузі) міжнародного права, «об'єктом якої є порівняно великий комплекс однорідних міжнародних відносин у зв'язку з використанням Світового океану» [5, 7–10]. Недоліком цієї характеристики є те, що тут не тільки практично відсутнє визначення міжнародного публічного морського права, як ключового в цьому випадку поняття, але також не зазначені й досить чіткі критерії публічного права взагалі й міжнародного публічного морського права зокрема.

Слід зазначити, що більшість дослідників пов'язаних із цим питань, вживаючи термін «міжнародне морське право», ототожнюють його з поняттям «міжнародне публічне морське право», у той же час нерідко окремо виділяючи «міжнародну частку морського права» [4, 8–9]. Інакше кажучи, якщо в першому випадку мова йде про «міжнародне публічне морське право», то в другому — просто про «міжнародне морське право», яке ототожнюється із правом публічним.

Слід зазначити, що, з одного боку, зазначений похід більше відповідає традиціям найменування досліджень в області мореплавання, де часто мова йде

просто про «міжнародне морське право» [19, 10–12] або морське право розглядається в контексті викладення положень міжнародного права як такого [20, 116–130; 21, 558–631].

Разом з тим такий підхід також уявляється не зовсім вдалим, оскільки залишається неясним, чому зі складу міжнародного морського права виділяється тільки «міжнародне приватне морське право» і що залишається за межами цієї групи норм у складі міжнародного морського права. Крім того, слід зазначити, що у вживанні термінів тут немає чіткої визначеності й однозначності. Часто ідеться не про «міжнародне морське право», а про «міжнародне право моря» як про сукупність норм і правил, що регулюють міждержавні відносини із приводу морського судноплавства [22, 14]. У той же час, вживаючи термін «міжнародне морське право», ним часто поєднують і публічне, і приватне право [18, 22].

Отже, уявляється можливим дати характеристику морського публічного й морського приватного права, враховуючи при цьому загальні положення про підрозділ права в цілому на право публічне й приватне.

При цьому слід звернути увагу на те, що така класифікація допоможе встановити й співвідношення поняття «морське національне право» з іншими галузями національного права, які є, як відзначалося раніше, відбиттям на національному рівні більш загальних категорій — «приватне право» і «публічне право».

Приступаючи до розгляду питання про поділ морського права на публічне й приватне, необхідно враховувати, що багато дослідників дихотомії «приватне право — публічне право» справедливо звертають увагу на те, що така конструкція деякою мірою є умовною й призначення її головним чином полягає в тому, щоб установити основні засади регулювання тієї або іншої групи суспільних відносин [23, 84], визначити сферу приватного й публічного права і т. ін. [24, 123–126].

Крім того, підкреслюється необхідність ураховувати небажаність спрощень при визначенні цих понять, які найчастіше пов'язані з ототожненням права й законодавства, у результаті чого можна зустріти затвердження, що оскільки всяке право є явищем публічним, то й приватне право існує тільки в рамках публічного права [25, 59].

Однак «право» і «закон» поняття не тотожні. Право — категорія більш широка, що охоплює всю сукупність загальнообов'язкових норм (у тому числі тих, що ґрунтуються на приписах природного права) і не може бути зведена лише до сукупності нормативних актів, виданих державними органами. Тому від урегулювання відносин законодавчими актами та або інша галузь права не стає автоматично публічним правом [23, 85].

Класичний критерій розмежування приватного й публічного права втримується у відомій сентенції Ульпіана, що увійшла у Дігести Юстиніана: «...публічним правом є те, що стосується положення римської держави, приватне — яке відноситься до користі окремих осіб» [26, 10].

Згодом число критеріїв розмежування цих двох галузей права зросло, змінилася сама концепція приватного права [27, 4], і в сучасній юридичній літературі називають такі характерні його риси:

- визнання пріоритетності інтересів окремої (приватної) особи (суверенітету індивіда);
- юридична рівність учасників відповідних відносин;
- ініціативність сторін при встановленні правовідносин;
- вільний розсуд при виборі правил поведінки, прямо не заборонених законодавством;
- позовний порядок захисту інтересів суб'єктів у суді і т.д.

Ці риси визначаються сутністю приватного права, як такої частини об'єктивного права, через відповідні інститути якого реалізується природне «право волі». Від санкціонування цих відносин державою їх характер не міняється, оскільки в ідеальному варіанті закони держави повинні відповідати приписанням природного права, а в реальному — якщо й не відповідають, то повинні прагнути до цього (якщо, природно, мова йде про громадянське суспільство й правову державу).

Враховуючи сказане, приватне право визначають як сукупність правил і норм, що стосуються визначення статусу й захисту інтересів окремих осіб, які не є фігурантами держави, не перебувають у відносинах влади — підпорядкування один до одного, рівноправно й вільно встановлюють собі права й обов'язки у виникаючих з їхньої ініціативи відносинах [28, 5–6].

Що стосується визначення публічного права, то тут звертається увага на необхідність при його характеристиці не тільки вказувати на те, що воно стосується інтересів держави в цілому, але враховувати також ту обставину, що однією з визначальних рис публічного права є імперативний метод регулювання відповідних відносин, якому, зокрема, властиві:

- жорстка окресленість рамок поведінки суб'єктів;
- застосування так званого «позитивного зобов'язування», при яким учасникам правовідносин пропонується діяти певним чином;
- застосування заборони дій як методу формування поведінки осіб;
- використання таких стимулів, як примус, та ін.

При цьому підкреслюється, що публічне право не можна ототожнювати з такими категоріями, як «конституційне право», «адміністративне право» і т.д. Останні, у сукупності з такими галузями, як цивільне, трудове, кримінальне, фінансове й ін., становлять систему національного права. Вони обумовлені як загальними принципами, так і національними традиціями права [29, 179].

Що стосується права публічного, то воно разом із приватним правом у сукупності утворює єдину загальну систему права, що є складовою частиною цивілізації (культури).

Отже, ми повинні враховувати, що за своєю суттю публічне право (як і приватне) є, з одного боку, наднаціональною системою, маючи предметом регулювання не тільки внутрішньодержавні, але й міждержавні відносини. Разом з тим, необхідно мати на увазі, що публічне право являє собою продовження такого соціального феномена, як публічна влада, з усіма позитивними й негативними можливостями останньої.

Таким чином, публічне право слід визначити як сукупність правових норм,

що становлять особливу функціонально-структурну систему, яка з метою регулювання й захисту суспільних інтересів за допомогою приписань переважно імперативного характеру регламентує відносини за участю держави, а також між суб'єктами, які є фігурантами держави або полягають у відносинах влади й підпорядкування.

### Література

1. Короткий Р. М. Енциклопедія морів / Р. М. Короткий. — О. : ЛАТСТАР — МОРСКАЯ КНИГА, 2000. — 156 с.
2. Современное международное морское право. Режим вод и дна мирового океана / отв. ред. М. И. Лазарев. — М. : Право, 2006. — 296 с.
3. Додин Е. В. Санкционированное вмешательство в сфере торгового мореплавания : учеб. пособие / Е. В. Додин, В. В. Серафимов. — О. : Юрид. лит., 2001. — 152 с.
4. Морское право Украины / В. В. Демиденко, А. Н. Шемякин, А. О. Балобанов [и др.]. — О. : АО БАХВА, 1996. — 140 с.
5. Гуцуляк В. Н. Международное морское право (публичное и частное) / В. Н. Гуцуляк. — Ростов н/Д : Феникс, 2006. — 416 с.
6. Шмигельский Г. Л. Основы советского морского права / Г. Л. Шмигельский, В. А. Ясиновский. — М. : Мор. транспорт, 1959. — 234 с.
7. Советское морское право : учеб. для вузов мор. транспорта / В. Ф. Мешера, О. М. Балобанов, Н. Н. Виноградов [и др.] ; под ред. В. Ф. Мешеры. — М. : Транспорт, 1980. — 287 с.
8. Соколов А. И. Краткий морской коммерческий словарь-справочник / А. И. Соколов. — 4-е изд., перераб. и доп. — О. : Латстар, 2001. — 216 с.
9. Погребной Ф. Н. Коммерческая работа морского пассажирского судна / Ф. Н. Погребной, В. С. Петухов. — М. : Транспорт, 1979. — 192 с.
10. Шемякин А. Н. Правовое регулирование морской перевозки грузов и пассажиров : учеб. пособие / А. Н. Шемякин, Т. Р. Короткий. — О. : ЛАТСТАР, 1999. — 172 с.
11. Егоров К. Ф. Правовые вопросы оказания помощи и спасания на море / К. Ф. Егоров, Г. Л. Шмигельский. — М. : Мор. транспорт, 1961. — 147 с.
12. Морское страхование в Украине / под ред. В. Ю. Крука ; Мор. страховое бюро Украины. — О. : Латстар, 2001. — 276 с.
13. Морское право Украины : учеб. пособие / В. Г. Ермолаев, О. В. Сиваков. — М. : Изд-во Тихомирова Н. Ю., 2001. — 254 с.
14. Мицкевич А. В. Система права и система законодательства: развитие научных представлений и законоотворчества : сб. ст. / А. В. Мицкевич. — М. : Городец, 2000.
15. Черкес М. Е. Соотношение морского права и международного морского права // Торговое мореплавание. — 1999. — № 1. — С. 13–14.
16. Шемякин А. Н. Международное морское и внутрисударственное морское право // Торговое мореплавание. — 2000. — № 1. — С. 16–19.
17. Современное международное морское право и практика его применения Украиной / А. А. Щипцов, Г. А. Анцелевич, А. Ф. Высоцкий [и др.]. — К. : Наук. думка, 1995. — 342 с.
18. Лукшин И. В. Международное право — исторически сложившаяся отрасль права // Торговое мореплавание. — 2000. — № 1. — С. 21–25.
19. Коломбос Д. Международное морское право : пер с англ. / Д. Коломбос. — М. : Прогресс, 1975. — 782 с.
20. Черкес М. Е. Международное право / М. Е. Черкес. — О. : Астропринт, 1998. — 180 с.
21. Баймуратов М. А. Международное право / М. А. Баймуратов. — Х. : Одиссей, 2000. — 736 с.
22. Перельс Р. Ф. Современное морское международное право / Р. Ф. Перельс. — С.Пб. : Тип. Мор. м-ва, 1884. — 488 с.
23. Харитонов Є. До питання про значення дихотомії «приватне право — публічне право» / Є. Харитонов, О. Харитонova // Вісник Академії правових наук України. — 2000. — № 2. — С. 83–89.
24. Сібільов М. Характеристика сфери приватного права // Вісник Академії правових наук України. — 2001. — № 2. — С. 123–134.
25. Мамутов В. К. До питання про значення приватного права // Вісник Академії правових наук України. — 1999. — № 2. — С. 58–61.

26. Дигесты Юстиниана. Очерки по истории составления и общая характеристика [Текст] : монография / И. С. Перетерский. — М. : Госюриздат, 1956. — 132 с.
27. Суханов Е. А. Частное право в российской правовой системе // Государство и право на рубеже веков : (материалы всерос. конф.). Гражданское право. Гражданский процесс. — М., 2001. — С. 3–11.
28. Харитонов Е. О. Гражданское право: Частное право. Цивилистика. Физические лица. Юридические лица. Вещное право. Обязательства. Виды договоров. Авторское право. Представительство : учеб. пособие / Е. О. Харитонов, Н. А. Саниахметова. — К. : А.С.К., 2001. — 832 с.
29. Харитонova О. І. До питання про визначення поняття публічного права // Актуальні проблеми політики. — О., 2000. — Вип. 8. — С. 177–180.

### Анотація

*Адамова О. С.* Співвідношення понять морського публічного й морського приватного права. — Стаття.

Стаття присвячена визначенню поняття морського права, проведенню порівняння понять «морське приватне право» та «морське публічне право». Здійснюється огляд існуючих точок зору щодо цього питання шляхом дослідження основних джерел національного та міжнародного морського права.

*Ключові слова:* морське право, міжнародний, публічне право, приватне право, національне право, море, система, держава, правова природа, морський простір.

### Аннотация

*Адамова О. С.* Соотношение понятий морского публичного и морского частного права. — Статья.

Статья посвящена определению понятия морского права, осуществлению сравнительного анализа понятий «морское частное право» и «морское публичное право». Осуществляется обзор существующих точек зрения относительно этого вопроса путем исследования основных источников национального и международного морского права.

*Ключевые слова:* морское право, международный, публичное право, частное право, национальное право, море, система, государство, правовое природа, морское пространство.

### Summary

*Adamova O. S.* Correlation of the Concepts of Public and Private Maritime Law. — Article.

The following article is devoted to correlation of the definitions of Maritime Public Law and Maritime Private Law. The problem of defining the concept of Maritime Law and its system is also explored.

*Keywords:* Maritime Law, international, Private Law, Public Law, National Law, sea, system, state, juridical nature, sea space.

УДК 347.957

*Г. М. Ахмач*

## КАСАЦІЙНЕ ОСКАРЖЕННЯ ЯК ГАРАНТІЯ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ

Україна, як держава — учасниця Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, прийняла зобов'язання підтримувати конвенційні положення, серед яких є право кожного громадянина на справедливий і публічний судовий розгляд його справи цивільного характеру упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом (п. 1 ст. 6 Конвенції). Ратифікація Україною Конвенції (17.07.1997 р.) означає признание положень Конвенції частиною законодавства України, що закріплено у ч. 1 ст. 9 Конституції України.

Норми Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод відображені у ст. 1 Цивільного процесуального кодексу України, яка визначає справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ завданнями цивільного судочинства, а захист прав, свобод чи інтересів людини закріплює як мету цивільного судочинства.

При розгляді і вирішенні цивільних справ судам дуже важливо в повній мірі реалізувати його демократичний потенціал, прийняти всі необхідні заходи для правильного і своєчасного розгляду цивільних справ, забезпечити суб'єктам процесу право на справедливий судовий розгляд і захист їх прав, свобод та законних інтересів.

Доступ до правосуддя здійснюється шляхом точного, послідовного і неухильного дотримання процесуальної форми.

Однією з гарантій справедливого судового захисту прав та свобод людини є право на касаційне оскарження судового рішення. Перегляд судових рішень у касаційній інстанції є останнім етапом судочинства України, спрямованим на перевірку законності та обґрунтованості судових рішень, які набрали законної сили. Тому здійснення ефективності судового захисту на цій стадії цивільного процесу, як останнього гаранта реалізації порушених, невизнаних або оспорюваних прав людини, має особливе значення.

Вибір європейського вектора розвитку українського національного законодавства, зокрема цивільного процесуального судочинства, визначив новий порядок перегляду судових рішень у касаційному порядку, який відображає процес адаптації українського законодавства до міжнародних європейських стандартів. Тому дослідження напрямків оптимізації касаційного провадження, виявлення недоліків та прогалин у чинному законодавстві, а також вироблення рекомендацій з його удосконалення є актуальним, сприяє створенню належних умов доступності та справедливості правосуддя згідно з міжнародними стандартами.

Проблема касаційного провадження та захисту у цивільному процесі прав та законних інтересів людини привертає увагу таких процесуалістів, як М. А. Алієскеров [5], Я. П. Зейкан [6], В. Комаров [8], А. Осетинський [7], Н. Ю. Сакара [9], М. Ясинок [10] та ін. Однак низка питань, що охоплюються цією проблемою, залишаються дискусійними і потребують подальшого дослідження.

З прийняттям Верховною Радою України 7 липня 2010 р. Закону України «Про судоустрій і статус суддів» зроблено наступний крок до відтворення норм Конвенції у національному законодавстві, зближення його з міжнародними стандартами справедливого судочинства.

Норми Закону передбачають не тільки здійснення правосуддя на засадах верховенства права, забезпечення кожному права на справедливий суд, повагу до інших прав і свобод, передбачених Конституцією і законами України, міжнародними договорами, ратифікованими Верховною Радою України (ст. 2), захист прав, свобод та законних інтересів кожного незалежним і безстороннім судом, утвореним відповідно до закону (ч. 1 ст. 7), а й діяльність судів касаційної інстанції як гаранта для забезпечення справедливого та неупередженого



розгляду справи у розумні строки, встановлені законом, право кожного на участь у розгляді своєї справи у визначеному процесуальним законом порядку в суді будь-якої інстанції (ч. 2, 3 ст. 7), право на касаційне оскарження судового рішення у випадку і порядку, встановлених процесуальним законом (ст. 14).

Відповідно до положень Закону були внесені зміни у Цивільний процесуальний кодекс України, які вдосконалюють окремі норми щодо касаційного провадження у цивільному судочинстві [3].

По-перше, звертає увагу нова редакція ст. 323 ЦПК України із змінами, внесеними згідно із Законом, — касаційною інстанцією у цивільних справах зазначається не Верховний Суд України, а Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ. Такі зміни у судоустрії України є важливим кроком до зближення національного судочинства з міжнародними стандартами, сприяють вдосконаленню судового розгляду цивільних справ у касаційній інстанції, більш ефективному та швидкому розгляду касаційних скарг.

Проблема перевантаженості Верховного Суду була предметом активних дискусій та потребувала негайного вирішення. У висновках європейських консультативних структур та Президентів (Голів) Верховних Судів (за матеріалами Шостих зборів Президентів Верховних Судів Європи) підкреслюється, що надмірна перевантаженість Верховного Суду справами є основним фактором, що ускладнює здійснення Верховним Судом свого безпосереднього призначення й негативно позначається на реалізації судової влади у суспільстві.

Дана проблема обумовлює визначення у кожній країні шляхів, практичних механізмів або законодавчих застережень, що мають гарантувати розгляд у Верховному Суді лише тих справ, позиція з правозастосування в яких є дійсно важливою з точки зору подальшого розгляду спорів у державних судах та спроможна зорієнтувати подальшу поведінку суб'єктів подібних правовідносин. Ця вимога має корелюватися із специфікою структурної побудови судової системи тієї чи іншої держави, рівнем спеціалізації, розгалуженості, особливостями територіального устрою, історичного фундаменту [7, 7–8].

Проблема перевантаженості Верховного Суду України як суду касаційної інстанції досліджувалася також у монографії В. В. Комарова, який звертає увагу на те, що порядок касаційного оскарження і процедура перегляду судових рішень у цивільних справах потребують вдосконалення, оскільки вони не є ефективними. Головною причиною проблем касаційної інстанції визначена перевантаженість Верховного Суду України, із-за якої суд не спроможний упродовж розумного строку розглянути велику кількість справ, що надходять на його розгляд.

За даними статистики, на кінець 2006 р. до Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України надійшло понад 40 тисяч справ з касаційними скаргами, що призводить до порушення розумних строків розгляду справ і права на справедливий судовий розгляд.

Відповідно до вимог ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод це є суттєвим порушенням міжнародних зобов'язань України.

На Двадцятій нараді, яка відбувала у червні 1996 р. у Будапешті (тема: «Ефективність і справедливість правосуддя»), зазначалось, що складності у виконанні державами ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, більшою мірою пов'язані з перевантаженістю судів і певною складністю процедури, яка не викликається особливою необхідністю [8, 593].

Закріплений у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та Законі України від 7 липня 2010 р. «Про судоустрій і статус суддів» обов'язок суду розглядати справи у розумні строки, встановлені законом, після доповнення Цивільного процесуального кодексу України ст. 330-1 «Строки розгляду касаційної скарги» набуває конкретні межі, стає реальною гарантією захисту цивільних прав людини у касаційному судочинстві у строки, встановлені цивільним процесуальним законодавством.

Так, згідно зі ст. 330-1 ЦПК протягом одного місяця має бути розглянута касаційна скарга на рішення, передбачені п. 1 ч. 1 ст. 324 ЦПК, а касаційна скарга на ухвали, які передбачені п. 2 ч. 1 ст. 324 ЦПК, має бути розглянута протягом п'ятнадцяти днів з дня постановлення ухвали про відкриття касаційного провадження у справі.

Однак чинне цивільне процесуальне законодавство має певні недоліки, які потребують подальшого вдосконалення.

Згідно з положеннями ст. 333 Цивільного процесуального кодексу України суд касаційної інстанції не зобов'язаний у всіх випадках повідомлювати осіб, які беруть участь у справі, про час і місце розгляду справи судом касаційної інстанції. Тобто суд факультативно вирішує питання про необхідність присутності даних осіб у судовому засіданні, — особи, які брали участь у справі, можуть бути викликані судом для надання пояснень у справі у разі необхідності, а необхідність виклику даних осіб до розгляду справи судом касаційної інстанції визначається судом за власним розсудом.

Така позиція законодавця, на нашу думку, позбавляє сторони та інших осіб, які беруть участь у справі, аргументовано відстоювати свою позицію у справі, перешкоджає суду всебічно й об'єктивно досліджувати обставини справи, винести законне і обґрунтоване судове рішення за результатами розгляду касаційної скарги, перешкоджає реалізації права людини на справедливе судочинство.

Таким чином принцип змагальності у касаційної інстанції не реалізується у повному обсязі, у зазначеній інстанції права сторін обмежені у порівнянні з першою і другою судовими інстанціями, в яких сторони мають реальну можливість довести ті обставини, на які вони посилаються як на підставу своїх вимог і заперечень, брати участь у судових засіданнях, подавати докази, брати участь у дослідженні доказів, задавати питання іншим особам, які беруть участь у справі.

Здійснення цивільного судочинства на засадах змагальності означає не тільки пошук оптимальної моделі правосуддя з ефективним захистом прав і інтересів громадян, але й відображає прагнення України до цивілізованого правосуддя, повагу до правових традицій демократичних держав, що підтверджують необхідність реального застосування цього принципу при розгляді касаційних

скарг по цивільних справах у Вищому спеціалізованому суді України з розгляду цивільних і кримінальних справ.

Змагальність у цивільному процесі проявляється у формі змагальності ініціативи осіб, які беруть участь у справі, а також активності суду, який повинен створювати всі необхідні умови для встановлення об'єктивної істини по кожній справі, всебічного, повного та об'єктивного з'ясування обставин справи, роз'яснити особам, які беруть участь у справі, їх права та обов'язки, попереджати про наслідки здійснення або нездійснення процесуальних дій і сприяти в здійсненні їх прав у випадках, передбачених ЦПК України.

У даному випадку процесуальні гарантії права на справедливий та всебічний судовий розгляд цивільної справи як фактор у забезпеченні ефективності цивільного судочинства потребують додаткового нормативного врегулювання, з метою посилення процесуальних гарантій права на судовий захист для підвищення ефективності цивільного судочинства.

Крім того, на нашу думку, процесуальне обмеження прав сторін у касаційній інстанції впливає на реалізацію принципу об'єктивної істини у цивільному судочинстві, згідно з яким висновки суду мають відповідати дійсним обставинам справи.

Суд зобов'язаний встановити всі факти, що спрямовані на правильну оцінку фактичного складу справи; зберігаючи об'єктивність і неупередженість, суд зобов'язаний сприяти всебічному і повному з'ясуванню обставин справи. Тобто суд повинен з'ясувати всі питання у справі, залучити всі матеріали, які мають значення для справи, відповідно до правил належності доказів і допустимості засобів доказування.

Здійснення принципу об'єктивної істини у цивільному судочинстві — це також відповідність висновків суду дійсним обставинам справи, що досягається за умови безстороннього і сумлінного ставлення до них суду.

Реалізація принципу усності судового розгляду у касаційній інстанції також викликає сумніви, тому що суд факультативно вирішує питання про необхідність присутності осіб, які беруть участь у справі, у судовому засіданні. Але відповідно до ст. 6 ЦПК України розгляд справ у всіх судах проводиться усно, тобто процесуальна діяльність судів і учасників процесу відбувається у словесній формі.

Усна форма судового розгляду сприяє реалізації вимог принципу гласності і безпосередності, допомагає суддям краще і повніше сприймати факти справи, а сторонам — довести ці факти до відома суду, висловлювати свої міркування, заперечення, спростування з метою встановлення дійсних обставин справи. Усна форма розгляду справи дає змогу судові особисто і безпосередньо контактувати з учасниками процесу у цивільній справі і сприймати фактичний матеріал у повному обсязі, який відтворюється в судовому засіданні. Завдяки усній формі розгляду справи сторонам простіше висловити, сприйняти обставини у справі і свої міркування, цивільний процес стає більш доступним для сторін.

Слід зазначити, що досягнення мети цивільного судочинства (захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб,

прав та інтересів юридичних осіб та інтересів держави) забезпечується цивільно-процесуальними гарантіями, серед яких інститут касаційного провадження є додатковою гарантією забезпечення законності судових рішень судів першої та апеляційної інстанцій.

Мається на увазі, що функціонування апеляційного оскарження і перевірки судових рішень і ухвал, які не набрали законної сили, є важливою гарантією захисту прав та законних інтересів суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин, але не виключена вірогідність помилкових судових постанов не тільки судами першої інстанції, а також й другої інстанції (апеляційної).

У цьому випадку важко переоцінити роль касаційної інстанції як додаткового гаранта виконання завдань та досягнення мети цивільного судочинства. Регулювання касаційного провадження передбачає можливість оскарження рішень і ухвал, постановлених судом першої інстанції, які були предметом розгляду в апеляційному порядку, лише у зв'язку з неправильним застосуванням судом норм матеріального права чи порушенням норм процесуального права. Основною функцією суду касаційної інстанції є перевірка законності розглянутих справ, в яких суд апеляційної інстанції не усунув істотні порушення закону або сам їх допустив, а також забезпечення однакового застосування закону судами різних ланок судової системи.

Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ перевіряє законність судових рішень в межах позовних вимог, заявлених у суді першої інстанції. Правильність застосування судом першої або апеляційної інстанції норм матеріального чи процесуального права в касаційному порядку суд перевіряє за загальним правилом в межах касаційної скарги. Однак суд не обмежений доводами касаційної скарги, якщо під час розгляду справи буде виявлено неправильне застосування норм матеріального права або порушення норм процесуального права, які є обов'язковою підставою для скасування рішення. Слід зазначити, що суд касаційної інстанції не може встановлювати або (та) вважати доведеними обставини, що не були встановлені в рішенні чи відкинути ним, вирішувати питання про достовірність або недостовірність того чи іншого доказу, про перевагу одних доказів над іншими (ст. 335 ЦПК).

Отже, касаційне провадження є самостійною формою забезпечення однакового застосування законодавства судами першої та апеляційної інстанцій. Суть касаційного провадження полягає у тому, що суд касаційної інстанції за скаргою сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, а також осіб, які не брали участь у справі, якщо суд вирішив питання про їх права, свободи чи обов'язки, за скаргою органів та осіб, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб (у випадках, встановлених в законі), перевіряє відповідність нормам матеріального і процесуального права рішень і ухвал суду першої та апеляційної інстанції.

Тобто касаційне провадження спрямоване на забезпечення законності та обґрунтованості рішень і ухвал як суду першої інстанції, та і суду апеляційної інстанції, запобігання порушенню законності. Тому реальне застосування на

стадії касаційного провадження таких принципів цивільного процесу, як об'єктивна істина, усність судового розгляду справи, змагальність, відіграє вирішальну роль у дійсному захисті цивільних прав, свобод та інтересів суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин, а вдосконалення цивільного процесуального законодавства у цьому напрямку є гарантією вирішення мети цивільного судочинства.

При дослідженні проблемних питань касаційного провадження слід також звернути увагу на недостатню законодавчу врегульованість положень п. 2 ч. 1 ст. 324 ЦПК стосовно переліку ухвал апеляційного суду, які можуть бути оскаржені у касаційному порядку сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі, якщо суд вирішив питання про їх права, свободи чи обов'язки. Згідно з п. 2 ч. 1 ст. 324 ухвали апеляційного суду можуть бути оскаржені, якщо вони перешкоджають подальшому провадженню у справі.

Перелік таких ухвал у ст. 324 не передбачений. Але тлумачення даного положення може бути неоднаковим, що негативно впливає на можливість перегляду у касаційному порядку окремих ухвал апеляційного суду, обмежує захист прав людини у касаційному судочинстві, тобто означає обмеження в доступі до правосуддя.

На відміну від касаційної інстанції, апеляційне провадження врегульовує данне питання на нормативному рівні, — у ст. 293 ЦПК закріплено перелік ухвал суду, на які можуть бути подані апеляційні скарги окремо від рішення суду (про відмову у прийнятті заяви про видачу судового наказу або скасування судового наказу; про забезпечення позову, а також щодо скасування забезпечення позову; про повернення заяви позивачеві (заявникові); про відмову у відкритті провадження у справі; про визнання мирової угоди за клопотанням сторін та ін.).

З метою усунення прогалин чинного ЦПК, на нашу думку, доцільно вдосконалити ст. 324 ЦПК шляхом конкретизації переліку ухвал апеляційного суду, які можуть бути оскаржені у касаційному порядку за аналогією з апеляційною інстанцією, враховуючи особливості касаційного провадження.

### Література

1. Конституція України : прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 черв. 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
2. Про ратифікацію Конвенції про захист прав і основних свобод людини 1950 р., Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7, та 11 до Конвенції від 17 липня 1997 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1997. — № 40. — Ст. 263.
3. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 7 лип. 2010 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2010. — № 41–42, 43, 44–45. — Ст. 529.
4. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 40–41, 42. — Ст. 492.
5. Алискеров М. А. Кассационное производство по гражданским делам: вопросы теории и практики : монография / М. А. Алискеров. — М. : НОРМА, 2005. — 160 с.
6. Зейкан Я. П. Захист у цивільній справі / Я. П. Зейкан. — К. : КНТ, 2007. — 488 с.
7. Осетинський А. Сучасні аспекти інституційного забезпечення касаційного перегляду судових рішень та єдності правозастосування у національних судових системах країн ЄС // Право України. — 2007. — № 5. — С. 7–14.

8. Проблеми теорії та практики цивільного судочинства / за заг. ред. В. В. Комарова. — Х. : Харків юридичний, 2008. — 928 с.
9. Сакара Н. Ю. Проблема доступності правосуддя у цивільних справах : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Н. Ю. Сакара. — Х., 2006. — 209 с.
10. Ясинюк М. Сучасний погляд на розвиток цивільного процесу в Україні // Підприємництво, господарство і право. — 2006. — № 3. — С. 89–91.

### Анотація

**Ахмач Г. М.** Касаційне оскарження як гарантія захисту прав людини. — Стаття.

У статті аналізуються сутність та проблемні питання, пов'язані з захистом прав людини у касаційній інстанції, зокрема відповідність цивільного процесуального законодавства України міжнародним стандартам. Автором визначаються недоліки чинного цивільно-процесуального законодавства та вносяться конкретні пропозиції щодо його вдосконалення.

**Ключові слова:** касаційна інстанція, правосуддя, цивільний процес, судоустрій, судочинство, право на судовий захист.

### Аннотация

**Ахмач А. М.** Кассационное обжалование как гарантия защиты прав человека. — Статья.

В статье анализируются сущность и проблемные вопросы, связанные с защитой прав человека в кассационной инстанции, в том числе соответствие гражданского процессуального законодательства Украины международным стандартам. Автором выявляются недостатки действующего гражданско-процессуального законодательства и вносятся конкретные предложения по его усовершенствованию.

**Ключевые слова:** кассационная инстанция, правосудие, гражданский процесс, судоустройство, судопроизводство, право на судебную защиту.

### Summary

**Ahmach A. M.** Appeal As a Guarantee of Defence of Human Rights. — Article.

In article the essence and problem questions related to defence of human rights in the appeal instance are analysed, including accordance of civil judicial process of Ukraine to the international standards. The author come to light the lacks of active civil judicial process and are brought in concrete suggestions on its improvement.

**Keywords:** appeal instance, justice, civil process, judicial system, legal proceeding, right of judicial defence.

УДК 347.441

*І. В. Давидова*

### ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ ОБМАНУ ЯК ПІДСТАВИ НЕДІЙСНОСТІ ПРАВочИНУ

З самого початку існування торгового обороту його супроводжує обман. Однак, незважаючи на те, що обман є незмінним супутником торгового обороту, він є умовою, за якої правочин може бути визнаний недійсним. В умовах ринкової економіки виявлення правочинів, вчинених під впливом обману, має важливе практичне значення, оскільки вчинення правочину під впливом обману дозволяє визнати його недійсним та забезпечити захист інтересів уведеної в обман особи. Тому визначення поняття обману та його ознак є досить актуальною проблемою.

© І. В. Давидова, 2011

Незважаючи на присвячення проблемам недійсності правочинів, вчинених унаслідок обману, досліджень таких російських та українських учених, як М. М. Агаркова, М. А. Блінової, Д. М. Генкіна, В. І. Жекова, І. Перетерського, Н. В. Рабінович, К. Л. Разумова, Н. С. Хатнюк, В. П. Шахматова та ін., питання поняття та ознак обману залишається дискусійним. Отже, метою цієї статті є визначення поняття та ознак обману як підстави недійсності правочину.

За висловом О. С. Йоффе, «обман існує у випадках, коли учасник двох- або багатосторонніх правочинів, а також особа, що може отримати певні вигоди від вчинення будь-ким одностороннього правочину, шляхом навмисного повідомлення неправдивих відомостей або умисного умовчання про дійсні факти спонукає іншу особу до вчинення правочину» [1, 295]. Згідно з іншим визначенням, обман — умисне введення в оману сторону в правочині, спрямоване на його вчинення [2, 300–302]. Причому за змістом названої норми ці дії повинні мати місце на момент укладання договору і не відносяться до його наслідків. Труднощі, які викликані спробою дати визначення обману, пояснити легко — це його суто суб'єктивна природа, яка повинна враховуватися правом. «Обман, обманні дії — це перш за все категорії морально-етичні. Однак оскільки в законі відображена найвища моральна складова, то обманні дії є категорією і правовою» [3, 29].

Обман (*dolus*) вже в римському праві визнається порушенням згоди і причиною недійсності правочинів. Проти договорів, що впливають з цивільного права (*juris civilis*) претор, ґрунтуючись на природній справедливості (*naturali aequitate*), надавав ошуканій стороні право заперечувати проти договору (*doli mali exceptio*) [4, 5].

Але в римському праві не кожен, а «злий умисел» паплюжив правочин, оскільки римляни вживали термін і «добрий намір» у сенсі хитрості проти ворога або розбійника. Звільняла від відповідальності за обман та обставина, що він був взаємним: «якщо двоє діяли (один проти одного) зі злим умислом, то вони не можуть пред'явити один до одного позов про умисел» або, що стосувався розхвалювання товару: «те, що продавець каже, щоб похвалити (свій товар), слід розглядати як не сказане і не обіцяне». Проте «розхвалювання» все одно не повинно переступати ту межу, за якою воно стає обманом [5, 433, 451].

У майбутньому у потерпілого учасника угоди, який сприймає ситуацію, створену іншим учасником, можуть виникати ілюзії — помилки, обмани. Процес виникнення помилки та обману обумовлено певними закономірностями: 1) ілюзії іноді проявляються внаслідок особливих умов, за яких відбувається спостереження, наприклад, спостереження в нічний час, одним оком, в окулярах, при поганому освітленні (наприклад, купуючи будинок при нічному освітленні, можна неуважно роздивитись його фасад), через відчинені двері (наприклад, при наполовину відчинених дверях легко не помітити дефектів ремонту) тощо; 2) переважна більшість ілюзій зору виникає в результаті хибного судження про видиме, обман тут настає при неправильному осмисленні зорового образу; 3) ряд ілюзій обумовлений оптичною недосконалістю ока і деякими особливо-

стями аналізаторів, що беруть участь у зоровому процесі (сітківка, рефлексні нерви). Можливі деякі викривлення зорових, слухових відчуттів у результаті короткозорості, далекозорості, при дальтонізмі, глухоті й інших дефектах зорового та слухового апарату, не характерних для більшості людей, якими може скористатися недобросовісний контрагент [6, 62–63].

Пленум Верховного Суду України роз'яснив, що передачу майна чи права на нього не можна вважати добровільною, якщо потерпілий у зв'язку з віком, фізичними чи психічними вадами не міг правильно оцінити і зрозуміти зміст, характер і значення своїх дій або керувати ними. Заволодіння майном шляхом зловживання цими вадами, віком чи станом потерпілого, за наявності до цього підстав, може кваліфікуватися як крадіжка, а заволодіння правом на майно — як недійсна угода (ст. 231 ЦК України) [7, 254].

Недійсність правочинів під впливом обману викликана вадою волі. В правочинах, вчинених під впливом обману, так само як і в правочинах під впливом помилки, бачать порок волі чи, по-перше, в розбіжності волі і волевиявлення, чи, по-друге, порочності формування волі. До прихильників першого підходу можна віднести М. І. Брагінського [8], Р. О. Халфіну [2, 300–302] та інших. До прихильників другого, наприклад, О. С. Йоффе: «При обмані у наявності як внутрішня воля, спрямована на вчинення правочину, так і відповідного їй волевиявлення. Однак сам процес формування волі протікає тут ненормально, і тому правочин, який страждає вадами волі, визнається недійсним» [1, 295], а також О. М. Садікова [9, 373]. За вираженням О. В. Гутнікова, «при вчиненні правочину під впливом обману формування волі потерпілого відбувається не вільно, а змушено, під впливом недобросовісних дій інших осіб, які полягають в умисному створенні у потерпілого неправильного уявлення про обставини, що мають значення для вчинення правочину». Далі вказаний автор зазначає, що воля на вчинення правочину відповідає волевиявленню, проте формується воля невільно [10].

На противагу висловленим позиціям Ю. С. Гамбаров вбачає порок волі у «виключенні самовизначення». Ось що він писав із цього приводу: «І так як помилка відбувається тут не внаслідок якого-небудь пороку у внутрішньому процесі самовизначення волі, наприклад, забудькуватості, недогляду, описки і т. д., а, очевидно, під зовнішнім впливом сторонньої особи і вторгнення її в сферу вільного самовизначення того, кого спонукають до правочину шляхом виключення цього самовизначення» [11, 760]. І. І. Карницький, прямо не кажучи про те, в чому він бачить порок волі, зауважує, що «обман не можна вважати безумовно нищівним для правочину: особа, хоч під впливом хитрощів, але все-таки погодилася на правочин; обманом не усувається цілком свобода згоди, як фізичним примусом, ні цілком свідомість, як помилка *in substantia*. Отже, правочин, вчинений під впливом обману, не завжди може вважатися нікчемним з самого початку; а саме, коли помилка, складова наслідку обману, не стосувалася самого предмета або істотної його якості, тобто коли правочин відбувся, але він тільки спалюваний обманом, тому тільки з хвилини визнання судом правочину недійсним він втрачає будь-який сенс» [4, 24]. Н. В. Ра-



бинович бачить в правочинах, вчинених під впливом обману, порок волі в її «несамостійності», ось що говорить вказаний автор: «при вчиненні правочину під впливом обману на рішення потерпілого також впливає неправильне уявлення, яке виключає можливість щодо належного формування волі суб'єкта» [12, 68].

Гегель визначав обман через категорію волі: «загальне, не затронуте особливою волею до чогось тільки удаваного — у договорі найближчим чином у лише зовнішню спільність волі, — є обман» [13, 140].

Очевидно, що обману не місце в цивільних правовідносинах, як, втім, і інших. «Обман, підробка, шахрайство — кримінальні злочини; очевидно, що злочини ні в якому разі не можуть бути на користь винного у вчиненні його особи, що угода, вчинена на підробці або обмані, не може мати законної сили і що за наслідки обману або фальсифікації відповідає і по майну винний» [14, 121]. Проте, щоб стати умовою недійсності правочину, обман повинен підпадати під певні ознаки. Так, І. І. Карницький виділяє такі: 1) введення сторони в оману; 2) несумлінність сторони, що вводить в оману іншу; 3) винуватцем обману повинен бути один із контрагентів, а не стороння особа; 4) шкода, заподіяна стороні, що обманута (невигідність правочину); 5) вирішальне значення має обман як безпосередня причина укладення договору (*dolus dans causam contractui*) [4, 25]. Більше ознак обману виділяє Є. В. Васьковський: 1) обман являє собою введення в оману, тобто помилку, викликану штучним чином за допомогою будь-яких запевнень, умисного мовчання та ін.; 2) введення в оману повинно бути скоєно недобросовісно. Інакше буде не обман, а спільна помилка, або, як прийнято говорити — непорозуміння; 3) обман повинен виходити від контрагента, а не від сторонньої особи. Виняток становить той випадок, коли стороння особа діє за бажанням або з відома контрагента; 4) правочин повинен бути невигідним для обманутого. Інакше йому немає причини скаржитися на обман. Другий із наведених переліків нам здається більш вдалим, оскільки більш точно характеризує сутність цього поняття.

Між обманом і вчиненням правочину повинен бути причинний зв'язок, тобто обман повинен бути таким, що без нього правочин не був би вчинений (*dolus causam dans*). В іншому випадку немає підстави знищувати правочин, так як він був би вчинений і без будь-якого обману [15, 143].

Важливим елементом обману є несумлінність. Несумлінність сторони, — пише І. І. Карницький, — яка ввела в оману іншу, так само визнається істотною умовою обману. Той тільки ошуканець, хто навмисно приховує істину, хто запевняє іншу сторону в таких якостях предмета, в існування яких сам не вірить. Той же, хто сам помиляється і сумлінно приводить іншу сторону до розділення свого переконання, до того ніякий *dolus malus* незастосовується. На цій підставі не передбачається обману з боку торговців, що розхвалюють свій товар, без повідомлення позитивних, завідомо неправдивих відомостей про нього: передбачається, що кожен, за природним прагненням, захоплюється якостями своєї речі; навпаки, і ті що купують можуть легко піддатися протилежному потягу — знецінювати річ, що купується [4, 25].

Із врахуванням наведених ознак в літературі під обманом розуміється така поведінка, за допомогою якої одна особа викликає у іншій неправильне уявлення (вводить в оману), притому свідомо, а саме: той, що обманює, повинен розуміти, що це неправильне уявлення має вирішальне значення для іншої особи, тобто не будь обману, особа не вступила б у правочин [16, 68; 17, 39; 18, 36]. Звідси випливає, що обман є не що інше, як умисне введення іншої сторони в оману, з метою примусити її до вступу в правочин. Обман може відноситися як до елементів самого правочину, так і до обставин, які перебувають за його межами, у тому числі до мотивів, якщо вони мали значення для формування волі учасника правочину. Обманні дії можуть вчинятися в активній формі або ж полягати у бездіяльності (умисне замовчування про факти, які можуть перешкодити вчиненню правочину) [9, 373].

При обмані воля не розходиться з волевиявленням, вона формується іншим чином, ніж якщо б його не було. Отже, обман — це дія на процес формування волі особи, яка може вчинятися як за допомогою активних дій (заява сторони, надання свідомо неправдивої інформації), так і неповідомлення необхідної інформації, яка повинна була бути повідомлена контрагенту.

Для визнання правочину недійсним за даною підставою потрібно, щоб обман виступив спонукальною причиною вчинення правочину, інакше, якщо б інша сторона знала при вчиненні договору, що запропоновані умови є обманними і не відповідають її намірам, то вона не уклала б такого договору [19, 101].

Досить детально у ст. 3.8 Принципів УНІДРУА визначається поняття обману як підстави недійсності договору. Ними визнаються обманні заяви іншої сторони, включаючи мову вираження або образ дії, а також несумлінне приховування фактів, які відповідно до розумних комерційних стандартів чесної ділової практики повинні були бути повідомлені цією стороною. Позитивним є те, що в Принципах УНІДРУА 2004 визначено коло відомостей, які повинні повідомлятися контрагенту за правочином.

Важливим для кваліфікації недійсності правочинів, вчинених під впливом обману є встановлення суб'єкта, від якого виходить обман. У зв'язку з цим, О. С. Йоффе писав: «Важливо тільки те, щоб обман виходив від учасника правочину або від особи, на користь якої вчиняється односторонній правочин» [20, 279]. На думку І. В. Матвєєва, коло «ошуканців», дії яких повинні мати юридичне значення при визнанні недійсності правочину, вчиненого під впливом обману, повинен бути ширшим і включати в себе не тільки контрагента обдуреної особи та набувача, але і будь-якої третьої особи, яка має або не має інтересу до даного правочину [21, 143].

Слід погодитися з думкою Ф. С. Хейфеца про те, якщо обман виходить не від контрагента обдуреної сторони, а від третьої особи, то важливо, щоб «обманні дії вчиняли треті особи за змовою з учасником правочину, або обманні дії вчиняли треті особи незалежно від учасника правочину, а останній навмисне ними скористався» [22, 97].

Н. В. Рабинович вважає, що обман має місце і тоді, коли сторона в правочині використовувала обманні дії третьої особи. Не потрібно, щоб обманна дія

виходила обов'язково від сторони в правочині. Достатньо, якщо учасник правочину спонукав третю особу вчинити обман або якщо він тільки використовував обманні дії цієї третьої особи, що діяла не за змовою з ним, бо слід кваліфікувати як обман і створення в ошуканого хибного уявлення, і навмисне використання неправдивого уявлення, що виникло будь-яким шляхом, хоча б і без участі в тому сторони в правочині. Неприпустимо використання чужої помилки у розрахунку на те, що саме наявність цієї помилки слугуватиме підставою для вчинення правочину [12].

У сучасному цивільному праві європейських держав залишається спірним питання про те, чи є оспорюваним правочин у випадку обману з боку третіх осіб, а не партнера за договором. В принципі на це питання відповідають негативно, навіть якщо одна із сторін уклала такий договір під впливом обману. Але якщо інша сторона в договорі не брала участь в обмані, її зацікавленість у його дійсності вважається першорядною. Ошуканий залишається пов'язаним договором і повинен з'ясувати, чи не може він вимагати відшкодування збитків з третьої особи, що його ошукала.

Обман може бути результатом не лише дій сторони за договором, а й третіх осіб, які не є учасниками договору. В цьому випадку обов'язковим для визнання договору недійсним є те, що сторона за договором навмисне використовувала б обман третьої особи. Тобто необхідний елемент введення в оману саме договірною стороною, оскільки суб'єктом обману для визнання правочину недійсним за ст. 230 ЦК України є лише одна із сторін правочину.

Правочин може бути визнаний вчиненим під впливом обману у випадку навмисного цілеспрямованого введення іншої сторони в оману щодо фактів, які впливають на укладення правочину. Ознакою обману, на відміну від помилки, є умисел: особа знає про наявність чи відсутність певних обставин і про те, що друга сторона, якби вона володіла цією інформацією, не вступила б у правовідносини, не вигідні для неї. Обман також має місце, якщо сторона заперечує наявність обставин, які можуть перешкодити вчиненню правочину, або якщо вона замовчує їх існування.

Правочин, здійснений під впливом обману, на підставі ст. 230 ЦК може бути визнаний судом недійсним. Вбачається, що саме позивач як сторона, яка діяла під впливом обману, повинен довести наявність умислу з боку відповідача, істотність значення обставин, щодо яких її введено в оману, і сам факт обману. Якщо все інше, крім умислу, доведено, вважається, що мала місце помилка.

Ще одна важлива ознака обману — його прямий і безпосередній вплив на вчинення правочину. Обман, що стосується несуттєвих сторін правочину, не впливає на законність останньої, наприклад, замовчування продавця автомашини про деякі її недоліки, не заважають користуванню нею (десь подряпина, бараклять свічки, продірявився глушник та ін). Але істотний обман позбавляє правочину законності, тому що немає відповідності між тим, чого особа бажала, і що вона вчиняє. Наприклад, хто-небудь припускає вступити в правочин з іншим, помилково видаючи себе за представника третьої особи. Укладає пра-

вочин, хоче вступити у правовідносини з цією третьою особою, а між тим він не досягає цього і вступає у відношення з тим, з ким не бажав вступати [23, 307].

Отже, обман завжди вважався безумовною причиною недійсності правочину. Під обманом найчастіше розуміли навмисне введення в оману однієї сторони з боку іншої з метою спонукання її до вчинення правочину. При цьому формування волі суб'єкта піддається впливу іншої особи, тобто не є вільним. Мотивом обману, вочевидь, виступає створення особою, що вчиняє обман, у постраждалої сторони хибного уявлення про деякі обставини, через що вона змушена вчиняти правочин, насправді для неї не вигідний.

### Література

1. Иоффе О. С. Избранные труды. В 4 т. Т. 2 / О. С. Иоффе. — С.Пб., 2004. — 296 с.
2. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / под ред. Т. Е. Абовой, А. Ю. Кабалкина. — М. : Юрайт-Издат, 2003. — 880 с.
3. Сергеев В. И. Обман в предпринимательской деятельности. История вопроса и понятие // Юрист. — 2001. — № 11. — С. 26–30.
4. Карницкий И. И. Об обмане в договорах. Реферат, представленный Гражданскому Отделению Юридического Общества в заседании 3 ноября 1879 года / И. И. Карницкий. — С.Пб., 1879.
5. Дигесты Юстиниана. Т. III : [пер. с лат.] / отв. ред. Л. Л. Кофанов. — М. : Статут, 2002. — 584 с.
6. Васильев В. Л. Юридическая психология / В. Л. Васильев. — С.Пб. : Питер Ком, 1998. — 656 с.
7. Постановка Пленуму Верховного суда України від 25 грудня 1992 р. № 13 «Про судову практику про визнання угод недійсними». — К., 1993.
8. Брагинский М. И. Общее учение о хозяйственных договорах [Электронный ресурс] / М. И. Брагинский. — Минск : Наука и техника, 1967. — 260 с. — Режим доступа : <http://forum.yureclub.ru/index.php?app=downloads&showfile=2200>.
9. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / отв. ред. О. Н. Садилов. — М. : Юриформцентр, 1995. — 448 с.
10. Гутников О. В. Недействительные сделки в гражданском праве. Теория и практика опаривания / О. В. Гутников. — М. : Бератор-Пресс, 2003. — 576 с.
11. Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть / Ю. С. Гамбаров ; под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. — М. : Зерцало, 2003. — 816 с.
12. Рабинович Н. В. Недействительность сделок и ее последствия / Н. В. Рабинович. — Ленинград : Изд-во Ленингр. ун-та, 1960. — 171 с.
13. Гегель Г. В. Ф. Философия права / Г. В. Ф. Гегель. — М. : Мысль, 1990. — 524 с.
14. Победоносцев К. П. Курс гражданского права. В 3 т. Т. 3 / К. П. Победоносцев. — М. : Зерцало, 2003. — 608 с.
15. Васильковский Е. В. Учебник гражданского права / Е. В. Васильковский ; под ред. В. С. Ем. — М. : Статут, 2003. — 142 с.
16. Новицкий И. Б. Недействительные сделки // Вопросы советского гражданского права. — М., 1945.
17. Рясенцев В. А. Лекции на тему «Сделки по советскому гражданскому праву» (1-я и 2-я) для студентов ВЮЗИ / В. А. Рясенцев. — М., 1951. — 34 с.
18. Муранов А. И. Проблема «обхода закона» в материальном и коллизионном праве : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / А. И. Муранов. — М., 1999. — 272 с.
19. Белов А. П. Международное предпринимательское право [Электронный ресурс] / А. П. Белов. — М. : Юстицинформ, 2001. — 336 с. — Режим доступа : <http://forum.yureclub.ru/index.php?app=downloads&showfile=4518>.
20. Иоффе О. С. Советское гражданское право / О. С. Иоффе. — М. : Юрид. лит., 1967. — 517 с.
21. Матвеев И. В. Правовая природа недействительных сделок / И. В. Матвеев. — М. : Юрлитинформ, 2004. — 176 с.
22. Хейфец Ф. С. Недействительность сделок по российскому гражданскому праву / Ф. С. Хейфец. — [2-е изд., доп.]. — М. : Юрайт, 2000. — 162 с.

23. Гузь Л. Е. Понятие сделок, заключение, расторжение, признание сделок недействительными. Судебная практика / Л. Е. Гузь. — Х. : Полиграфист, 2008.

### Анотація

*Давидова І. В.* Поняття та ознаки обману як підстави недійсності правочину. — Стаття.

У статті розкриваються проблемні питання поняття та ознак обману як підстави недійсності правочину. Розглянуто та проаналізовано поняття обману з часів римського права до сучасності. Визначено ознаки обману, виявлення яких дозволяє вважати, що має місце обман, на підставі чого правочин може бути визнаний недійсним.

*Ключові слова:* недійсність правочину, обман, підстава, оспорюваний правочин, шахрайство.

### Аннотация

*Давидова И. В.* Понятия и признаки обмана как основания недействительности сделки. — Статья.

В статье раскрываются проблемные вопросы понятия и признаков обмана как основания недействительности сделки. Рассмотрено и проанализировано понятие обмана со времен римского права до современности. Определены признаки обмана, выявление которых позволяет считать, что имеет место обман, на основании чего сделка может быть признана недействительной.

*Ключевые слова:* недействительность сделки, обман, основание, оспариваемая сделка, мошенничество.

### Summary

*Davidova I. V.* The concept and features of fraud as the reason for invalidation of the transaction. — Article.

The article discloses disputable issues of the concept and features of fraud as the reason for invalidation of the transaction. The concept of fraud since Roman law till nowadays is considered and analyzed. The signs of fraud, detection of which suggested that there is fraud, under which the transaction may be invalidated are determined.

*Keywords:* invalidation of the transaction, fraud, reason, impugned transaction, fraud.

УДК 351.77:615.2/3(477)

*В. А. Комаров*

## ВРЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН СТОСОВНО ЛІКАРСЬКИХ ЗАСОБІВ В УКРАЇНІ

**Постановка проблеми.** Лікарські засоби з давніх-давен є одним із найбільш поширених і не досить звіданих досі із точки зору цивільного права об'єктів прав. Вони, з одного боку, забезпечують право на здоров'я людини, а з другого боку, завдяки сучасним технологіям їх поширення і реалізації перетворились на товар, який без огляду на його призначення реалізується переважно за правилами ринкової економіки і внаслідок того перетворився у функціональному аспекті із блага у зло. Лише у 2010 р. на ринку лікарських засобів України продано їх більше чим на 20 млрд грн, із них на більше ніж 8 млрд грн — особам, які їх не потребують і споживають без призначення.

Як свідчить історія із закупки «Терафлю» регулювання правовідносин стосовно лікарських засобів має істотні вади. Потреба в лікарських засобах визна-

чально полягає у їх призначенні слугувати забезпеченню права людини на здоров'я, виготовленні та застосуванні відповідно до призначення лікаря чи загальноприйнятих розумних правил їх самостійного застосування. Принцип юридичної рівноваги чи симетрії потребує не тільки виваженості до врегулювання відносин стосовно лікарських засобів та їх окремих видів та розробки науково обґрунтованих підходів до їх обороту. Чи не тому у 2010 р. на зміну ліберальному підходу до реалізації лікарських засобів можливість їх придбання суттєво обмежена.

Емпірична база такого напрямку дослідження цих унікальних об'єктів прав досить незначна і тим переймаються здебільше фармацевти і, на превеликий жаль, мало — правники. Цікаві в тому напрямку є напрацювання В. М. Пашкова в господарсько-правовому аспекті.

**Мета та завдання роботи** полягає у визначенні підходів законодавця до визначення видів лікарських засобів і їх пристосування до потреб класифікації речей в цивільному праві. Відповідно завдання полягає у встановленні критеріїв для такої класифікації її теоретичного та прикладного значення.

Як вказано у ст. 2 Закону України «Про лікарські засоби» [1], лікарські засоби є речовинами або їх сумішами природного, синтетичного чи біотехнологічного походження. Відповідно до цієї ж статті до лікарських засобів належать: діючі речовини (субстанції); готові лікарські засоби (лікарські препарати, ліки, медикаменти); гомеопатичні засоби; засоби, які використовуються для виявлення збудників хвороб, а також боротьби із збудниками хвороб або паразитами; лікарські косметичні засоби та лікарські домішки до харчових продуктів. При тому виділені види лікарських засобів: готові лікарські засоби (лікарські препарати, ліки, медикаменти) — дозовані лікарські засоби в тому вигляді та стані, в якому їх застосовують; діючі речовини (субстанції) — біологічно активні речовини, які можуть змінювати стан і функції організму або мають профілактичну, діагностичну чи лікувальну дію та використовуються для виробництва готових лікарських засобів; допоміжні речовини — додаткові речовини, необхідні для виготовлення готових лікарських засобів; наркотичні лікарські засоби — лікарські засоби, віднесені до наркотичних відповідно до законодавства; отруйні лікарські засоби — лікарські засоби, віднесені до отруйних Міністерством охорони здоров'я України; сильнодіючі лікарські засоби — лікарські засоби, віднесені до сильнодіючих Міністерством охорони здоров'я України; радіоактивні лікарські засоби — лікарські засоби, які застосовуються в медичній практиці завдяки їх властивості до іонізуючого випромінювання.

Очевидно, що такий перелік відображає напрямки їх дії на організм людини і вже тим має функціональне, а не правове значення. Водночас це так чи інакше впливає на регулювання відносин стосовно таких об'єктів прав. Це передбачає і їх різний правовий режим і різні правові наслідки для учасників правовідносин стосовно них. Вони є об'єктами цивільного права і повинні проявляти не тільки загальні їх властивості, але й мати спеціальні, які є притаманними лише їм. Вони є визначальними при встановленні видів прав на такі об'єкти та способів їх здійснення.

Відповідно до ст. 177 ЦК України [2] об'єктами цивільного права є речі, у тому числі гроші та цінні папери, інше майно, майнові права, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, а також інші матеріальні й нематеріальні блага. Як вбачається з наведеного, серед вказаного переліку законодавець не вказав лікарських засобів, хоча для здоров'я та життя людини як найвищих соціальних цінностей це має принципове значення. Підвищення рівня правового регулювання відносин стосовно лікарських засобів до кодифікаційного, на наш погляд, одночасно підвищить гарантії забезпечення права на здоров'я, надасть можливість для їх характеристики як речей, а у подальшому й виділити спеціальне правове регулювання відносин стосовно цих об'єктів права та обов'язку держави перед людиною. Тож слід визнати особливий правовий режим лікарських засобів як об'єктів цивільних прав, який полягає у тому, що хворі мають право бути забезпеченими необхідними їм лікарськими засобами, а держава повинна це зробити: через мережу лікарських закладів і соціальних аптек: стимулюванням суб'єктів підприємництва до забезпечення такими лікарськими засобами. Такий підхід видається досить виваженим з огляду на співвідношення загального, окремого і спеціального та стосовно зобов'язань держави перед людиною.

Теоретичні аспекти та їх практичні прояви зумовлюють науковий інтерес до лікарських засобів як об'єктів цивільних прав, зокрема щодо встановлення чи вибору їх концепції (матеріалістичної, поведінкової, ідеального об'єкта, як немайнового права чи певного інструменту).

В ЦК України законодавець не виділив спеціально лікарські засоби як самостійні об'єкти цивільних прав, що з огляду на ст. 3 Конституції України та закріплений в ЦК України пріоритет немайнових прав, а серед них перше місце посідає право на життя та здоров'я (ст. 27 Конституції України, ст. ст. 281–287 ЦК України), над майновими (ст. 1 ЦК України) повинно проявитись у їх забезпеченні. Серед способів забезпечення цих визначальних для людини прав є доступ до лікарських засобів та доступність їх для лікування. Звідси, як ми вважаємо, на стратегічному рівні у ст. 283 ЦК України слід закріпити право доступу до лікарських засобів та способів і методів лікування. Тим ми логічно забезпечимо немайнове право на здоров'я його матеріальними гарантіями.

Інший шлях — визнання лікарських засобів об'єктами прав як різновиду речей. Принаймні у гл. 13 ЦК України віднайшлося місце і майну (ст. 190), і підприємству (ст. 191), і грошам (ст. 192) та валютним цінностям (ст. 192), особливо цінним паперам (гл. 14 ЦК), але не віднайшлося хоча б відсылної статті про лікарські засоби. Очевидно, що якщо в Конституції України визначені певні пріоритети, то вони послідовно повинні проводитися в інших актах законодавства: від загального до спеціального.

Можна звинуватити нас у максималізмі і намаганні порушити в угоду суб'єктивній новизні ті підходи, які склались в цивільному законодавстві стосовно об'єктів цивільних прав. Проте такі підходи склались на основі напрацювань римської юриспруденції і були рецептовані у цивільне законодавство Франції та Німеччини, а від них — у законодавства інших країн. Але слід зважати на

те, коли і за яких умов приймалися вказані акти і чому вони були підпорядковані: на наш погляд — розвитку товарного виробництва та ринку. Наразі інша концептуальна ідея розвитку людства на основі гуманітарних цінностей (концепція гуманізму). Внаслідок того в цивільному законодавстві повинні бути проведені гуманістичні аспекти врегулювання суспільних відносин на користь людини і на основі імперативного підходу до забезпечення прав людини на життя та здоров'я. Господарсько-правовий напрям регулювання відносин на ринковій ідеології започатковується насамперед на економічному підході і потребі розвитку ринку та господарської діяльності із врівноваженням їх нормами, які забезпечують охорону інтересів людини як споживача.

Ні ЦК Франції, ні Німецьке цивільне уложення спеціально не виділяють норми про лікарські засоби. На той час такої потреби не було і лікарські засоби не були настільки різноманітні і доступні, щоб вільно реалізовувались, зловживати їх застосуванням, чи загрожували життю людини. Здебільше це були препарати натурального походження. Ситуація різко змінилася тоді, коли почали вводити в практику засоби штучного походження. З огляду на консерватизм та двохсотлітню історію цих кодексів сподіватися на те, що в них появляться норми про лікарські препарати, не варто. Проте, на наше переконання, не варто їх взагалі залишати поза увагою хоча із-за масштабів їх реалізації та вживання, негативних наслідків, допущених прорахунків при здійсненні прав на них.

Тому можна вітати крок законодавця України, що спрямований на самоусвідомлення і самоідентифікацію людини і розкриття її потенціалу як новаторський підхід. Але він не підтриманий в законодавстві інших країн, де традиційно переважає майновий напрям врегулювання цивільних правовідносин. Відповідно, при прийнятті ЦК намагались провести ідею про цінність людини та підпорядкованість правового регулювання цивільних правовідносин потребам людини, але внаслідок традицій це не вдалось провести до кінця.

Очевидно, що в ЦК України на час його прийняття за наявності спеціального закону не було потреби чи достатніх об'єктивних причин, закріплення цих лікарських засобів як об'єктів цивільних прав. В спірних ситуаціях при вирішенні справи слід звертатися до спеціального закону, а якщо він суперечить загальному, то застосовувати згідно з ст. 4 ЦК його положення як основного акта цивільного законодавства.

Покажемо в тому є спір, який розглядався щодо приворотного зілля. На прохання П. народна цілителька надала (продала) їй приворотне зілля і розказала, як його використати, для того щоб привернути до себе увагу певного чоловіка. Коли очікуваного результату не було отримано і чоловік, щодо якого було застосоване приворотне зілля, ще більше він неї віддалився, то П. звернулася до суду про неналежне надання їй нетрадиційних послуг і якість наданого зілля. В її позові було відмовлено на тій підставі, що суд не може судити про належне чи неналежне, яке не визначене чинним законодавством і стосовно чого нема хоча б письмового договору.

Загалом перелік об'єктів цивільних прав є відкритим і об'єктами цих прав є те, на що спрямовані цивільні права і юридичні обов'язки учасників цивільних



правовідносин [3, 11], чи все те, стосовно чого актами законодавства не встановлено спеціальних заборон чи обмежень. У ст. 177 ЦК України наведено орієнтований перелік об'єктів цивільних прав [3, 312] та інші об'єкти цивільних прав виводяться із його положень чи вимог спеціального законодавства. Дозволено вступати у правовідносини, стосовно яких визначились самостійно їх учасники, за умови, що законом не встановлено заборон (загально дозвільний підхід). Наразі не можна ігнорувати розширення об'єктів цивільних прав у подальшому, в тому числі за рахунок визнання лікарських засобів самостійними об'єктами цивільного права в ЦК України. Йдеться лише про те, щоб визнати їх особливим видом речей, які заслуговують самостійного правового регулювання.

Законодавець встановився із визначенням цих об'єктів прав, в їх правовій природі — речі, та підходам до назви (латинню), правовому режиму і поділив їх значно детально, як це передбачено в ст. 178 ЦК України та в гл. 13 ЦК. Проте виникає питання про характер такої класифікації: технічна і має значення лише в технології фармації, правова — спричиняє певні правові наслідки для учасників правовідносин; техніко-правова. Технічна класифікація, зазвичай не має правового значення і не впливає на правове становище учасників правовідносин, а має технологічне спрямування складського, маркетингового чи іншого спрямування. Правова класифікація, на наш погляд, відображена в ст. 2 Закону України «Про лікарські засоби» з метою та можливими наслідками введення таких об'єктів прав в оборот. Саме такий напрямок нас цікавить найбільше.

В доктрині приватного права та законодавстві проведено й інший підхід до об'єктів прав, які наразі постійно розширюються та потребують свого особливого правового регулювання. Йдеться про відомий правопорядок в ЄС «принцип спеціалізації» (*Zpezsaltatshrinzih, Bestimmtheitsgrundsatz*), який проявляється в тому, що належне певній особі майно юридично поділяється на окремі елементи із різними правовими режимами (речі, права, борги тощо) [4, s. 8, 23–24; 5, s. 33–34]. На підставі цього було висловлено: «В силу этого принципа вещное право не может иметь объектом совокупность самостоятельных вещей (например, коллекцию, библиотеку и т.п.), ни «юридическую совокупность» (имущественный комплекс), который охватывает как вещи, так и права и в силу этого не может быть признан единой сложной вещью...» [6, 60].

Такий підхід, як ми вважаємо, заслуговує на увагу з огляду на такі чинники: 1) зміна цінової політики на окремі складові лікарських засобів; 2) вимоги положень про бухгалтерський облік та звітність і врахування різних підходів законодавця до фізичного та морального зносу окремих складових майна; 3) забезпечення свободи у ціноутворенні, зокрема залежно від попиту на окремі лікарські засоби; 4) зручності для володільця речових прав і можливості використовувати та розпоряджатися об'єктами на власний розсуд; 5) сумісності окремих видів об'єктів цивільних прав, зокрема лікарських засобів, що враховується при їх зберіганні та застосуванні за призначенням; 6) встановлений актами законодавства правовий режим об'єктів прав; 7) контроль за вживанням речей за призначенням та їх утилізації.

Цей методологічний підхід стосується лікарських засобів як об'єктів цивільних прав. Принаймні відносин, де вони мають самостійне правове значення, достатньо: визначальний поділ за лікувальним ефектом та переліком хвороб; призначення лікарем; врахування суб'єктивного фактора, зокрема алергії на окремі засоби та їх сумісність в організмі; обов'язковість для окремих учасників правовідносин (домашня аптечка, аптечка на виробництві, укомплектованість окремих лікувальних закладів (фельдшерського пункту, травматичного пункту тощо); визнання правочинів щодо набуття прав на окремі з них (наркомістки та сильнодіючі, без рецепта лікаря) недійсними тощо.

В сучасному праві ЄС ці питання — один із напрямків охорони прав споживачів, де переслідуються «...такі цілі: високий рівень захисту здоров'я, безпеки та економічних інтересів споживачів; сприяння їх правам на інформацію, освіту та організацію з метою забезпечення їх інтересів; урахування вимог із захисту інтересів споживачів при визначенні та запровадженні інших напрямків політики та діяльності ЄС» [7, 131]. Для цього створена Європейська агенція оцінки медичних продуктів як децентралізованого органу, який має представництва у країнах — членах ЄС. Її завдання полягають у захисті та сприянні суспільному здоров'ю через оцінку та контроль ліків. Вона поєднує в собі ресурси цих країн, співпрацює із національними партнерами [7, 133].

Вказана агенція має спеціалізовані комітети: з медичних продуктів для використання людьми, з медичних продуктів для тварин; з медичних продуктів, що мало вживаються; з рослинних медичних продуктів. Звертає на себе увагу децю інша термінологія — не лікарські засоби, як у спеціальному законі в Україні, а медичні продукти. При прагненні в ЄС таке текстуальне розходження неприпустиме, тим більше, що Україна не є лідером у виробництві медичних продуктів і залежить від їх імпорту.

Основна директива 200/95 про загальну безпеку продуктів (Directive 2001/95/EC of general product safety) [8] застосовується щодо всіх продуктів, які придбані споживачем, та тих, які придбані особою-професіоналом, але використовувати їх буде споживач. В ній міститься припис про обов'язок особи вводити в торговий оборот тільки безпечні продукти, які за нормальних або передбачуваних умов використання, тривалості обслуговування не становлять жодного ризику чи можуть спричинити тільки мінімальні ризики, які є сумісними з високим рівнем захисту безпеки та здоров'я людей.

Крім того Директива 85/374 (Council Directive 85/374/EC of 25.07.1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products) [9] встановила відповідальність за дефектну продукцію, яка визначально із моменту введення її в оборот не відповідає вимогам безпеки щодо її використання чи таким вимогам, на які очікує споживач. Важливо, що моментом, коли продукт є виробленим та направлений на ринок для його реалізації споживачу, є момент презентації продукту [10]. Тим внесена ясність у визначення моменту пропонування споживачу товару та унеможливлені лазівки для зловживання при виявленні неякісного товару, що трапляється у нас. Так при перевірці однієї із аптек м. Ма-

кіївки на складі та на прилавку були виявлені фальсифіковані лікарські засоби. Як пояснили працівники та власник, ці засоби придбані оптом нещодавно без сертифіката чи свідоцтва про відповідність, ще не встигли перевірити, а працівники аптеки з недбалості помістили їх на прилавок.

Особливо врегульовані Directive 2001/83/EC of the European Parliament and of the Council of 06.11.2001 on the Community code relating to medicinal products for human use [10] відносини щодо розміщення на ринку ліків [11]. Тут по-різному підходять до промислово виготовлених ліків, які проходять повну процедуру перевірок та допуску на ринок ліків, зокрема повинні бути ліцензовані, на їх продаж слід мати відповідний дозвіл. Навпаки, для гомеопатичних продуктів передбачена спрощена процедура — після тестування на якість та безпечність для людей і не потрібно доводити їх ефективність.

Особливі вимоги визначені й для упаковки ліків, на якій повинна міститися інформація про промислову та фармакологічну назву препарату, активні речовини в ньому, вагу, об'єм, форму препарату, побічні дії, взаємодію із іншими речовинами, спосіб застосування: застереження різного характеру; дані про виробника та продавця. Крім того повинен бути листок-вкладиш, у якому дублюється та деталізується інформація, яка вказана на упаковці. Додатково повинна бути виокремлена інформація, яка є важливою для вживання препарату: мета такого лікування; заходи, яких слід дотриматися при появі небажаного побічного ефекту при споживанні ліків.

Важливі вимоги висуваються й до реклами ліків: вона має спонукати до раціонального використання препарату, містити об'єктивні дані, не повинна вводити споживачів в оману. При тому заборонена реклама ліків, які продаються лише за лікарськими рецептами та наркомістких препаратів чи таких, які мають наркотичний ефект.

**Висновки.** Якщо зважати на адаптаційний вектор розвитку сучасного національного цивільного законодавства та ті напрямки, які закріплені в Законі України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» [12] від 18 березня 2004 р. та Указі Президента України «Питання організації виконання Закону України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» [13] від 21 серпня 2004 р., то можна зробити висновки про імплантацію зазначених та інших правил щодо лікарських засобів. Висхідною ідеєю правового регулювання відносин стосовно них, безумовно, є турбота про здоров'я та життя людей та захист прав споживачів.

Ми не прихильники сліпого копіювання актів законодавства ЄС, бо інакше ми повинні відмовитися від національної традиції в праві, напрацювань вітчизняних науковців, іноді ігноруючи національні інтереси та ті чинники, які впливають на його формування.

Практика врегулювання відносин стосовно окремих об'єктів прав свідчить, що по мірі надання такому регулюванню більш високого рівня, зокрема закону, — стабільність регулювання таких відносин підвищується. Це пояснюється технікою законотворчості, принаймні внести зміни та доповнення в закон з

огляду на положення п. 3 ч. 2 ст. 4 ЦК України більш складно, чим у підзаконні акти.

Таким чином, проблематика лікарських засобів як об'єктів прав проявляється в тому, що вони забезпечують інші соціальні блага, зокрема право на життя та здоров'я, і повинні бути доступними хворим, а з іншого боку, обмежити їх вільний оборот і вживання без призначення лікаря чи із іншою, ніж лікування, метою. Тож на відміну від більшості інших об'єктів цивільних прав за оборотом і споживанням ліків встановлюється контроль.

### Література

1. Про лікарські засоби : Закон України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : zakon.nau.ua/doc/?code=124/96-BP.
2. Цивільний кодекс України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=435-15.
3. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. — 3-тє вид., переробл. і допов. / за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. — К. : Юрінком Інтер, 2008. — 832 с.
4. Wieling H. J. Sachenrecht Fufl / H. J. Wieling. — Berlin, Heidelberg, 2007.
5. Baur F., Baur J.F., Sturmer R. Sachenrecht, 17. Aufl. — Munchen, 1999.
6. Право собственности: актуальные проблемы / отв. ред.: В. Н. Литовкин, Е. А. Суханов, В. В. Чубаров; Ин-т законод. и сравнит. правоведения. — М.: Статут, 2008. — 731 с.
7. Право Європейського союзу. Особлива частина : навч. посіб. / за ред. М. Р. Аралекяна, О. К. Вишнякова. — К. : Істина, 2010. — 528 с.
8. Official Journal. — 2002. — I 11. — P. 4-17.
9. Official Journal. — 1985. — I 210. — P. 29-33.
10. Declan O'Byrne v. Sanofi Pasteur. Case C-127/04 // ECR. — 2006. — P. 1313.
11. Official Journal. — 2001. — I 311. — P. 67-129.
12. Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу : Закон України від 18 берез. 2004 р. № 1629-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 24. — Ст. 256.
13. Питання організації виконання Закону України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу : указ Президента України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=228-15.

### Анотація

**Комаров В. А.** Врегулювання відносин стосовно лікарських засобів в Україні. — Стаття.

У статті розглядаються питання про підходи до правового регулювання правовідносин щодо лікарських засобів як об'єктів цивільних прав. Автор вважає, що зміна парадигми правового регулювання цивільних правовідносин на користь гуманістичного підходу повинна послідовно проводитися в актах цивільного законодавства. Звертається увага, що спроба змінити спрямування правового регулювання цих відносин на користь людини та, зокрема, забезпечення її життя та здоров'я не вдалась із-за традицій пандектної системи цивільного права та традицій. Обґрунтовано потребу змінити підходи до визначення об'єктів цивільних прав на користь концепції гуманізму.

**Ключові слова:** людина, об'єкти цивільних прав, життя та здоров'я людини, лікарські засоби.

### Анотация

**Комаров В. А.** Регулирование отношений касательно лекарственных препаратов в Украине. — Стаття.

В статье рассматриваются вопросы о подходах к правовому регулированию правоотношений, которые возникают по поводу лекарственных средств как объекта гражданских прав. Автор считает, что изменения в парадигме правового регулирования гражданских правоотношений, с по-

зиций гуманистического подхода, должны последовательно быть проведены в актах гражданского законодательства. Указывается, что попытка изменить направление правового регулирования этих отношений на пользу человека и, в частности, охраны его жизни и здоровья не удалась в полной мере вследствие традиций пандектной системы гражданского права. Обоснована необходимость изменения подхода к определению объектов гражданских прав на основе концепции гуманизма.

*Ключевые слова:* человек, объекты гражданских прав, жизнь и здоровье человека, лекарственные средства.

### Summary

**Komarov V. A. Regulation of relations concerning drugs in Ukraine. — Article.**

The article deals with the approach to the legal regulation relations of medicinal agents as the object of civil rights. The author believes that the change in the paradigm of the legal regulation of civil law, from the standpoint of humanistic hike, should be consistently held in the act of civil legislation. Indicates that the attempt to change the direction of legal regulation of these relations for the benefit of man, and in particular the protection of life and health, can not pan out to traditions pandectists civil law system. Justified by the campaign to change the definition of objects of civil rights based on the concept of humanism.

*Keywords:* man, objects civil rights, human life and health, medicines.

УДК 347.4

*Р. А. Молодецкий*

### СУДОВЕ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ ЯК ОСОБЛИВИЙ ВИД ПРАВЕРЕАЛІЗАЦІЇ (В АСПЕКТІ ТЛУМАЧЕННЯ ДОГОВОРУ)

**Постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями.**

Процес оновлення цивільного законодавства відповідно до сучасних потреб цивільного обігу завершився прийняттям ЦК України. Законодавчий акцент в регулюванні цивільних відносин було перенесено з майнових на немайнові відносини (ст. 1 ЦК України), проведено ревізію системи джерел цивільного законодавства і права [1, 81], зокрема в якості регулятора суспільних відносин були визнані не тільки норми, що містяться в актах цивільного законодавства, а й договори та звичаї [2, 19]. Серед здобутків кодифікаційних робіт окремо слід відзначити закріплення механізмів тлумачення правочину, договору та заповіту (ст. ст. 213, 637, 1256 ЦК України). Необхідність закріплення цього механізму пов'язана з тим, що кількість договірних спорів в судовій практиці постійно зростає, чому, на нашу думку, сприяють дві обставини. По-перше, це те, що розвиток економічних відносин в умовах свободи підприємницької діяльності об'єктивно зумовив збільшення кількості договорів, які укладаються. По-друге, надання законодавцем можливості не просто укладати вільно договори (ст. 626 ЦК України [3, 250]), але й встановлювати свої правила, які можуть бути навіть відмінними від положень чинного законодавства (ст. 6 ЦК України). У цьому аспекті зазначені положення були предметом ретельного аналізу дослідників [4, 3, 34]. Укладання змішаних договорів, зміна правил

встановлених законом на договірні призводить до збільшення вірогідності виникнення спору між учасниками договірних відносин. Якщо учасники договору не доходять згоди, то спірні питання вирішуються судом, який в процесі судового розгляду вирішує спір і здійснює тлумачення норм договору.

**Метою статті** є визначення особливостей судового правозастосування при тлумаченні норм договору, а також виявлення факторів, які впливають на цей процес в судовій практиці.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання цієї проблеми. Виклад основного матеріалу дослідження.**

В літературі питання про тлумачення договорів окремо не досліджувалось. Як правило, йшлося про тлумачення норм права (Є. В. Васьковський [6], А. С. Піголкін [7], А. Ф. Черданцев [8]), або про їх застосування (І. Я. Дюрягин [9], П. Є. Недбайло [10], С. І. Вильнянський [11]). Розгляд проблем тлумачення договору обмежувався оглядом на рівні окремих параграфів у підручниках [12, 210; 13, 644–648; 14, 64–65], частин комплексних досліджень [15, 136–145] або взагалі на рівні відповідних посилань на правила тлумачення правочинів [16, 145; 17, 88, 268]. Іноді це питання взагалі авторами не висвітлювалось [18; 19].

Разом з тим результати аналізу судової практики<sup>2</sup> та відсутність спеціальних досліджень механіки тлумачення договору об'єктивно зумовлюють необхідність дослідження цього інституту та розробки теоретично обґрунтованої моделі його застосування.

Функція відправлення правосуддя — найважливіша функція держави, переоцінити значення якої в питаннях впорядкування, стабілізації, правової конкретизації суспільних відносин і зв'язків неможливо. Соціальна цінність і значущість судової діяльності зумовила рівнозначне місце судової влади разом із законодавчою і виконавчою гілками державної влади. Судове правозастосування є специфічною формою реалізації права компетентним органом — судом, здійснювану у визначеному, встановленому законом порядку, направлену на реалізацію правових розпоряджень, безпосереднім результатом якої є вирішення правового конфлікту за допомогою видання акта судового правозастосування по конкретній юридичній справі [20, 93].

Оскільки судове правозастосування є одним з найважливіших різновидів форм реалізації права, йому (окрім індивідуальних особливостей) властиві загальні ознаки державного правозастосування. До судового (як і до будь-якого) правозастосування пред'являються вимоги законності, обґрунтованості, доцільності, справедливості. Не зупиняючись детально на дослідженні цих вимог, оскільки це виходить за межі мети цієї публікації, обмежимося посиланням на С. Дністрянського, який не вважав за можливе застосування судом норми, не справедливої до конкретної справи [21, 93]. На думку А. В. Аверіна, вирішення судом правових конфліктів без урахування індивідуальних особливостей конкретної справи, без урахування соціальної значущості норми права, що застосовується, характеризує правозастосовчу діяльність суду як юридичний формалізм, що суперечить і духу права, і принципу законності [20, 96].

Договір є основним інструментом організації суспільних відносин, а договірне регулювання самостійним правовим способом організації конкретних індивідуальних договірних зв'язків [22, 35]. Закріплення законодавцем в якості джерела законодавства договору підкреслило ту обставину, що суд, вирішуючи договірний спір, повинен перш за все керуватися нормами договору, і тільки у разі, якщо вони суперечать закону або не дають відповіді на спірні питання, застосовувати закон. Така позиція законодавця цілком обґрунтована. Правила про тлумачення змісту правочину, встановлені у ст. 213 ЦК України, є новими. ЦК УРСР не передбачав аналогічних норм. Це не випадково з огляду на те, що в умовах планової (директивної) економіки не існувало потреби у здійсненні тлумачення правочинів (договорів) [23, 227, 228]. Цілком очевидно, що правові розпорядження норми закону, будучи абстрактними, не можуть дати повну правову регламентацію всьому різноманіттю існуючих в сучасному суспільстві конкретних відносин, у зв'язку з чим одним з аспектів судового правозастосування є співвідношення законної діяльності суду з найбільш оптимальним шляхом застосування правової норми к конкретній життєвій ситуації. Саме через абстрактно-загальний характер правові норми припускають можливість і необхідність суддівського розсуду в процесі судового правозастосування при вирішенні тієї або іншої справи. З урахуванням того, що в сучасних умовах при наявності договору між сторонами суд перш за все повинен керуватися нормами договору, зростає вимоги до якості їх підготовки, оскільки чим більше в договорі буде «білих плям», тем більше суд змушений звертатися до норм закону, долаючи ці прогалини, а оскільки закон не здатний та і не повинен регламентувати всі індивідуальні ситуації, які виникають під час виконання укладених договорів, особливо коли йдеться про договори між фізичними особами, то на суддю покладається тягар справедливого вирішення спору у відповідності до свого розсуду.

В літературі слушно була підкреслена тенденція до зростання можливостей суду щодо застосування розсуду в правозастосовчому процесі [24, 10]. Цю тенденцію сформував багато факторів, серед яких розповсюдження юрисдикції суду на всі правовідносини, надання суду права долати прогалини в правовому регулюванні шляхом застосування аналогії законодавства і права та ін., дослідження яких виходить за межі цієї публікації.

Суддівський розсуд — це інтерпретаційна діяльність судді, що характеризується вибором одного з можливих і допустимих висновків, що підлягають встановленню в рамках дослідженого правового конфлікту, і обмежений розпорядженнями правових норм. Суддівський розсуд — виключно важлива категорія судового правозастосування, проте щодо якої не було сформовано єдиної позиції дослідниками.

Так, Д. М. Чечот визначає суддівський розсуд як волю судді у виборі відповідного рішення [25, 68, 72]. К. І. Комісаров розглядав судовий розсуд як надану суду правоможність приймати, відповідно до конкретних умов, таке рішення з питань права, можливість якого впливає з загальних і лише відносно визначених вказівок закону [26, 63]. О. А. Папкова виділяє такі ключові еле-

менти визначення розсуду суду: застосування розсуду, передбачене юридичними нормами; суддівський розсуд здійснюється в процесуальній формі; суддівський розсуд повинен бути мотивованим; ключовим елементом суддівського розсуду є категорія вибору варіанту рішення того або іншого правового питання; вибір обмежений загальними і спеціальними межами; розсуд суду є правозастосовною діяльністю [24, 10]. Аарон Барак визначає суддівський розсуд як дане судді повноваження вибору між двома і більш законними альтернативами, як свободу вибору між різними можливими рішеннями; як повноваження вибирати між двома або більш лініями дій, кожна з яких вважається дозволеною, або як повноваження, яке закон дає судді, щоб робити вибір з декількох альтернатив, з яких кожна законна [27, 13].

Незважаючи на те, що ставлення до суддівського розсуду різне, на нашу думку, без цього елемента здійснення тлумачення, будь-то судове тлумачення як результат конкретного провадження (наприклад, позов про тлумачення окремих умов договору, заповіту) або елемент судової діяльності по вирішенню договірних спорів (позов про розірвання кредитного договору), є неможливим. У зв'язку з наведеним зростає значення оточення, де формуються типові підходи до тлумачення окремих категорій договорів — судової практики.

Як слушно зауважила професор О. А. Беяневич, судова практика займає проміжне становище у соціальному регулюванні між нормативною та індивідуальними складовими, а тому не тільки здатна, але й повинна коригувати, виправляти недоліки законодавства [28, 308]. Незважаючи на практичну важливість питання, співвідношення правозастосування та судової практики досліджувалось лише в окремих випадках і тільки російськими дослідниками [20; 29; 30; 31]. Виключенням є статті Л. Г. Лічмана, який на рівні окремих публікацій намагався досліджувати проблематику [32, 43–48; 33, 468–470]. Найбільш популярними залишаються дослідження практики застосування окремих нормативних актів [34; 35] або особливості розгляду судами окремих категорій спорів [36–38].

Разом з тим кожен раз, коли суддя розглядає справу, пов'язану з вирішенням договірних спорів, він здійснює череду логіко-юридичних операцій та вирішує низку питань, серед яких головне — що мали на увазі сторони, укладаючи договір (застосування критерію волі), та як це знайшло відображення в самому договорі (встановлення справжності волевиявлення та відповідність його вимогам закону, в тому числі щодо форми). З такої позиції закріплення механізму тлумачення в ст. 213 ЦК України особлива послідовність дій правозастосувача є не просто логічним, але й необхідним кроком законодавця, який встановив межі суддівського розсуду при вирішенні договірних спорів. На користь такого висновку свідчить також те, що в багатьох випадках причиною виникнення спорів є тлумачення окремих умов договору на «свою користь», у відриві одних положень від інших, використання власної досвідченості, в тому числі правої, з метою підготовки «кабальних договорів» і т.п.

Відповідно законодавець встановлює, що при тлумаченні змісту правочину (договору) беруться до уваги однакове для всього змісту правочину зна-



чення слів і понять, а також загальноприйняте у відповідній сфері відносин значення термінів. Якщо буквальне значення слів і понять, а також загальноприйняте у відповідній сфері відносин значення термінів не дає змоги з'ясувати зміст окремих частин правочину, їхній зміст встановлюється порівнянням відповідної частини правочину зі змістом інших його частин, усім його змістом, намірами сторін. Якщо немає можливості визначити справжню волю особи, яка вчинила правочин, до уваги беруться мета правочину, зміст попередніх переговорів, ustalена практика відносин між сторонами, звичаї ділового обороту, подальша поведінка сторін, текст типового договору та інші обставини, що мають істотне значення. Разом з тим ситуація відрізняється, коли тлумачення умов договору є необхідним для вирішення договірного спору в цілому, наприклад, при вирішенні спору про розірвання договору, що передбачає оцінку відповідності дій відповідача встановленим сторонами правилам (порядку виконання) в самому договорі та їх відповідність імперативним вимогам закону.

Сфера тлумачення права — це сфера об'єктивного права, тобто сукупність норм, що містяться в джерелах (формах) права і потребують з'ясування і роз'яснення як уповноваженими органами держави і їх посадовими особами, так і суб'єктами права в процесі правотворчої, правореалізаційної, правозастосовної та інших форм діяльності [39, 600]. Разом з тим, коли йдеться про тлумачення договору, ситуація принципово відрізняється, оскільки наведене буде вірним тільки для того випадку, коли правозастосувач, долаючи прогалини договірної волі сторін або «дефекти» їх волевиявлення, вирішує спори на базі позитивного законодавства.

Якщо функції тлумачення права — основні напрямки і способи роз'яснення змісту норм права з метою їх однакового розуміння і застосування [39, 611], то для договірного спору функція тлумачення виражається у встановленні змісту норм договору з метою його цільного сприйняття та застосування до конкретних правовідносин між сторонами. Разом з тим коли рішення суду набрало законної сили, то воно є обов'язковим для виконання на території України (ст. 14 ЦПК України) і має преюдиціальну силу і зобов'язує всіх суб'єктів сприймати інтерпретацію встановлених даним актом відносин і зв'язків, правил поведінки, а також виходити з тієї правової оцінки досліджених відносин, яка була їм дана (ч. 3 ст. 61 ЦПК України).

Проведене дослідження дозволяє зробити такі **висновки**.

Ефективність норми договору знаходиться в прямій залежності від рівня якості договору, тобто від того, наскільки вдало сторони сформулювали правила останнього для себе. У разі якщо сторони не здатні були виробити договірні правила, ефективність вирішення договірного спору буде залежати від того, наскільки оптимальний і універсальний варіант загального правила закріпив законодавець.

Ефективність судового правозастосування залежить від того, наскільки професіонально грамотно і вміло діють судді під час вирішення договірного спору. При цьому тлумачення умов договору може бути як самостійною метою судово-

го розгляду, так і частиною суддівського розсуду під час вирішення договірного спору.

Особливість суддівського правозастосування під час вирішення договірного спору, полягає в тому, що суд, наділений відповідно до закону владними повноваженнями, вирішуючи конкретний правовий конфлікт, не тільки узгоджує свою діяльність з правовими розпорядженнями (процесуальною формою), але і базує свої висновки на нормах договору, укладеного сторонами, а також законодавства та права.

Застосування судом договірних норм до спірних правовідносин є особливою формою реалізації права. Тлумачення судом договірних норм — це комплекс розумових і фактичних, організаційних і юридичних операцій (дій) суб'єкта правозастосування — суду, що має на меті забезпечити нормальний перебіг процесу реалізації приписів договору.

Рішення суду, у разі набрання ним законної сили, як акт судового правозастосування, яким правовий конфлікт вирішений по суті, має преюдиціальну силу — зобов'язує всіх суб'єктів сприймати інтерпретацію встановлених даним актом відносин і зв'язків, правил поведінки, а також виходити з тієї правової оцінки досліджених відносин, яка була їм дана.

### Примітки

1. Але цей принцип має своє негативне і своє позитивне вираження. Насамперед, з негативної сторони, принцип договірної волі позначає те, що проти своєї волі ніхто не зобов'язаний вступати в договір. З позитивної сторони принцип договірної волі позначає право приватних осіб укладати договори будь-якого змісту. — Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. — М.: Статут, 1998. — С. 250.
2. Як з'являється з узагальнення Апеляційного суду Одеської області, в судовій практиці з'явилась значна кількість справ, викликаних зверненням до суду через неможливість своєчасного виконання прийнятих на себе зобов'язань як з повернення кредиту, так і вкладу через зміни у фінансовому стані учасників таких правовідносин, нерідко присутнім є і суб'єктивний фактор небажання з різних підстав повернути отримане. Так, до загальних судів м.Одеси та Одеської області протягом 2009 р. найшло біля 5000 справ зазначеної категорії, предметом апеляційного перегляду апеляційним судом Одеської області було 154 справи, з них 86 справ залишено без змін, 29 рішень змінено, 39 рішень скасовано. Згідно зі статистичними даними, наданими апеляційними судами України Верховному Суду України, у 2009 р. на розгляді місцевих судів по першій інстанції перебувало 197,6 тис. цивільних справ, які випливають з кредитних відносин. Найбільша кількість таких справ зафіксована у судах м. Києва — 22,5 тис., областей: Миколаївської — 21 тис., Дніпропетровської — 15,8 тис., Харківської — 12,8 тис., Запорізької — 11,2 тис. та АР Крим — 10,8 тис. Якщо брати умовні показники, то серед оскаржених рішень суду першої інстанції майже кожне п'яте — це договірний спір.

### Література

1. Дрішлюк А. І. Форми і тенденції розвитку системи джерел цивільного права України // Методологія приватного права: сучасний стан та перспективи розвитку : зб. матеріалів II наук.-практ. конф. — К., 2009. — С. 81–86.
2. Кодифікація приватного (цивільного) права України / за ред. А. Довгєрта. — К.: Укр. центр правничих студій, 2000. — 336 с.
3. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. — М.: Статут, 1998. — 353 с.
4. Луць А. В. Свобода договору в цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / А. В. Луць ; Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. — К., 2001. — 16 с.

5. Танага А. Н. Принцип свободы договора в гражданском праве России / А. Н. Танага. — С.Пб. : Юрид. центр, 2003. — 211 с.
6. Васьковский Е. В. Учение о толковании и применении гражданских законов / Е. В. Васьковский. — М. : Центр «ЮрИнфоР», 2002. — 507 с.
7. Пиголкин А. С. Толкование нормативных актов в СССР / А. С. Пиголкин. — М. : Юриздат, 1962. — 166 с.
8. Черданцев А. Ф. Толкование советского права / А. Ф. Черданцев. — М. : Юрид. лит., 1979. — 168 с.
9. Дюрягин И. Я. Применение норм советского права / И. Я. Дюрягин. — Свердловск, 1973. — 246 с.
10. Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм / П. Е. Недбайло. — М. : Юрид. лит-ра, 1960. — 510 с.
11. Вильяневский С. И. Значение логики в применении правовых норм // Ученые записки Харьковского юридического института имени Л. М. Кагановича. — 1948. — Вып. 3.
12. Цивільне право України : підручник / Є. О. Харитонова, Н. О. Санахметова. — К. : Істина, 2003. — 776 с.
13. Цивільне право України : підручник. У 2 кн. Кн. 1 / О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт [та ін.] ; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — 2-ге вид., допов. і переробл. — К. : Юрінком Інтер, 2004. — 736 с.
14. Цивільне право України : навч. посіб. / за ред. Є. О. Харитонова, Н. Ю. Голубєвої. — К. : Істина, 2009. — 280 с.
15. Брагинский М. И. Договорное право. Кн. 1. Общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. — М. : Статут, 2001. — 842 с.
16. Харитонов Є. О. Цивільне право України. Елементарний курс / Є. О. Харитонов, А. І. Дрішлюк. — Суми, 2006. — 352 с.
17. Цивільне право України. Альбом схем : навч. посіб. — Вид. 3-тє, переробл. та допов. / за ред. Є. О. Мічуріна. — Х., 2010. — 448 с.
18. Цивільне право України : навч. посіб. / за ред. І. А. Бірюкова, Ю. О. Заїки. — К., 2004. — 224 с.
19. Заїка Ю. О. Українське цивільне право : навч. посіб. / Ю. О. Заїка. — 2-ге вид., змін. і допов. — К. : Всеукр. асоц. видавців «Правова єдність», 2008. — 368 с.
20. Аверин А. В. Судебное правоприменение и формирование научно-правового сознания судей (проблемы теории и практики) : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / А. В. Аверин. — Саратов, 2004. — 382 с.
21. Ромовська З. Українське цивільне право. Загальна частина : підручник / З. Ромовська. — 2-ге вид., допов. — К. : Алерат, КНТ : ЦУЛ, 2009. — 594 с.
22. Боднар Т. В. Договірні зобов'язання в цивільному праві : навч. посіб. / Т. В. Боднар. — К. : Юстиніан, 2007. — 280 с.
23. Цивільне право України : підручник. У 2 т. Т. 1 / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, І. В. Жилінкова [та ін.] ; за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. — К. : Юрінком Інтер, 2004. — 480 с.
24. Папкова О. А. Усмотрение суда / О. А. Папкова. — М. : Статут, 2005. — 413 с.
25. Чечот Д. М. Административная юстиция (проблемы применения) / Д. М. Чечот. — Л., 1979. — 133 с.
26. Комиссаров К. Н. Творческий характер судебной деятельности // Правоведение. — 1976. — № 3. — С. 63–66.
27. Барак А. Судейское усмотрение / А. Барак. — М. : Норма, 1999. — 364 с.
28. Беляневич О. А. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти) / О. А. Беляневич. — К., 2006. — 592 с.
29. Рафиков Р. Р. Судебное правоприменение теоретико-правовой анализ : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Р. Р. Рафиков. — Уфа, 2006. — 163 с.
30. Загайнова С. К. Судебные акты в механизме реализации судебной власти в гражданском и арбитражном процессе / С. К. Загайнова. — М. : Волтере Клуверс, 2007. — 400 с.
31. Войтович Е. П. Судебная практика в механизме гражданско-правового регулирования : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Е. П. Войтович. — Новосибирск, 2006. — 156 с.
32. Лічман Л. Г. Підвищення ефективності правозастосування в контексті строків розгляду цивільних справ // Вісник Верховного суду України. — 2009. — № 3. — С. 43–48.
33. Лічман Л. Г. Щодо актуальності дослідження судового правозастосування // Актуальні про-

- блеми юридичної науки : зб. тез міжнар. наук. конф. «Восьмі осінні юридичні читання» (м. Хмельницький, 13–14 листоп. 2009 р.) : у 4 ч. — Хмельницький : Вид-во Хмельницького ун-ту упр. та права, 2009. — Ч. 3. — С. 468–470.
34. Теория и практика применения норм гражданского права / под ред. Н. М. Коршунова, Ю. Н. Андреева. — М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2004. — 415 с.
  35. Практика застосування окремих норм Цивільного кодексу України / [А. Г. Ярема, А. В. Гнатенко, Л. І. Григорєва та ін.]. — К. : Ін Юре, 2008.
  36. Балюк М. І. Практика застосування Цивільного процесуального кодексу України. Цивільний процес у питаннях та відповідях / М. І. Балюк, Д. Д. Луспеник. — Х., 2008. — 707 с.
  37. Коментар судової практики розгляду житлових спорів / М. К. Галянтч, А. І. Дрішлюк, Л. Г. Лічман, В. М. Махінчук. — К. : Юрінком-Інтер, 2008. — 416 с.
  38. Справи про відшкодування шкоди в судовій практиці : навч.-метод. посіб. / [А. І. Дрішлюк, В. І. Дрішлюк, Л. О. Єсіпова та ін.]; заг. ред. В. В. Луця ; наук. ред. М. К. Галянтч. — О. : ОДУВС, 2009. — 428 с.
  39. Теорія держави та права : (енциклопедичний курс) : підручник. — Х. : Еспада, 2006. — 776 с.

### Анотація

**Молодецький Р. А.** Судове правозастосування як особливий вид правореалізації (в аспекті тлумачення договору). — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню проблем тлумачення договору в процесі судового правозастосування, яке у свою чергу є особливим видом правореалізації. Проведено аналіз процесу правозастосування на стадії судового розгляду договірних спорів, проаналізовано механізми тлумачення договору з точки зору суддівського розсуду, його співвідношення з тлумаченням норм права та законодавства.

**Ключові слова:** договір, тлумачення договору, правозастосування, судова практика, суддівський розсуд.

### Аннотация

**Молодецкий Р. А.** Судебное правоприменение как особый вид правореализации (в аспекте толкования договора). — Статья.

Статья посвящена исследованию проблем толкования договора в процессе судебного правоприменения, которое, в свою очередь, является особым видом правореализации. Проведен анализ процесса правоприменения на стадии судебного рассмотрения договорных споров, проанализирован механизм толкования договора с точки зрения судебного усмотрения, его соотношение с толкованием норм права и законодательства.

**Ключевые слова:** договор, толкование договора, правоприменение, судебная практика, судебное усмотрение.

### Summary

**Molodetskiy R. A.** Judicial Enforcement As Special Form of Mandatory Enforcement (in the Aspect of Interpretation of a Contract). — Article.

The article covers the research problems of contract interpretation in the process of juridical enforcement which in its turn is a particular kind of mandatory enforcement. The analyses of juridical enforcement process has been conducted at the stage of contractual litigations consideration, also the mechanism of contract interpretation from the point of view of judicial discretion has been analysed as well as its correlation with legal norms and legislature interpretation.

**Keywords:** contract, interpretation of a contract, judicial enforcement, judicial opinion, judicial discretion.

### ОСОБЛИВОСТІ ВИКОРИСТАННЯ ЗАСТАВНИХ

Заставна є одним з багатьох видів цінних паперів, що в останні роки з'явилися в українському законодавстві. Як цінний папір вона є об'єктом цивільних прав та може вільно відчужуватися або переходити від однієї особи до іншої, тобто бути об'єктом купівлі-продажу та інших операцій, не заборонених законом. Водночас операції з заставними мають низку особливостей завдяки тому, що дані цінні папери використовуються виключно для прискорення обороту в сфері нерухомості.

Проблемні з точки зору цивільного права питання операцій з цінними паперами були об'єктом дослідження таких вітчизняних науковців, як І. А. Безклубий, С. М. Бервено, О. І. Виговський, В. В. Воловик, Ж. В. Завальна, В. В. Посполітак, М. В. Старинський, В. І. Труба, В. Л. Яроцький.

Заставна — цінний папір, призначений для розвитку ринку нерухомості України, важливість якого для господарства не викликає жодних сумнівів. Разом з тим теоретичні дослідження, присвячені заставним як самостійному виду цінних паперів, у науковій літературі майже відсутні. Саме тому особливості використання заставної заслуговують належної уваги та потребують окремого дослідження.

Метою дослідження є визначення особливостей використання заставних в цивільно-правових угодах.

Порядок видачі заставної, вимоги до її форми та змісту, порядок передачі та використання заставної для рефінансування визначені Законом України «Про іпотеку» від 5 червня 2003 р. № 898-IV (далі — Закон «Про іпотеку»).

Відповідно до ст. 20 Закону «Про іпотеку», заставна — це борговий цінний папір, який засвідчує безумовне право його власника на отримання від боржника виконання за основним зобов'язанням, за умови, що воно підлягає виконанню в грошовій формі, а в разі невиконання основного зобов'язання — право звернути стягнення на предмет іпотеки. Заставна може передаватися її власником будь-якій особі шляхом вчинення індосаменту.

Як визначено у ст. 197 ЦК України, права за ордерним цінним папером передаються шляхом вчинення на цьому папері передавального напису (індосаменту). Таким чином, заставну необхідно віднести до ордерних цінних паперів.

Необхідно звернути увагу на коло осіб, які мають право здійснювати операції з заставними.

Видати заставну можуть будь-які фізичні або юридичні особи, які передають в іпотеку нерухоме майно для забезпечення виконання власного зобов'язання або зобов'язання іншої особи перед іпотекодержателем. Першим власником заставної є іпотекодержатель, кредитор за основним зобов'язанням.

Відповідно до ст. 1 Закону «Про іпотеку» основне зобов'язання — це зобов'язання боржника за договорами позики, кредиту, купівлі-продажу, лізингу,

а також зобов'язання, яке виникає з інших підстав, виконання якого забезпечене іпотекою. Право здійснення таких операцій належить банкам та іншим фінансовим установам, що отримали відповідні дозволи та ліцензії.

Таким чином, першими власниками заставних є виключно банки та фінансові установи. Це підтверджується і ч. 1 ст. 28 вказаного Закону, де у якості суб'єктів рефінансування визначені також тільки банки та інші фінансові установи.

На жаль, чіткого визначення рефінансування досі не надано у жодному нормативно-правовому акті. Але, як можна зрозуміти з ч. 2 ст. 28 Закону «Про іпотеку», рефінансування іпотечних кредиторів — це залучення додаткових грошових коштів від інших осіб за рахунок розміщення іпотечних цінних паперів.

Іншими словами, для того, щоб отримати додаткові грошові кошти, іпотечний кредитор змушений звернутися до фінансового ринку або до вторинного ринку цінних паперів. Саме тому формування цивілізованого ефективно діючого іпотечного ринку в Україні є надзвичайно актуальною проблемою, її розв'язання дозволить дати хід механізмам довгострокового кредитування вітчизняної економіки шляхом залучення грошових ресурсів населення та підприємств найбільш надійним чином — під заставу нерухомості [1, 209].

Відповідно до ч. 3 ст. 28 Закону «Про іпотеку» власник заставної може до настання строку виконання боржником зобов'язань за заставною проводити операції з належними йому заставними для рефінансування власної діяльності шляхом залучення додаткових грошових коштів від інших осіб. Рефінансування може здійснюватися такими способами:

- 1) відчуження (продаж) заставної шляхом вчинення індосаменту з компенсацією індосанту вартості заставної у встановленому сторонами розмірі;
- 2) продаж заставної із зобов'язанням зворотного викупу (операція РЕПО);
- 3) передача заставної у заставу для забезпечення виконання зобов'язань перед іншими кредиторами;
- 4) емісія іпотечних цінних паперів;
- 5) іншим способом, який не суперечить закону.

Як можна помітити, фінансова установа може отримати рефінансування за допомогою або безпосередньо заставних або шляхом випуску інших цінних паперів — іпотечних сертифікатів та облігацій.

Таким чином, іпотечні кредитори мають право вибору — або здійснити операцію з заставною як цінним папером, або використати її у якості забезпечення випуску іпотечних облігацій або сертифікатів.

Щоб з'ясувати особливості використання заставних в цивільно-правових угодах, розглянемо кожен з визначених способів рефінансування більш детально.

Першим способом рефінансування іпотечних кредиторів за допомогою заставних є продаж заставної шляхом вчинення індосаменту відповідно до ст. 25 Закону «Про іпотеку». Він передбачає надання грошової компенсації індосанту у встановленому сторонами розмірі. Іншими словами, відбувається продаж заставної та її передача у власність нової особи.

Процедура передачі заставної передбачає два етапи. Перший, виконання на ній індосантом передавального напису (індосаменту) на користь індосата. Другий — це власне передача оригіналу заставної.

Вимоги до передавального напису на заставній співпадають з загальною практикою, передбаченою для ордерних цінних паперів. У ньому зазначаються прізвище, ім'я, по батькові та адреса фізичної особи або найменування та адреса юридичної особи, якій передається заставна. Передавальний напис підписується зазначеним у заставній іпотекодержателем, а якщо цей напис не перший — власником заставної, зазначеним у попередньому індосаменті. Якщо індосант — юридична особа, підпис уповноваженої особи засвідчується печаткою.

Керуючись п. 5 ст. 197 ЦК України, можна віднести індосамент, що здійснюється на заставній, до ордерного, бо він містить зазначення особи, якій або за наказом якої має бути здійснене виконання. Крім визначення, яке надається у ЦК України, подібний індосамент можна назвати іменним або повним. Відсутність бланкового індосаменту, що є також одною з ознак заставної, обумовлена перш за все зв'язком заставної з нерухомістю, перехід прав за якою потребує державної реєстрації.

Відповідно до ст. 26 Закону «Про іпотеку», індосант несе відповідальність перед індосатом за достовірність відомостей, що містяться у заставній, та дійсність заставної, але індосант, якщо інше не передбачене умовами індосаменту, не відповідає за виконання іпотекодавцем чи боржником, якщо він є відмінним від іпотекодавця, вимог за заставною. Але застереження у згаданій статті «...якщо інше не передбачено умовами індосаменту» дозволяє обумовлювати у індосаменті умову про відповідальність індосанта за виконання боржником зобов'язань за заставною.

Таким чином, той, хто продав заставну, надалі не несе відповідальності за виконання боржником свого зобов'язання перед новим власником заставної і відповідає лише за дійсність самого зобов'язання (існування іпотечного договору). І тільки застосування положень ч. 2 ст. 26 дозволяє покупцеві заставної домогтися солідарної відповідальності боржника і продавця.

Іншими словами, солідарна відповідальність продавця закладної можлива тільки у випадку прямого вказування на таку умову в індосаменті. Норма про солідарну відповідальність визначена диспозитивним чином, тобто наявність цієї відповідальності буде залежати лише від волевиявлення продавця заставної.

Відповідно до ч. 5 ст. 26 Закону «Про іпотеку» продавець заставної зобов'язаний у п'ятиденний строк письмово повідомити боржника про передачу заставної покупцю (індосату) та всіма доступними засобами не допустити виконання основного зобов'язання боржником на свою користь.

Дана норма повинна бути розглянута детальніше. З одної сторони, після такого повідомлення продавцем заставної боржник буде впевнений, що його наступний платіж на користь нового кредитора буде належним. З іншої сторони, особа, яка після продажу нею цінного паперу не має до нього фактично вже ніякого відношення, повинна вчиняти якісь юридичні дії щодо третьої особи.

До того ж слід пам'ятати, що заставна — цінний папір, і всі права за ним належать власнику, який перш за все зацікавлений у тому, щоб повідомити боржника.

На практиці іпотечний договір, як правило, є довгостроковим, тому за згодою сторін основне зобов'язання може підлягати виконанню частинами. У цьому випадку індосант також зобов'язаний передати індосату копії документів, що підтверджують отримані платежі та реєстр отриманих платежів за заставною. Як правило, таке передання відбувається одночасно з передачею заставної.

Можна зробити висновок, що продаж заставної відбувається за загальними правилами, хоча існують особливості, що ґрунтуються на зв'язку заставної з нерухомістю, перехід прав за якою потребує державної реєстрації.

Наступним способом рефінансування іпотечних кредиторів за допомогою заставних є продаж заставної із зобов'язанням зворотного викупу (операція РЕПО).

Як справедливо визначає Ю. Я. Кравченко, операції РЕПО — це широко поширена в країнах з розвиненими фінансовими ринками форма операцій з цінними паперами. Вони побудовані на укладанні між двома сторонами договору про зворотний викуп цінних паперів. За цією угодою одна із сторін продає іншій стороні цінні папери із зобов'язанням їх викупу через певний строк за більш високою ціною. Дана різниця стає свого роду винагородою первісному покупцеві. При цьому здійснюється перехід права власності на цінний папір, що вигідно відрізняє операції РЕПО від простого кредитування під заставу цінних паперів. Це свого роду кредит під строго фіксований відсоток [2, 79].

Стаття 29 Закону «Про іпотеку» регулює продаж заставної із зобов'язанням зворотного викупу наступним чином.

Відповідно ч. 1 ст. 29 продаж заставної із зобов'язанням зворотного викупу є договором, згідно з яким будь-яка особа-кредитор зобов'язується сплатити власнику заставної грошові кошти, а власник заставної зобов'язується передати заставну цьому кредитору і викупити її за погодженою сторонами ціною у визначений строк у майбутньому, але не пізніше строку повного виконання основного зобов'язання боржником.

Окремо ч. 2 ст. 29 надані особливості щодо передавального напису у випадку застосування операції РЕПО. Визначено, що продаж заставної із зобов'язанням зворотного викупу здійснюється шляхом вчинення індосаменту, в якому встановлюється строк зворотного викупу заставної. Власник заставної і кредитор можуть укласти договір, який встановлюватиме інші умови продажу заставної із зобов'язанням зворотного викупу. Зокрема, договором може бути встановлений обов'язок власника заставної викупити заставну до вказаного в індосаменті строку у разі настання визначених договором обставин.

З'ясування правової природи операції РЕПО ускладнюється тим, що особи, які здійснюють дану операцію, застосовують одну правову конструкцію — договір купівлі-продажу цінних паперів, а мають за мету іншу — договір кредитування під заставу цінних паперів. Іншими словами, у даному випадку кредит під заставу цінних паперів маскується під купівлю-продаж. У зв'язку з цим



деякі науковці пропонують розрізняти економічний та юридичний аспект договору РЕПО.

Наприклад, С. М. Бєрвєно стверджує, що операції РЕПО необхідно розглядати як економічну і юридичну категорії. Економічний зміст цієї операції є очевидним: одна сторона за допомогою операції РЕПО залучає необхідні їй у терміновому порядку грошові ресурси, інша поповнює тимчасову нестачу у цінних паперах, а також отримує відсотки за надані грошові ресурси. В юридичному розумінні операція РЕПО є договором, який містить у собі дві угоди купівлі-продажу одних і тих самих цінних паперів або аналогічних придбаним за першою угодою купівлі-продажу [3, 337].

В свою чергу І. А. Безклубий, досліджуючи дане питання, дійшов висновку, що договір РЕПО за участю банку слід розглядати як самостійний двосторонній консенсуальний відплатний договір з надання кредитної послуги, за яким позичальник зобов'язується передати цінні папери у власність банку, а останній зобов'язаний надати позичальнику кредит (грошові кошти або право вимоги на одержання грошових коштів) на визначений у договорі строк під умовою зобов'язання позичальника викупити в банку ті ж самі цінні папери за ціною, що складається з попередньої ціни та ціни, яка є платою за наданий кредит [4, 433].

О. І. Виговський визначає, що за своїми юридичними наслідками правовідносини застави цінних паперів відрізняються від відносин, що виникають на підставі угоди РЕПО. Угода РЕПО по суті являє собою процентний договір позики, що забезпечується тимчасовим переходом права власності на цінні папери до кредитору до моменту повернення суми позики. Угоди РЕПО подібні до застави цінних паперів лише своїм забезпечувальним характером, а тому на них не можуть поширюватися норми законодавства про заставу цінних паперів [5, 10].

Тому розглянемо детально наступний спосіб рефінансування іпотечних кредиторів за допомогою заставних — передачу заставної у заставу для забезпечення виконання зобов'язань перед іншими кредиторами.

Відповідно до ст. 30 Закону «Про іпотеку» заставна може бути передана у заставу для забезпечення виконання зобов'язань її власника перед іншою особою — кредитором. Застава заставної здійснюється шляхом вчинення індосаменту, в якому зазначається, що заставна передається тільки у заставу, та ідентифікується забезпечене заставою зобов'язання. При заставі заставна передається у володіння заставодержателю, а власник заставної зобов'язаний письмово повідомити боржника про передачу заставної у заставу, крім випадків включення засвідчених заставною прав до складу іпотечного покриття звичайних іпотечних облігацій.

Застава цінних паперів як тема цивільно-правових досліджень досить повно розглянута у науковій літературі [5; 6].

Але у випадку з заставою заставної ми маємо дещо ускладнену правову конструкцію порівняно з іншими цінними паперами. Даний факт дуже вірно підкреслив О. І. Виговський, стверджуючи, що після вчинення власником зас-

тавної передавального надпису на користь заставодержателя останній стає кредитором за забезпеченим іпотекою зобов'язанням та заставодержателем за договором про іпотеку. Таким чином, заставодержатель заставної від одних заставних правовідносин, об'єктом яких була застава, переходить до інших заставних правовідносин, об'єктом яких виступає нерухоме майно [7, 9].

Емісія іпотечних цінних паперів — четвертий спосіб рефінансування іпотечних кредиторів за допомогою заставних, що прямо визначений ч. 3 ст. 28 Закону «Про іпотеку».

Відповідно до ст. 31 Закону «Про іпотеку» заставні можуть забезпечувати випуск іпотечних цінних паперів — іпотечних облігацій і іпотечних сертифікатів. Емітентами іпотечних цінних паперів можуть бути банки та інші фінансові установи, які мають право на провадження такого виду діяльності. Порядок випуску та обігу іпотечних облігацій встановлюються Законом України «Про іпотечні облігації» від 22 грудня 2005 р. № 3273-IV (далі — Закон «Про іпотечні облігації»). А на підставі Закону України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» від 19 червня 2003 р. № 979-IV здійснюється випуск іпотечних сертифікатів.

Закон «Про іпотечні облігації» визначає, що іпотечними облігаціями є такі облігації, виконання зобов'язань емітента за якими забезпечене іпотечним покриттям. Емітентом звичайних іпотечних облігацій є іпотечний кредитор, що несе відповідальність за виконання зобов'язань за такими іпотечними облігаціями іпотечним покриттям та всім іншим своїм майном, на яке відповідно до законодавства може бути звернено стягнення.

В свою чергу, іпотечне покриття — це іпотечні активи, а також інші активи, які відповідно до Закону «Про іпотечні облігації», проспекту емісії та реєстру іпотечного покриття забезпечують виконання зобов'язань емітента за іпотечними облігаціями, а іпотечний актив — це право вимоги за забезпеченим іпотекою грошовим зобов'язанням боржника.

Наприклад, відповідно до ст. 8 Закону «Про іпотечні облігації» іпотечні та інші активи, включені до складу іпотечного покриття іпотечних облігацій, вважаються переданими у заставу, яка забезпечує виконання зобов'язань емітента перед власниками іпотечних облігацій. При цьому застава іпотечного покриття не потребує укладення договору застави і виникає з моменту державної реєстрації випуску іпотечних облігацій.

Можна констатувати, що останній спосіб рефінансування за допомогою заставних суттєво відрізняється від попередніх.

Перше, застава залишається фізично у володінні особи, що отримує рефінансування, хоча і вважається переданою у заставу для забезпечення.

Друге, емісія іпотечних цінних паперів певним чином замінює одні цінні папери на інші. В результаті цього певна сукупність заставних, що є забезпеченням випуску, фактично знерухомлюється на період обігу іпотечних облігацій.

Третє, цінні папери з індивідуальними рисами — заставні, перетворюються на стандартизовані. До того ж з'являється додаткове забезпечення за рахунок

подвійної відповідальності — боржника за заставною та емітента іпотечних облігацій.

На підставі розглянутого матеріалу можна сформулювати наступні висновки.

Заставна, як і інші цінні папери, може бути об'єктом цивільно-правових угод. Першим власником заставної є фінансова установа, що видала боржникові кошти та отримала у якості забезпечення заставну. Таким чином, операції з заставною переслідують головну мету — отримання рефінансування по раніш виданим іпотечним кредитам.

Законом визначені декілька способів рефінансування, що передбачають повне (продаж) або тимчасове (операція РЕПО) відчуження заставної, передання заставної у заставу, а також передання заставних у заставу в якості забезпечення випуску іпотечних цінних паперів — іпотечних облігацій і іпотечних сертифікатів.

Таким чином, особлива ознака заставної — можливість забезпечувати випуск іпотечних цінних паперів. Дану операцію можна охарактеризувати як передачу заставної у заставу та одночасну трансформацію заставної в іпотечні цінні папери.

### Література

1. Державне регулювання ринку цінних паперів (запитання та відповіді) : навч. посіб. / [С. О. Бірюк, М. О. Бурмака, М. І. Зверяков та ін.]. — О. : Пальміра, 2006. — 562 с.
2. Кравченко Ю. Я. Рынок ценных бумаг : курс лекций / Ю. Я. Кравченко. — К. : ВИРА-Р, 2002. — 368 с.
3. Бервено С. М. Проблеми договірної права України : монографія / С. М. Бервено. — К. : Юрінком Інтер, 2006. — 392 с.
4. Безклубий І. А. Банківські правочини : монографія / І. А. Безклубий. — К. : Вид. дім «Ін Юре», 2007. — 456 с.
5. Виговський О. І. Правове регулювання застави цінних паперів в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / О. І. Виговський. — К., 2005. — 19 с.
6. Заставне право України : навч. посіб. / Ж. В. Завальна, М. В. Старинський, В. В. Сухонос, С. В. Шербак ; за ред. В. В. Сухоноса. — Суми : ВТД «Університетська книга», 2004. — 315 с.
7. Виговський О. І. Юридичні аспекти застави заставної // Цінні папери України. — 2006. — № 2. — С. 8–9.

### Анотація

**Карпов Р. В. Особливості використання заставних.** — Стаття.

У статті розглядається порядок використання заставної для рефінансування іпотечних кредиторів. З цивільно-правової точки зору дається оцінка способам рефінансування та визначаються основні особливості кожного з них.

**Ключові слова:** заставна, рефінансування, індосамент, іпотека, застава, іпотечні цінні папери, операція РЕПО

### Аннотация

**Карпов Р. В. Особенности использования закладных.** — Статья.

В статье рассматривается порядок использования закладной для рефинансирования ипотечных кредиторов. С гражданско-правовой точки зрения дается оценка способам рефинансирования и определяются основные особенности каждого из них.

**Ключевые слова:** закладная, рефинансирование, индоссамент, ипотека, залог, ипотечные ценные бумаги, операция РЕПО.

### Summary

**Karpov R. V. Mortgages: features of use.** — Article.

The article discusses how to use a mortgage to refinance the mortgage lenders. An assessment of ways to refinance is given and the main features of each are identified with a civil viewpoint.

**Keywords:** mortgage, refinance, endorsement, pledge, mortgage-backed securities, repurchase agreements.

УДК 347.451.048

Є. С. Сєвєрова

### ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИЗНАННЯ НЕДІЙСНИМИ ПРИЛЮДНИХ ТОРГІВ У СУДОВОМУ ПОРЯДКУ

Визнання угод недійсними є однією з розповсюджених категорій спорів, які виникають у практиці, не останнє місце серед яких займають спори щодо визнання недійсними прилюдних торгів.

Новий Цивільний кодекс України дещо змінив підходи та оцінювальні категорії, в ньому з'явилися нові формулювання, однак чіткої відповіді з приводу підстав та можливості визнання недійсними прилюдних торгів він не містить.

Відсутність спеціальних норм, присвячених цьому питанню, призводить до різного тлумачення одних і тих самих положень законодавства та не сприяє його однакового застосуванню. Протягом останніх років позиція Верховного Суду України щодо можливості визнання торгів недійсними змінювалася кілька разів, та до теперішнього часу практику розгляду такої категорії спорів не можна вважати усталеною, залишається це питання і поза увагою законодавців.

Розповсюдженість категорії спорів про визнання недійсними прилюдних торгів зумовлена порушеннями при здійсненні заходів з виконання рішення суду, звернення стягнення на майно в порядку забезпечення виконання зобов'язань і тому визначення правильного способу захисту прав має практичне значення, не менш актуальним є і питання з'ясування правової природи зазначеного інституту.

Порядок реалізації арештованого майна передбачено Законом України «Про виконавче провадження» [1], Інструкцією про проведення виконавчих дій, затвердженою наказом Міністерства юстиції України від 21 квітня 2005 р. [2]; Тимчасовим положенням про порядок проведення прилюдних торгів з реалізації арештованого нерухомого майна, затвердженим наказом Міністерства юстиції України від 27 жовтня 1999 р. № 68/5 (далі — Положення про проведення торгів) [3].

Певні положення про порядок та процедуру проведення прилюдних торгів майна, яке є предметом іпотеки, визначаються ст. ст. 41, 43–45 Закону України «Про іпотеку» [4]. Порядок проведення розрахунків за майно, придбане на прилюдних торгах, оформлення результатів прилюдних торгів та розподіл

коштів від реалізації предмета іпотеки, а також порядок оскарження результатів прилюдних торгів передбачені ст. ст. 46–48 цього ж Закону.

За змістом зазначених законодавчих актів прилюдні торги є продажем майна, за яким його власником стає покупець, який під час торгів запропонував за нього найвищу ціну. При цьому реалізація арештованого майна, за винятком майна, вилученого за законом з обігу, здійснюється спеціалізованими організаціями, які залучаються на тендерній (конкурсній) основі, на підставі договорів між Державною виконавчою службою та спеціалізованими організаціями. Такий спосіб реалізації майна є примусовим, оскільки здійснюється без волевиявлення власника майна.

Характерними ознаками договору купівлі-продажу майна є передача майна у власність покупцеві із сплатою певної грошової суми. При продажу майна з публічних торгів також відбувається передача майна у власність особи, яка на засадах змагальності запропонує найвищу ціну. При цьому та обставина, що передача майна відбувається примусово, не дає підстав для зміни статусу такої угоди на іншу, а тому продаж майна з прилюдних торгів є одним з різновидів договору купівлі-продажу майна.

У свою чергу, така ознака, як продаж майна на засадах конкурентності, дає підстави вважати продаж з публічних торгів одним із різновидів аукціонних продажів проте у примусовому порядку [5, 8].

Слід зазначити, що у римському цивільному праві існував правочин *addictio in diem*, особливості якого пояснюються історією римського аукціону. Як зазначав Т. Момзен, до аукціонного продажу звертався той, хто бажав легко і швидко позбутися речей, йому не потрібних чи надлишкових; до аукціону звертався і той, хто при раптовій нагальній потребі у грошах бажав у короткий термін їх здобути. З того часу, коли організація і здійснення аукціонів перейшли в руки банкірів, які поряд з іншими фінансовими операціями займалися здійсненням аукціонного продажу для своїх клієнтів, аукціон і пов'язані з ним операції слугували в Римі тим, чим у наш час слугує інститут торгових маклерів та угода торгової комісії [6, 7].

На підтвердження можливості розглядати публічні торги як різновид договору купівлі-продажу вказує ч. 4 ст. 656 ЦК України, відповідно до якої до договору купівлі-продажу на біржах, аукціонах (публічних торгах), договору купівлі-продажу валютних цінностей і цінних паперів застосовуються загальні положення про купівлю-продаж, якщо інше не встановлено законом про ці види договорів купівлі-продажу або не впливає з їхньої суті.

Втім зазначені положення іноді залишаються поза увагою в правозастосовній діяльності, що призводить до штучного звуження способів захисту прав.

Оскільки випадки порушення процедури та порядку торгів, на жаль, є непоодинокими, то особи, які вважають свої права та інтереси порушеними, вимушені шукати можливі способи захисту власних прав.

Узагальнюючи практику вирішення спорів з визнання торгів недійсними, можна визначити кілька проблем, які, наш погляд, не знаходять остаточного вирішення.

Так, майже незмінною протягом останніх років можна вважати практику судів, рішеннями яких відмовлялося у задоволенні вимог про визнання торгів недійсними через те, що такі вимоги не відповідають передбаченим законом способам захисту прав.

В якості прикладів можна навести численні рішення Верховного Суду України, доводи яких зводяться до того, що в діючому цивільно-процесуальному законодавстві, Законі України «Про виконавче провадження» відсутні норми, які б давали право боржникам звертатися із позовом про визнання торгів недійсними, равно як і відсутні визначення умов визнання їх такими, а містяться лише норми про визнання публічних торгів такими, що не відбулися [7].

Другим аргументом на підтвердження неможливості визнання торгів недійсними є посилання на ч. 2 ст. 388 ЦК України, яка гарантує особам, які придбали майно в порядку, встановленому для виконання судових рішень, захист їх прав від можливої віндикації, і боржники не є стороною в таких правовідносинах.

Аналогічною є норма ст. 145 ЦК України 1963 р., яка передбачала, що якщо майно за плату придбано у особи, яка не мала права його відчужувати, про що набувач не знав і не повинен був знати (добросовісний набувач), то власник вправі витребувати це майно від набувача лише у разі, коли майно загублено власником або особою, якій майно було передано власником у володіння, або викрадено у того чи іншого, або вибуло з їх володіння всупереч їх волі. Витребування майна з цих підстав не допускалося, якщо майно було продане в порядку, встановленому для виконання судових рішень.

Однак погодитися в повній мірі з такою позицією, на наш погляд, неможливо.

Дійсно, Законом України «Про виконавче провадження» передбачено право боржника та стягувача на оскарження дій (бездіяльності) державного виконавця по питанням виконавчого провадження. Крім того, у відповідності до розділу VII ЦПК України боржники мають право звернутися зі скаргою до суду, якщо вважають, що рішенням, дією чи бездіяльністю державного виконавця або іншої посадової особи державної виконавчої служби, під час виконання судового рішення, порушені його права чи свободи.

В той же час, якщо передбачені законом вище перелічені заходи є можливими для стягувача чи боржника, однак унеможливлені для захисту прав інших осіб — не учасників виконавчого провадження, права та інтереси яких є порушеними внаслідок проведення публічних торгів. Наприклад, у разі реалізації майна, яке належить іншій особі — співвласнику, який є таким в силу закону, проте своєчасно не оформив своїх прав і довів ці обставини в суді.

Крім того, можливість звернення зі скаргою під час виконавчого провадження є дійовим заходом відновлення прав боржника, але у разі якщо орган, який виконує рішення, суворо дотримується обов'язку про повідомлення останнього про виконавчі дії.

Проте практика свідчить про те, що випадки реалізації майна без відома боржника є непоодинокими, і тоді скарги на дії виконавця фактично по закінченні виконавчого провадження не будуть адекватним способом захисту прав.

Відсутність в Законі України «Про виконавче провадження» норм, які б передбачали підстави визнання торгів не дійсними, не дають підстав для обмеження права заінтересованої особи обрати такий спосіб захисту прав, який передбачений цивільним законодавством, тим більш, що ст. 16 ЦК України визнання правочину недійсним визнається загальновідомим способом захисту прав без обмежень стосовно виду угоди.

Відтак довід про відсутність правових підстав для визнання продажу майна з публічних торгів недійсним навряд чи є переконливим, а посилання на наявність лише норм про визнання торгів такими, що не відбулися, не спростовує викладеного, тим більш, що за змістом визнання торгів такими, що не відбулися, означає відсутність умов для їх проведення, однак не охоплює випадку наявності таких вад в процедурі та процесі їх проведення, з якими пов'язується оспоруваність правочину.

Норма ч. 2 ст. 388 ЦК України, ст. 145 ЦК України 1963 р. про неможливість витребування майна, проданого в порядку, встановленому для виконання судових рішень, у добросовісного набувача, регулює відносини, що виникають у разі пред'явлення віндикаційного позову.

Витребування майна та реституція як способи захисту прав є різними і одночасно застосовуватися не можуть, а відтак вимоги про визнання правочину недійсним та реституція як їх наслідок не виключають можливості повернення майна власнику, оскільки таких обмежень не передбачено.

Підтвердженням викладеного є п. 10 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 р. № 9 «Про судову практику цивільних справ про визнання правочинів недійсними» за яким реституція як спосіб захисту цивільного права застосовується лише в разі наявності між сторонами укладеного договору і не може застосовуватися як підстава позову про повернення майна, переданого на виконання недійсного правочину, яке було відчужене третій особі [8].

Крім того, публічні торги можуть відбутися у випадку звернення стягнення на предмет іпотеки на підставі виконавчого напису нотаріуса, тобто не в порядку виконання рішення суду.

У разі виявлення порушень законодавства під час проведення торгів на виконання виконавчого напису, навряд чи можна скористатися ст. 388 ЦК України, оскільки її норми розраховані на випадок продажу у порядку, встановленому для виконання судових рішень.

Таким чином, незалежно від правових підстав проведення публічних торгів їх зміст як угоди залишається незмінним, що свідчить про нелогічність висновку про унеможливлення визнання їх недійсними через відсутність правових норм про це, а також перешкод, передбачених ст. 388 ЦК України, оскільки допускає різні праві підходи до одного й того ж правового явища.

Крім того, теза про неможливість витребування майна сприятиме зловживанням при здійсненні дій з реалізації майна, оскільки з часу укладення договору і набуття покупцем статусу власника майна відновлення прав інших осіб буде унеможливлене.

З огляду на викладене, доводи про неможливість витребування майна в повній мірі не є беззаперечними.

Іншою проблемою, яка виникає при вирішенні справ з приводу визнання торгів недійсними, є відсутність єдиного погляду на природу акту, який посвідчує укладання угоди, а відтак на відповідь потребує питання про те, який саме документ має бути визнано недійсним.

Специфіка набуття права власності в результаті придбання майна з прилюдних торгів полягає в тому, що як такий договір купівлі-продажу не посвідчується, а під час проведення торгів складається кілька документів. Так, відповідно до ст.62-2 Закону України «Про виконавче провадження» після повного розрахунку покупця за придбану нерухомість на підставі протоколу про реалізацію предмета іпотеки та документів, що підтверджують розрахунок за придбану нерухомість, державний виконавець складає акт про реалізацію предмета іпотеки. На підставі копії цього акта нотаріус видає покупцеві свідоцтво про придбання нерухомого майна.

Матеріали судової практики свідчать про те, що суди у деяких випадках за наслідками визнання торгів недійсними скасовують результати торгів, а у задоволенні вимог про визнання протоколу проведення торгів та акта недійсними відмовляють, виходячи з того, що такі документи не є актами нормативного характеру і не породжують прав та обов'язків для сторін, і лише фіксують факт проведення торгів [9].

На думку інших, саме протокол є тим документом, який оформлює результат прилюдних торгів, в якому зазначено сторони договору — організатора торгів як продавця та переможця торгів як покупця, а також його істотні умови — предмет договору та ціна, за яку він купується, тому саме він має визнаватися недійсним [10, 8].

Слід зазначити, що за змістом протокол відрізняється від акта тим, що порівняно із останнім містить дані про номер лота; його назву; стартову та продажну ціну майна; суму сплаченого гарантійного внеску; розмір винагороди спеціалізованої організації, яку покупець повинен додатково сплатити, та реквізити рахунку спеціалізованої організації для її сплати; пропозиції покупців; відомості про покупця, який запропонував у ході торгів найвищу ціну (переможець торгів). Тобто поряд із відомостями, які є суттєвими умовами договору, містить і такі, які до умов договору не відносяться.

Акт про торги містить саме ті відомості, які необхідні для з'ясування того, на яких умовах укладений договір, проте лише фіксує факт проведення торгів.

Свідоцтво про придбання майна з прилюдних торгів, яке видається нотаріусом, за своїм змістом не є правочином, оскільки лише посвідчує право на майно.

Таким чином, з огляду на зазначені обставини, найбільш ознакам договору відповідає саме протокол, як такий, що свідчить про згоду покупця на певних умовах придбати майно у власність. В той же час, внесення плати за придбане майно не збігається у часі із підписанням протоколу, та у разі невнесення суми покупки протягом встановленого часу, переможцем може бути визнано іншу особу (ст. 46 Закону України «Про іпотеку»).



Відтак виникає питання з приводу того, чи можна вважати договір укладеним до здійснення його оплати, в той час як неукладений договір не можна визнавати недійсним, що в кінцевому підсумку не дає можливості вважати тезу про протокол як документ, що засвідчує факт укладення угоди, беззаперечною.

Уявляється, що питання про це потребує врегулювання на законодавчому рівні, а до цього часу визнання торгів недійсними без зазначення визнання такими протоколу чи акту не буде суперечити способам захисту прав, тим більш, що у ст. 16 ЦК України немає їх вичерпного переліку.

Підбиваючи підсумки викладеному, можна дійти висновку про те, що правова природа продажу майна з публічних торгів дає підстави для визнання торгів недійсними за правилами визнання недійсними угод, зокрема на підставі ст. 48 ЦК України 1963 р., ст. ст. 203, 215 ЦК України як угоди, що не відповідає вимогам закону у разі невиконання вимог щодо процедури, порядку проведення торгів, передбачених відповідними нормами законодавства, і відсутність спеціальної норми про це у діючому законодавстві не є перешкодою для цього.

### Література

1. Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 24. — Ст. 207.
2. Офіційний вісник України. — 1999. — № 51.
3. Офіційний вісник України. — 1999. — № 44.
4. Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 38. — Ст. 313.
5. Цивільне право України : підручник : у 2 кн. / О. В. Дзера, Д. В. Боброва, А. С. Довгерт [та ін.]. — К. : Юрінком Інтер, 2002. — 640 с.
6. Митюков Л. К. «In diem addiktio», як приватний випадок продажу з публічного торгу. — К., 1904.
7. Рішення Верховного Суду України від 27.05.2009 по справі 6-23315св08 // Нормативні акти України. Інформаційно-пошукова система. — К. : Інформтехнологія, 2010 ; Ухвала Верховного Суду України від 22.07.2009 по справі № 6-23388св07 // Нормативні акти України. Інформаційно-пошукова система. — К. : Інформтехнологія, 2010.
8. Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними : постанова Пленуму Верховного Суду України від 6 листоп. 2009 р. № 9 // Вісник Верховного Суду України. — 2009. — № 12.
9. Постанова Київського апеляційного господарського суду від 06.08.2008 по справі №18/181 // Нормативні акти України. Інформаційно-пошукова система. — К. : Інформтехнологія, 2010 ; Ухвала Вищого адміністративного суду України від 01.12.2009 по справі № К-10352/08 // Нормативні акти України. Інформаційно-пошукова система. — К. : Інформтехнологія, 2010.
10. Романюк Я. М. Коментар постанови Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 року № 9 «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» / Я. М. Романюк. — К. : Істина, 2011. — 96 с.

### Анотація

**Сеєрова Є. С.** Проблемні питання визнання недійсними прилюдних торгів у судовому порядку. — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню правової природи договору купівлі-продажу нерухомого майна, який укладається внаслідок реалізації майна з прилюдних торгів, та визначенню кола проблемних питань, що виникають у процесі розгляду спорів щодо недійсності публічних торгів, запропоновані шляхи їх врегулювання. Обґрунтовано доводи про віднесення публічних торгів до різновидів договору купівлі-продажу та можливість визнання їх недійсними за правилами визнання недійсними угод, передбачених цивільним законодавством.

**Ключові слова:** договір купівлі-продажу, публічні торги, примусовий продаж майна, стягувач, боржник, добросовісний набувач, виндикаційний позов, реституція.

### Аннотация

**Северова Е. С. Проблемные вопросы признания недействительными публичных торгов в судебном порядке. — Статья.**

Статья посвящена исследованию правовой природы договора купли-продажи недвижимого имущества, который заключается вследствие реализации имущества с публичных торгов, и определению круга проблемных вопросов, возникающих в процессе рассмотрения споров по поводу признания торгов недействительными, предложены пути их урегулирования. Обоснованы доводы о необходимости отнесения публичных торгов к разновидностям договора купли-продажи, и возможность признания их недействительными по правилам признания недействительными сделок, предусмотренных гражданским законодательством.

**Ключевые слова:** договор купли-продажи, публичные торги, принудительная продажа имущества, взыскатель, должник, добросовестный приобретатель, виндикационный иск, реституция.

### Summary

**Severova E. S. Disputable Issues of Invalidation of Public Sale in Court. — Article.**

The article is dedicated to examination of legal nature of the immovable property purchase contract, that is concluded as a result of realization the property at public auction as well as to determining the range of problem issues that arise in disputes concerning the public auction invalidity. The ways of solving these problems are provided. Arguments on referring the public auction contracts to purchase contracts are grounded as well as the possibility for their invalidation under civil law rules provided for contracts invalidation.

**Keywords:** purchase contract, public auction, forced sale of property, plaintiff, debtor, bona fide purchaser, vindication claim, restitution.

Розділ 3

**РЕЧОВІ ТА ОСОБИСТІ ПРАВА ОСОБИ**



## ПРАВОВА ПРИРОДА ПРАВА НА СУДОВИЙ ЗАХИСТ

**Постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями.**

Суб'єкти цивільного права вступають у різноманітні цивільні правовідносини, в яких набувають майнові та немайнові права, несуть обов'язки. Звичайний розвиток цивільних відносин передбачає відсутність суперечок між його учасниками, проте у разі виникнення конфлікту інтересів постає проблема захисту порушених, невизнаних чи оспорюваних прав таких суб'єктів та порядку його реалізації. Вирішення таких питань має не тільки теоретичну цінність, але й являє практичний інтерес в аспекті правозастосовчої діяльності судів, на які законом покладено функції захисту прав суб'єктів, які його потребують, та передбачає, зокрема, дослідження умов та порядку реалізації права на захист самими суб'єктами, права яких порушені, не визнаються чи оспорюються.

**Метою статті є виявлення сутності права на судовий захист, співвідношення такої категорії з точки зору цивільного права та конституційного права України.**

**Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання цієї проблеми. Виклад основного матеріалу дослідження.**

Проблеми права на судовий захист та умови його реалізації були предметом дослідження таких науковців, як В. П. Грибанов, П. Ф. Елисейкін, Е. А. Мотовиловкер та ін. Серед останніх робіт, присвячених проблемі судового захисту, слід зазначити роботи Г. П. Тимченко, Ж. Л. Чорна, О. І. Антонюк та ін. Незважаючи на таку увагу науковців до проблематики, сутність права на судовий захист в конституційному та цивільно-правовому аспекті, їх співвідношення так і не були визначені однозначно, а комплексні дослідження виконані в умовах оновленого цивільного та цивільно-процесуального законодавства відсутні.

Право на судовий захист було предметом наукових розвідок багатьох вчених, які використовували різні підходи до визначення його суті. Дослідження права на судовий захист було здійснено П. Ф. Елисейкіним, який розглядав право на судовий захист як суб'єктивне та конституційне право [1]. У зв'язку з цим автор вважав, що право на судовий захист є можливістю вимагати звіт у своїй поведінці від іншого суб'єкта правовідносин, що відбувається в межах особливого охоронного за своєю природою правовідношення. У випадку звернення до уповноваженого юрисдикційного органу реалізується інше право — право на звернення до суду [2]. Іноді право на судовий захист прирівнюється до права на правосуддя або на судові рішення. Так, А. А. Добровольский вважає, що кожен громадянин має право на захист своїх інтересів, суб'єктивних прав, на правосудне рішення [3].

У загальному вигляді право на захист можна визначити як надану уповноваженій особі можливість застосування заходів правоохоронного характеру для відновлення її порушеного права або права, що оспорується [4]. На думку окремих учених, забезпеченість суб'єктивного права можливістю державного примусу є його невід'ємною якістю і така можливість існує не паралельно з іншими, закріпленими в суб'єктивному праві можливостями, а властива їм самим, тому що без цього вони не були б юридичними можливостями [5; 6].

Відповідно до традиційної концепції, право на захист є складовою частиною самого суб'єктивного права поряд із правом на власні дії, а також правом вимагати певної поведінки від зобов'язаних осіб [7; 8]. Такому розумінню права на захист протистоїть думка, відповідно до якої право на захист являє собою самостійне суб'єктивне право [9–12]. Права на захист у регулятивному правовідношенні не існує, воно виникає в момент порушення регулятивного суб'єктивного права і є елементом змісту нових — охоронних правовідносин. Іншим елементом змісту нових охоронних правовідносин є юридичний обов'язок боржника зазнавати заходів державно-примусового впливу. Таким чином, під захистом цивільних прав та інтересів прихильники цієї концепції розуміють такі дії державних та інших органів, які направлені на попередження порушень чи відновлення порушених прав або охоронюваних законом інтересів громадян та організацій [13], або запропоновано розглядати правовий захист як систему юридичних норм, спрямованих на запобігання правопорушенням та усунення їх наслідків [11, 8].

Немає сумнівів у тому, що право на звернення до компетентних державних або громадських органів за захистом порушеного права нерозривно пов'язано із суб'єктивним матеріальним правом принаймні у двох відносинах: по-перше, воно виникає лише з порушенням суб'єктивного цивільного права або коли це право оспорується іншими особами; по-друге, характер самої вимоги про захист права визначається характером порушеного матеріального права або права, що оспорується, зміст і призначення якого, в основному, визначає і спосіб його захисту. Тому з матеріально-правової точки зору немає перешкод до того, щоб розглядати право на захист у його матеріально-правовому аспекті як одну з правомочностей самого суб'єктивного цивільного права [14]. Втім навряд чи правильно зводити зміст права на захист у матеріально-правовому змісті тільки до можливості звернутися з вимогою про захист до компетентних органів. Право на захист у його матеріально-правовому значенні, тобто як одна з можливостей самого суб'єктивного цивільного права, являє собою можливість застосування по відношенню до правопорушника таких заходів примусового впливу [15]: по-перше, можливість уповноваженої особи використовувати дозволені законом засоби власного примусового впливу на правопорушника, захищати належне йому право власними діями фактичного порядку (самозахист цивільних прав); по-друге, можливість застосування безпосередньо самою уповноваженою особою юридичних заходів оперативного впливу на правопорушника, що іноді не зовсім точно називають оперативними санкціями; по-третє, можливість уповноваженої особи звернутися до компетентних державних або гро-

мадських органів з вимогою щодо спонукання зобов'язаної особи до певного виду поведінки [14]. Сюди належать: цивільно-правові санкції як міри цивільно-правової відповідальності; міри державно-примусового характеру як визнання права за тією чи іншою особою, розподіл спільного майна між власниками, повернення сторін у первісне становище унаслідок визнання правочину недійсним й т.п., що не можуть бути віднесені до цивільно-правових санкцій, тому що не пов'язані з покладанням на правопорушника цивільно-правової відповідальності [16].

Таким чином, у загальному вигляді сутність захисту права полягає в усуненні перешкод до його здійснення [17]. На думку Т. Є. Абової, захист права являє собою правозастосовчу діяльність уповноважених державних (громадських) органів, а також у випадках, передбачених законом, — уповноважених осіб, спрямовану на відновлення права, охорону інтересів, застосування заходів впливу, у тому числі, відповідальності до правопорушника [18].

Слід також зазначити про підхід до визначення права на судовий захист як категорії матеріального та процесуального права. Зокрема, деякі вчені вважають, що право на судовий захист — це інститут матеріального права, оскільки воно виникає при порушенні матеріальних прав або охоронюваних законом інтересів [19]. Існує й інша точка зору, яка зводиться до визначення права на судовий захист як категорії процесуального права [20; 21].

Деякі автори визначають право на судовий захист як одночасно інститут матеріального та процесуального права [22]. Такої точки зору дотримуються також С. Ю. Кац, який вбачає в праві на захист універсальний інститут процесуального і матеріального права [23], а також А. Н. Кожухарь, який зазначає, що інститут права на судовий захист має не тільки матеріальний, але й процесуальний зміст [24].

Окремо слід відзначити позицію В. П. Грибанова щодо права на судовий захист, який виділяв в праві на судовий захист три складові: 1) можливість звернення повноважної особи з вимогою про захист порушеного або оспорюваного права або охоронюваного законом інтересу до компетентного органу; 2) можливість користуватися всіма передбаченими законом правами і гарантіями в процесі розгляду цієї вимоги; 3) можливість оскарження у встановленому законом порядку рішення органу по справі, яке уявляється заявнику неправильним [25].

Конституція України визнає право кожного захищати свої права і свободи, права і свободи інших людей від посягань, у тому числі від посягань представників влади або посадових осіб [26; 27], яке найчастіше відбувається шляхом звернення до суду.

Стаття 15 Цивільного кодексу України [28] передбачає, що кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання. Кожна особа має право на захист свого інтересу, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства. В свою чергу ст. 16 ЦК України визначає способи захисту цивільних прав та інтересів, серед яких: 1) визнання права; 2) визнання правочину недійсним; 3) припинення дії, яка пору-

шує право; 4) відновлення становища, яке існувало до порушення; 5) примусове виконання обов'язку в натурі; 6) зміна правовідношення; 7) припинення правовідношення; 8) відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди; 9) відшкодування моральної (немайнової) шкоди; 10) визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб. Кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу. Суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, що встановлений договором або законом.

Конституційне право на судовий захист надано всім і кожному громадянину, що є наслідком визнання вагомості цього права. Право на судовий захист існує для будь-якої особи незалежно від участі в судовому розгляді по якій-небудь конкретній справі. Воно гарантує захист майнових і немайнових прав, надає можливість оскарження в суді дій і рішень посадових осіб, які порушують права громадян. Право на судовий захист містить комплекс правомочностей: право на звернення до суду [29] (порушення справи), на об'єктивне і справедливе ставлення суду, на винесення законного й обґрунтованого рішення, на виконання судового рішення (ст. 6 Європейської конвенції про права людини).

Це право входить у правовий статус особистості й надається для задоволення потреби в захисті прав і охоронюваних законом інтересів. Це право виникає із закону й перебуває в рамках конституційних правовідносин [30]. Право на захист в цивільному правовідношенні являє собою конкретне суб'єктивне право його учасника, яке реалізується в рамках встановленої юрисдикційної або неюрисдикційної форми на його розсуд.

Проведене дослідження дозволяє зробити такі **висновки**.

Право на судовий захист є комплексним поняттям, яке може бути визначене як гарантоване Конституцією України право на звернення до судових органів у разі порушення прав, законних інтересів чи свобод уповноваженої особи, яке конкретизується в матеріальних галузях права. Процесуальний аспект права на судовий захист включає встановлення процедури реалізації такого права та дозволяє визначити його як право на звернення до судових органів, на ініціацію судового процесу.

Усі інші проблеми, пов'язані з дослідженням ознак, сутності права на захист, зокрема в інших галузях матеріального чи процесуального права, дослідження його складових, що існують в теорії та практиці, виходять за межі цієї статті і становлять перспективні напрямки подальших наукових розвідок.

### *Література*

1. Елисейкин П. Ф. Право советских граждан на судебную защиту как право конституционное и субъективное, основные задачи исследования // Проблемы защиты субъективных прав и советское гражданское судопроизводство. — Ярославль, 1979. — Вып. 4. — С. 5.
2. Елисейкин П. Ф. Предмет судебной деятельности в советском гражданском процессе (его понятие, место и значение) : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / П. Ф. Елисейкин. — Л., 1974. — С. 11.



3. Добровольский А. А. Исковая форма защиты права / А. А. Добровольский. — М. : МГУ, 1965. — С. 119.
4. Гражданское право. Т. 1 / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — СПб., 1996. — С. 240.
5. Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность / С. Н. Братусь. — М., 1976. — С. 73–74.
6. Підпригора О. А. Цивільне право України. Правові основи підприємництва / О. А. Підпригора, В. О. Сумін, О. О. Підпригора. — К., 1994. — С. 31.
7. Советское гражданское право. В 2 ч. Ч. 1 / под ред. В. Ф. Маслова, А. А. Пушкина. — К. : Вища шк., 1983. — С. 24.
8. Гражданское право. В 2 т. Т. 1 / под ред. Е. А. Суханова. — Изд. 2-е. — М., 1998. — С. 409.
9. Елисейкин П. Ф. Правоохранительные нормы: понятие, виды, структура // Защита субъективных прав и гражданское судопроизводство. — Ярославль, 1977.
10. Крашенников Е. А. Структура субъективного права и право на защиту // Проблема защиты субъективных прав и советское гражданское судопроизводство. — Ярославль : ЯрГУ, 1979. — С. 81.
11. Дзера І. О. Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні / І. О. Дзера. — К., 2001.
12. Свердлык Г. А. Защита и самозащита гражданских прав / Г. А. Свердлык, Э. Л. Страунинг. — М. : Лекс-книга, 2002.
13. Бутнев В. В. К понятию механизма защиты субъективных прав // Субъективное право: проблемы осуществления и защиты. — Владивосток, 1989. — С. 50.
14. Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав / В. П. Грибанов. — М., 2000. — С. 105–106.
15. Харитонов Е. О. Гражданское право. Частное право. Цивилистика. Физические лица. Юридические лица. Вещное право. Обязательства. Виды договоров. Авторское право. Представительство : учеб. пособие / Е. О. Харитонов, Н. А. Саниахметова. — К. : А.С.К., 2002. — С. 230.
16. Магновский І. Й. Деякі питання щодо судового захисту прав і свобод людини та громадянина в Україні // Актуальні проблеми політики : зб. наук. пр. — О., 2002. — Вип. 13–14. — С. 119.
17. Гукасян Р. Е. Реализация конституционного права на судебную защиту // Процессуальные средства реализации конституционного права на судебную защиту и арбитражную защиту : межвуз. темат. сб. — Калинин : Калинин. гос. ун-в-тет, 1982. — С. 6.
18. Абова Т. Е. Охрана хозяйственных прав предприятий / Т. Е. Абова. — М., 1975. — С. 95.
19. Осипов Ю. Защита прав личности в социалистическом гражданском процессе / Ю. Осипов, В. Ярков // Советская юстиция. — 1986. — № 21. — С. 102.
20. Выхут М. А. Природа права на судебную защиту и гражданское судопроизводство // Теория и практика права на судебную защиту и её реализацию в гражданском процессе. — Саратов : СГУ, 1991. — С. 65.
21. Воробьев М. К. О природе иска и роли его в защите гражданских прав // Проблемы защиты субъективных прав и советское гражданское судопроизводство. — Ярославль : ЯрГУ, 1978. — Вып. 3. — С. 134.
22. Машутина Ж. Н. Судебная защита и соотношение материального и процессуального : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Ж. Н. Машутина. — Томск, 1972. — С. 2–3.
23. Кац С. Ю. Конституционное право граждан на судебную защиту // Проблемы социалистической законности на современном этапе коммунистического строительства. — Х. : Харьк. юрид. ин-т, 1978. — С. 135.
24. Кожухарь А. Н. К вопросу о понятии защиты гражданских прав и право на судебную защиту // Вопросы развития теории гражданского процессуального права. — М. : Юрид. лит., 1981. — С. 25.
25. Грибанов В. П. Право на защиту как одно из правомочий субъективного гражданского права // Вестник МГУ. Право. — 1968. — № 3. — С. 19.
26. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
27. Рішення Конституційного Суду України від 25 листопада 1997 р. у справі за конституційним зверненням громадянки Дзюби Галини Павлівни щодо офіційного тлумачення частини другої статті 55 Конституції України та статті 248-2 Цивільного процесуального кодексу України (справа громадянки Дзюби Г.П. щодо права на оскарження в суді неправомірних дій посадової особи) // Інформаційно-пошукова система «Нормативні акти України». — АТ «Інформ-технологія». — К., 2004.

28. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січ. 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 11. — Ст. 461.
29. Чечина Н. А. Основные направления развития науки советского гражданского права / Н. А. Чечина. — Л., 1987. — С. 45.
30. Тимченко Г. П. Способи та процесуальні форми захисту цивільних прав : дис. ... канд. юрид. наук / Г. П. Тимченко. — Х., 2002. — С. 126–127.

### Анотація

*Сидоренко М. В. Правова природа права на судовий захист. — Стаття.*

Стаття присвячена дослідженню права на судовий захист як конституційного, так і цивільного права. На підставі аналізу положень Конституції України, загальнотеоретичних положень цивільного права визначена правова природа, характерні риси судового захисту як певної правової можливості особи, чий права, законні інтереси або свободи порушені, невизнані чи оспорюються.

*Ключові слова:* право на захист, конституційне право, цивільно-правовий захист.

### Аннотация

*Сидоренко М. В. Правовая природа права на судебную защиту. — Статья.*

Статья посвящена исследованию права на судебную защиту как конституционного, так и гражданского права. На основании анализа положений Конституции Украины, общетеоретических положений гражданского права определены правовая природа, характерные черты судебной защиты как определенной правовой возможности лица, чьи права, законные интересы или свободы нарушены, непризнаны или оспариваются.

*Ключевые слова:* право на защиту, конституционное право, гражданско-правовая защита.

### Summary

*Sidorenko M. The Legal Nature of Access to Courts. — Article.*

This scientific article is devoted to the research of access to courts as a constitutional and civil rights. Based on the analysis of the provisions of the Constitution of Ukraine, the general theoretical ideas of the civil rights it was determined the legal nature, the characteristics of judicial remedies as a definite legal possibility of persons whose rights and legitimate interests or freedoms are violated, unrecognized or disputed.

*Keywords:* access to courts, constitutional rights, legitimate interests, breach, controversy.

УДК 347.121.1

*Д. В. Бойчук*

## ПРАВО ОСОБИ НА ЖИТТЯ В СИСТЕМІ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ

Конституція України закріплює положення, відповідно до якого людина, її життя і здоров'я, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю (ст. 3). Обов'язок держави — захищати життя людини.

ЦК України ст. 281 «Право на життя» закріплює невід'ємне право на життя кожної фізичної особи [1]. Відповідно до ч. 2 цієї статті особа не може бути позбавлена життя і має право його захищати від протиправних посягань будь-якими засобами, не забороненими законом [2, 278].

© Д. В. Бойчук, 2011

Проблема визначення початку життя людини, тобто моменту, після якого вона набуває права на життя і його охорону, досить важлива з багатьох причин, у тому числі й пов'язаних з медичною діяльністю. Виникнення права на життя людини має не тільки теоретичне значення, від розв'язання цієї проблеми залежать питання правоздатності, визначення правової природи абортів і ряд інших. Комплексний аналіз юридичної і медичної літератури дозволяє виділити три підходи до визначення початку життя людини, відповідно до яких право на життя у людини виникає: з народження; з моменту зачаття; у різний термін внутрішньоутробного розвитку.

Кожна з представлених позицій має своїх прихильників й опонентів. З метою об'єктивізації сприйняття цього питання у контексті медичного права висвітлюємо позиції, що висуваються на захист того або іншого підходу до визначення початку життя людини.

Обґрунтування на користь першого положення (право людини на життя виникає з моменту народження) полягає у тому, що:

1. Стаття 269 Цивільного кодексу України визначає, що особисті немайнові права належать кожній фізичній особі від народження або за законом.

2. До народження, у різні стадії свого внутрішньоутробного розвитку, людина є частиною матері, в утробі якої вона знаходиться.

3. Суб'єктом права на життя, так само як й інших прав, може бути тільки народжена людина, оскільки реалізація прав і обов'язків можлива тільки реально існуючою, народженою людиною [1].

Серед вітчизняних фахівців у галузі особистих немайнових прав громадян О. Дзерою, Н. Кузнецовою, Р. Стефанчуком, Є. Мічуріним пануючою та слушною є думка, що незважаючи на те, що зачата дитина в майбутньому може стати суб'єктом права, навряд чи варто розглядати її як носія правоздатності й суб'єктивних прав ще до народження. Суб'єктивні права можуть виникнути лише у реально існуючого суб'єкта [3, 45; 4, 102].

Наступна точка зору — момент зачаття як еквівалент початку життя людини і, відповідно, початку права на життя. Серед основних доводів на захист цього положення зазначимо такі:

Релігійна культура, яка свідчить про повагу до людського життя з моменту зачаття, що обумовлює заборону штучного переривання вагітності (абортів), незалежно від термінів вагітності.

Нормативно-правові акти, що містять положення, які опосередковано свідчать про наявність певних прав у зачатій істоти — майбутньої людини.

Важливо зазначити, що з погляду православної культури право на життя у людини виникає з моменту зачаття, тобто з моменту запліднення сперматозоїдом яйцеклітини. З багатьох церковних визначень, що мають як історичне, так і релігійне значення, можна виокремити такі: «Той, хто буде людиною, вже людина» (Тертуліан, II III ст.ст.), або: «У нас немає розмежування плоду, який утворився і ще не утвореного» (св. Василій Великий, IV ст.). Мабуть саме з цієї причини християнська релігія виступає проти правомірності абортів, сприймаючи їх як убивство. І. В. Силуянова, зокрема, зазначає, що протягом

всього внутрішньоутробного розвитку новий людський організм не може вважатися частиною тіла матері, що є непрямим свідченням поваги до життя і права на життя майбутньої людини з моменту її зачаття [5].

Цивільний кодекс України у ст. 1261 передбачає, що до першої черги спадкоємців за законом належать, крім інших, зачаті за життя спадкодавця та народжені після його смерті діти [1]. Це деякою мірою може бути розглянуто як закріплення за зачатими, але ще не народженими фізичними особами певних прав, реалізувати які вони зможуть після народження.

Цікавим є положення щодо проблеми визначення початку права на життя у Франції. У реферативному огляді, присвяченому актуальним проблемам французького медичного права, зазначається, що Конституційна рада Франції «не висловила прямо про право на життя ембріона, хоча підкреслила значення законодавчих гарантій зачаття, імплантації, збереження ембріонів, особливих умов, коли можливе переривання вагітності».

Розглядаючи різні терміни внутрішньоутробного розвитку як початку життя і виникнення у зв'язку з цим права на життя, можна виділити такі чинники, що обґрунтовують дану точку зору: 1. Медичні критерії, відповідно до яких життєздатними вважаються навіть особи, що народилися раніше середньостатистичних термінів вагітності з масою тіла набагато нижчою за норму. 2. Нормативно-правові акти, що містять положення, які опосередковано свідчать про наявність певних прав у плода в різний термін внутрішньоутробного розвитку.

Сучасні медичні технології дозволяють диференціювати певні фізіологічні прояви в плода. При цьому є можливим визначати ті або інші захворювання, а також прояв діяльності органів і тканин майбутньої людини. Велике значення таких відкриттів у сфері охорони здоров'я, на жаль, не супроводжується посиленням їхнього значення через правову регламентацію, оскільки в законодавстві немає чіткого визначення початку життя людини і, відповідно, однозначно вираженого виникнення права на життя.

У преамбулі Декларації прав дитини 1959 р. зазначено, що «дитина, через її фізичну і розумову незрілість, має потребу в спеціальній охороні і турботі, включаючи належний правовий захист, як до, так і після народження...» [6]. Існує точка зору, що ембріон є живою істотою і знаходиться під захистом моральних норм і закону, починаючи з появи в нього так званої первинної смужки (зародку нервової системи), приблизно з 14 дня після зачаття. Інші дослідники, що займаються вивченням питань, пов'язаних з правом на життя, підтримують положення про виникнення такого права в людини у внутрішньоутробному стані та називають інші терміни початку життя у плода. Тут йдеться про перше серцебиття, про реєстрацію електрофізіологічної активності мозку, про реакції на больові подразники, про формування органів і систем, про медичні критерії доношеності, живонародження тощо.

Згідно з п. 1.2 Інструкції з визначення критеріїв перинатального періоду, живонародженості та мертвонародженості, Порядком реєстрації живонароджених і мертвонароджених, затвердженої Наказом МОЗ України (далі —

Інструкція) **живонародження** — це вигнання або вилучення з організму матері плода, який після вигнання/вилучення (незалежно від тривалості вагітності, від того, чи перерізана пуповина і чи відшарувалась плацента) дихає або має будь-які інші ознаки життя, такі як серцебиття, пульсація пуповини, певні рухи скелетних м'язів [7]. Плодом вважається внутрішньоутробний продукт зачаття, починаючи з повного 12-го тижня вагітності (з 84 доби від першого дня останнього нормального менструального циклу) до вигнання/вилучення з організму матері (п. 1.4) [7].

Згідно з п. 2.5 Інструкції під новонародженим розуміють живонароджену дитину, яка народилася або вилучена з організму матері після повного 22-го тижня вагітності (з 154 доби від першого дня останнього нормального менструального циклу). Відповідно до Критеріїв перинатального періоду, живонародженості та мертвнонародженості (п. 2) таким, що народився живим, є новонароджений, у якого наявна хоча б одна з таких ознак: дихання; серцебиття; пульсація судин пуповини; рухи скелетних м'язів [7].

Двоїста природа статусу ембріона, пов'язана з тим, що ембріон — тільки початок життя, але він не має правоздатності, позначається і на його правовому статусі. Використання ембріональних (фетальних) тканин у косметології і фармації, що супроводжується сприйняттям жінок як постачальників унікальної біологічної сировини, повинно, без сумніву, бути засуджено. Тут доречним є комплексний підхід, відповідно до якого необхідно здійснювати пропаганду гігієнічних знань щодо фізіології жіночого організму, наслідків штучного переривання вагітності, актуальності турботи про здоров'я жінок та ін. [8].

З погляду сучасного розвитку медичного права, враховуючи формально-юридичну ознаку, найбільш виправданою виглядає позиція, за якої, відповідно до існуючих положень законодавства, виникнення права на життя людини (поряд з іншими основними правами і свободами) буде пов'язано з моментом народження, оскільки дане право, як і будь-які інші права, можуть виникати лише в реально існуючій людини. Знання ж особами, що вивчають медичне право, доводів на користь інших точок зору (виникнення права на життя з моменту зачаття, у різний термін внутрішньоутробного розвитку) необхідно як для формування цілісної картини, так і для адекватного сприйняття всіх явищ, які тією чи іншою мірою стосуються зазначеної проблеми. Запобігання ж незаконному обороту фетальних тканин, а також неприпустимість використання жіночого організму як конвеєра для виробництва зародків, повинно досягатися шляхом створення системи юридичних гарантій, а не законодавчою зміною і закріпленням моменту початку права людини на життя. Важливо зазначити, що ці завдання знаходяться у площині соціальної діяльності держави, що включає також і матеріальне, медичне забезпечення молодих сімей, з метою підвищення мотивації для зачаття і народження дітей [9, 69].

Традиційно право на життя розумілося як право на збереження життя і трактувалося перш за все як відмова від війни і участі в ній, відмова від смертної кари, встановлення порядку застосування зброї і перебування її у цивільному обігу.

Зміст права на життя різниться у різних державах. Для держав, де смертна кара як засіб покарання скасована, право на життя означає, що жодна людина за будь-які вчинки не може бути позбавлена життя навіть державою, тобто йдеться про так зване абсолютне право на життя. У тих державах, де існують різні режими збереження смертної кари (застосування смертної кари, застосування смертної кари як виняток, відмова від застосування смертної кари на практиці), під правом на життя розуміється те, що жодна людина не може бути позбавлена життя свавільно, без відповідної правової процедури. Це так зване відносне право на життя.

Зміст наведеної ст. 27 Конституції України свідчить, на думку фахівців конституційного права, про те, що в Україні діє принцип не абсолютного, а відносного права на життя: «Ніхто не може бути свавільно позбавлений життя» [10]. У ЦК України, як можна зрозуміти із тексту ст. 281, йдеться про абсолютне право на життя: «Фізична особа не може бути позбавлена життя».

Складним і дискусійним завжди було саме поняття життя. Можна сказати, що життя — це фізичне, духовне та соціальне функціонування людини як комплексного біосоціального організму. Життя є триваючим процесом, а тому важливе значення має визначення моменту появи життя і моменту його припинення. Для права ці проблеми пов'язані із визначенням юридично значимих фактів та їх правовими наслідками.

Зазнавав критики в юридичній літературі і сам вислів «право на життя». Так, на думку З. Ромовської, назва «**право на життя**» є неточною. Більш правильним було б називати це право правом на недоторканність життя, «оскільки лише шляхом порушення права на тілесну недоторканність людина може позбутися життя». «Право на життя природне право будь-якої людини», стверджує З. Ромовська і вказує на те, що це право безспірно існує. Більш того, людина не може ним скористатися на свій розсуд: покликаний у світ вольовим покликом природи і знову-таки поза своєю волею він і залишає його [11, 71].

Однак активне життя, яке відбувається між народженням і смертю, наповнене безперервним здійсненням людиною своїх прав та обов'язків. І в основу них покладено право кожної людини залишити після себе нащадків, які беруть на себе естафету буття. У цьому абсолютному праві закладено майбутнє право на життя в нащадках. Воно відображає вищий зміст життя і охороняється всією силою моралі, норм закону, системою примусу та заохочення. І саме завдяки праву на життя у правовій державі, де в повній мірі діють закони громадянського суспільства, права та законні інтереси громадян є пріоритетними між всіма іншими.

У літературі висловлюється й інша точка зору. Право — це свобода окремих індивідів творити свою волю [12, 243]. Воно реалізується внаслідок укладення угоди або договору. Вольовий акт передує угоді, праву. Однак життя індивіда існує незалежно від його волевиявлення. Тому вираз «право на життя» не належить до правової сфери. Це чисто літературний термін.

В сучасному розумінні право на життя розглядається як особисте немаймо-

ве право фізичної особи, що виникає з приводу особистого нематеріального блага, яким є життя кожної людини.

Цивільний кодекс допускає право фізичної особи на самозахист свого життя і захист життя іншої фізичної особи в умовах протиправного посягання. Такі міри самозахисту не повинні суперечити закону. Не підлягає відшкодуванню шкода, заподіяна в стані необхідної оборони, якщо при цьому не були перевищені її межі. У цивільному праві необхідна оборона можлива проти посягання, яке не є злочином.

Наука насамперед повинна поважати людське життя. Етичні і юридичні межі наукових медичних досліджень на людині визначені Основами законодавства України про охорону здоров'я. Відповідно до цього закону застосування медико-біологічних експериментів на людях допускається із суспільно корисною метою і за умови їхньої наукової обґрунтованості, переваги можливого успіху над ризиком заподіяння важких наслідків для здоров'я і життя, гласності застосування експерименту, повної інформованості і добровільної згоди особи, яка підлягає експерименту, щодо вимог його застосування, а також за умови збереження в необхідних випадках лікарської таємниці. Незаконне проведення дослідів на людині карається відповідно до норм Кримінального кодексу України (ст. 142 КК) [2, 263]. Забороняється проведення науково-дослідного експерименту на хворих, ув'язнених або військовополонених, а також експерименти на людях, захворювання яких не має безпосереднього зв'язку з метою дослідження. Таким чином, наукове дослідження може мати місце тоді, коли в жертву не приноситься основне призначення лікарні — лікування хворих. Серед медичних, наукових і інших досліджень розрізняються медичні дослідження, що поєднані з наданням медичної допомоги — клінічні дослідження, що також провадяться за згодою хворого з метою використання нових діагностичних і лікувальних методів, якщо це дає надію на порятунок життя і відновлення здоров'я. Медико-біологічні дослідження на людях, які не переслідують лікувальні цілі (неклінічні медико-біологічні дослідження), можуть проводитися тільки на здорових добровольцях з їхньої згоди. Клінічне спостереження як різновид дослідження являє собою пасивну форму дослідницької роботи і не вимагає одержання спеціальної згоди громадянина, оскільки воно передбачається самим фактом звернення за медичною допомогою.

Закон не заперечує права громадянина самостійно розпорядитися своїм правом на припинення життя. Однак ні лікар, ані інші особи не вправі робити будь-які дії, спрямовані на припинення життя такого громадянина. Коли стан хворого не залишає сумніву в безнадійності лікування, виникає юридична і морально-етична проблема полегшення передсмертних страждань людини. Однак медична технологія, що дозволяє «подовжити» життя безнадійно хворих, може і не застосовуватися у випадку відмови хворого (чи його законних представників) від такого лікування, спрямованого на підтримання життя. Таку відмову не слід плутати з відмовою від боротьби за життя людини, коли є перспектива його збереження — пасивною евтаназією\*. Якщо ж для прискорення чи

полегшення смерті хворої людини застосовуються які-небудь дії, у тому числі із застосуванням ліків, можна говорити про активну евтаназію.

4. Застосування методів стерилізації може здійснюватися за бажанням чи добровільною згодою пацієнта в акредитованих установах охорони здоров'я за медичними показниками, що встановлюються Міністерством охорони здоров'я України. Операція штучного переривання вагітності (аборт) припустима за бажанням жінки в спеціально акредитованих установах охорони здоров'я за умови вагітності терміном не більш як 12 тижнів. Аборт при вагітності від 12 до 28 тижнів за соціальними і медичними показаннями може бути зроблений в окремих випадках і в порядку, установленому Кабінетом Міністрів України.

Ці питання регулюються Основами законодавства України про охорону здоров'я від 19 листопада 1992 р., Постановою Кабінету Міністрів України «Про порядок штучного переривання вагітності від 12 до 28 тижнів» від 12 листопада 1993 р., Інструкцією про порядок проведення операції штучного переривання вагітності, затвердженою наказом міністра охорони здоров'я від 28 червня 1994 р., Інструкцією про порядок проведення операції штучного переривання вагітності ранніх термінів методом вакуум-аспірації, затвердженої наказом Міністра охорони здоров'я від 28 червня 1994 р., та ін.

Застосування штучного запліднення і імплантації ембріона здійснюється відповідно до порядку, встановленого наказом міністра охорони здоров'я від 4 лютого 1997 р. про умови і порядок застосування штучного запліднення й імплантації ембріона (ембріонів). Застосування такого штучного запліднення й імплантація ембріона провадиться тільки за згодою дієздатної жінки за умови згоди подружжя, забезпечення анонімності донора і збереження лікарської таємниці. Правом на застосування штучного запліднення й імплантації ембріона користується тільки повнолітня жінка. Разом з тим максимальний вік жінки, якій здійснюється штучне запліднення, обмежений 40 роками. Подружжя мають право на інформацію про результати медико-генетичного обстеження донора, його зовнішніх даних, національності, разом з тим забезпечується анонімність донора. Вимоги, яким повинен відповідати донор, також установлені зазначеним нормативним актом [13].

В багатьох державах право на життя розглядається як підстава для зборони абортів, наша держава дозволяє штучне переривання вагітності, якщо вона не перевищує дванадцяти тижнів за бажанням жінки.

Окрім цивільно-правових гарантій захисту права на життя це право забезпечується низкою норм Кримінального кодексу України (передбачено кримінальну відповідальність за вбивство, доведення до самогубства, незаконне проведення дослідів над людиною).

Закріплюється таке особисте немайнове право як право на усунення небезпеки, яка загрожує життю та здоров'я. Відповідно до ст. 281 ЦК України фізична особа має право вимагати усунення небезпеки, створеної внаслідок підприємницької або іншої діяльності, яка загрожує життю та здоров'ю.

Змістом цього права є повноваження, за якими особа має право вимагати



усунення цієї небезпеки особа має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати вказане особисте немайнове право.

### Примітка

- \* Евтаназія (грец. *eu* — добре + грец. *thanatos* — смерть) — практика припинення (або скорочення) лікарем життя людини (чи тварини), яка страждає невиліковним захворюванням, відчуває нестерпні страждання, на задоволення прохання хворого в безболісній або мінімально болісній формі з метою припинення страждань.

### Література

1. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року // *Голос України*. — 2003. — № 47–48.
2. Цивільний кодекс України : наук.-практ. комент. — Вид. 3-тє, переробл. та допов. — Х. : ТОВ «ОДИСЕЙ», 2006. — 1200 с.
3. Стефанчук Р. О. Поняття і види особистих немайнових прав // *Цивільне право України : підручник* : у 3 кн. / за ред. Є. О. Харитонов, А. І. Дрішлюка. — О. : Юрид. д-ра, 2005. — Кн. 1.
4. Цивільне право України : підручник. У 2 кн. Кн. 1 / О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт [та ін.] ; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — 2-ге вид., допов. і переробл. — К. : Юрінком Інтер 2004. — 736 с.
5. Міжнародний кодекс медичної етики : прийнятий 3-ю Генеральною асамблеєю ВМА 1949 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://ua.pravo.net/akty/postanova-main/akt8pqdx0b.htm>.
6. Декларація прав дитини від 20 листопада 1959 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/>.
7. Інструкції з визначення критеріїв перинатального періоду, живонародженості та мертвонародженості, порядку реєстрації живонароджених і мертвонароджених, затверджені Наказом МОЗ України від 29.03.2006 р. № 179.
8. Стеценко С. Г. Медичне право України [Електронний ресурс] / С. Г. Стеценко. — Режим доступу : [http://pidruchniki.com.ua/15840720/pravo/medichne\\_pravo\\_ukrayini\\_-\\_stetsenko\\_sg](http://pidruchniki.com.ua/15840720/pravo/medichne_pravo_ukrayini_-_stetsenko_sg).
9. Цивільне право України. Загальна частина : підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. — 3-тє, переробл. і допов. — К. : Юрінком Інтер, 2010. — 976 с.
10. Конституція України : Закон України від 28 черв. 1996 р. // *Відомості Верховної Ради України*. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
11. Ромовська З. Українське цивільне право. Загальна частина. Академічний курс : підручник / З. Ромовська. — К. : Атіка, 2005. — 560 с.
12. Філософський енциклопедичний словник / редкол.: Є. К. Бистрицький, М. О. Булатов [та ін.]. — К. : Ін-т філософії ім. Г. Сковороди, 2002. — 742 с.
13. Науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України / за ред. Є. О. Харитонов. — 2007. — Ст. 1–690. — Глава 21. Особисті немайнові права, що забезпечують природне існування фізичної особи : ст. 281–293.

### Анотація

**Бойчук Д. В.** Право особи на життя в системі особистих немайнових прав: проблеми теорії і практики. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду питання про виділення немайнових прав кожної людини. Їх гарантії складають зміст і спрямованість діяльності держави.

**Ключові слова:** немайнові права особи у цивільному праві; евтаназія; штучне переривання вагітності; живонароджені.

### Аннотация

**Бойчук Д. В.** Право личности на жизнь в системе личных неимущественных прав: проблемы теории и практики. — Статья.

Статья посвящена рассмотрению вопроса о выделении неимущественных прав каждого человека. Их гарантии составляют содержание и направленность деятельности государства.

**Ключевые слова:** неимущественные права личности в гражданском праве; евтаназия; искусственное прерывание беременности; живорожденные.

### Summary

**Boychuk D. V. Right for Personality on Life in the System of the Personal Unproperty Rights: Problems of Theory and Practice. — Article.**

The article is devoted consideration of question about the selection of unproperty every human right. Their guarantees are made by maintenance and orientation of activity of the state.

**Keywords:** unproperty rights for personality are in a civil law; euthanasia; artificial breaking of pregnancy; live-born.

УДК 347.44(477)

*Н. В. Вороніна*

### ДО ПОНЯТТЯ ЗНАХІДКИ ЯК БЕЗХАЗЯЙНОЇ РЕЧІ

Поняття знахідки можна визначати з різних поглядів.

Знахідка як юридичний факт — це виявлення речі, що вибула з володіння власника або іншої уповноваженої на володіння особи попри їхню волю [1, 519].

Формулювання ст. 337 ЦК України дає змогу стверджувати, що законодавець вживає термін «знахідка» у розумінні юридичного факту. Так, у вказаній статті йдеться про те, що «особа, яка знайшла загублену річ, зобов'язана негайно повідомити про це особу, яка її загубила, або власника речі і повернути знайдену річ цій особі». Таким чином, робиться наголос на вчиненні певної активної дії.

Крім виявлення особа, що знайшла річ, вчиняє також іншу активну дію — здійснює заволодіння річчю, тобто встановлює фактичне панування над річчю, звертає річ у сферу свого господарчого відання.

Стаття 338 ЦК України, що має назву «Набуття права власності на знахідку», має на увазі під терміном «знахідка» річ, яку власник або інший володар загубив, а інша особа — знайшла.

Можливе також і третє розуміння знахідки — сама процедура набуття речі, власник якої невідомий. Саме так розглядається знахідка у підручниках з цивільного права.

Отже, під знахідкою можна розуміти:

- 1) саме ту річ, яка була знайдена;
- 2) виявлення загубленої речі — юридичний факт — вчинок;
- 3) фактичне заволодіння річчю як односторонній набувальний акт (юридичний факт) — окупація (заволодіння);
- 4) юридичний склад, який лежить в основі виникнення права власності у особи — заволодіння, набуття права власності через 6 місяців з моменту знайдення речі при дотриманні вимог ст. 338 ЦК України.

У даній статті ми розглянемо знахідку саме як річ, без якої взагалі неможливий відповідний спосіб набуття права власності.

Предмет знахідки є безхазяйною річчю, хоч деякі автори відокремлюють

знахідку від безхазяйного рухомого майна, розуміючи під ним тільки кинуті речі [2, 318].

Більшість авторів відмічають, що у групу безхазяйних речей поєднуються: кинуті власником речі, знахідки, бездоглядні тварини, скарби [3, 241].

Однак деякі автори в поняття «безхазяйне майно» не включають знахідку, бездоглядних тварин і скарб [4, 353]. Так, М. Г. Масевич вважає, що знахідка не є безхазяйною річчю [5, 173].

Відповідно до ч. 3 ст. 335 «безхазяйні рухомі речі можуть набуватися у власність за набувальною давністю, крім випадків, встановлених статтями 336, 338, 341 і 343 цього Кодексу».

Таким чином, законодавець чітко вказав, що безхазяйні речі набуваються у власність за загальним правилом, за набувальною давністю, якщо не підпадають під правила про відмову власника від речі, знахідку, знайдених бездоглядних тварин чи скарбу.

Необхідно зазначити, що згідно з діючим законодавством України під терміном «безхазяйна річ» розуміється таке: річ, яка не має власника або власник якої невідомий (ч. 1 ст. 335 ЦК України).

Найменування речі «безхазяйною» не обов'язково означає, що вона не має власника. Як правило, власник у безхазяйної речі є, але або його особистість не може бути встановлена зацікавленими особами, або цей власник своїми діями недвозначно демонструє бажання перестати бути таким. Можуть не мати власника тільки безхазяйні речі, що входять до складу скарбу — закон визнає можливість існування скарбів, на які власник втратив право в силу дії обставин, зазначених у законі [6].

На думку деяких вчених, річ, власник якої невідомий, не може автоматично вважатися безхазяйною. Такі речі на підставі закону міняють попереднього власника на нового у відповідності до правил про знахідку, про бездоглядних тварин, скарб. До цього попередній власник зберігає право власності на цю річ і вправі вимагати її повернення від незаконних власників. Виняток становлять речі, які власник не може зажадати від фактичного власника через те, що останній є добросовісним набувачем (ст. 388 ЦК України) або власник не знає, де перебуває його річ, або втратив право на повернення речі за спливом строку давності. У всіх цих випадках річ уже перебуває у фактичному володінні й не може бути законно привласнена іншими особами [5, 175].

Хоч теза про те, що попередній власник зберігає право власності на цю річ і вправі вимагати її повернення від незаконних власників, є вірною, однак це не є обґрунтуванням того, що знахідка, скарб не є безхазяйним майном, за підставами, що були названі вище, крім того вимагати повернення речі власник може тільки у 6-місясний строк від дня знайдення речі.

Різниця між категоріями «майно, яке не має власника» і «майно, власник якого невідомий» має практичне значення при визначенні моменту виникнення права власності у набувача, а також у випадках явки попереднього власника після того, як це майно було надбано у власність іншою особою після визнання його безхазяйним. Категорія «майно, власник якого невідомий» передбачає існу-

вання особи, яка має право власності на цю річ. Набути право власності на таке майно можливо тільки по закінченні терміну, який встановлений в законодавстві для пошуку попереднього власника. Категорія «майно, яке не має власника», виключає будь-які домагання на майно з боку колишнього власника. Право власності на таке майно встановлюється з моменту його виявлення [7, 198].

Однак визначення у ст. 335 ЦК України безхазяйної речі вимагає уточнення. Стаття, як уже зазначалося, відноситься до безхазяйних речей: а) які не мають власника; б) власник яких невідомий. При цьому далі, у ч. 3 цієї ж статті, до безхазяйних віднесені речі, від права власності на які власник відмовився.

На нашу думку, відповідна стаття має бути уточнена таким чином: безхазяйною є річ, яка не має власника, власник якої невідомий або від права власності на яку власник відмовився.

При цьому треба враховувати, що річ може не мати власника, як, наприклад, майно померлої особи до прийняття спадщини, але воно не вважається безхазяйним. Не можна вважати безхазяйними речі, які споконвічно нікому не належали й не можуть бути об'єктами права власності — майно публічного права, призначене для суспільного користування, речі, вилучені з обороту [5, 174].

Поняття безхазяйної речі має практичне значення для випадків, коли за законом ці речі можуть шляхом заволодіння бути звернені у власність будь-яких осіб. Якщо власником землі, інших природних ресурсів не є фізичні особи, юридичні особи, територіальна громада, вони визнаються державною власністю, що виключає віднесення їх до безхазяйного майна.

Плоди, у тому числі природні, теж мають власника. У відповідності до ст. 189 ЦК України плоди, продукція, доходи належать законному власникові майна.

Річ не є безхазяйною, якщо її власник відомий, але з певних причин відсутній (наприклад, перебуває з метою уникнення покарання).

З огляду на це речі, власник яких відомий, але водночас немає відомостей про його місце перебування, а також майно, яким користуються члени родини власника чи яким управляють інші особи за дорученням власника, безхазяйним визнано бути не може. Так само не може вважатися безхазяйним майно фізичної особи, яку судом визнано безвісно відсутньою чи померлою — адже відповідно до ст. 44 ЦК над майном безвісно відсутньої особи встановлюється опіка, а майно фізичної особи, яку було визнано померлою, переходить у власність інших осіб у порядку спадкування, оскільки згідно з ч. 1 ст. 47 ЦК правові наслідки оголошення фізичної особи померлою прирівнюються до правових наслідків, які настають у разі смерті особи.

Безхазяйність речі проявляється в її безсуб'єктності, неволодінні нею в юридичному змісті. При цьому фактична приналежність речі проявляється у володінні, яке допускається законом, що тягне правові наслідки: набуття речового права на майно або задоволення за зобов'язально-правовою вимогою.

Фактами, які свідчать про безхазяйність речі, можуть бути: неможливість виявити власника при вилученні у злочинців викраденого майна; в разі сти-

хійного лиха; при втраті права на майно у зв'язку зі спливом позовної давності для його витребування тощо.

Набути право власності на безхазяйне майно можуть як фізичні і юридичні особи, так і публічно-правові утворення.

Розпорядження окремими видами майна, що може перейти у власність держави, здійснюється цілою системою державних органів та структур, до яких належать:

- Державна податкова служба України, яка проводить роботу щодо управління організації виявлення і розпорядження безхазяйним майном;
- Державна митна служба України здійснює «конфіскацію товарів безпосередніх предметів порушення митних правил, товарів із спеціально виготовленими сховищами (тайниками), що використовувалися для приховування безпосередніх предметів порушення митних правил від митного контролю, транспортних засобів, що використовувалися для переміщення безпосередніх предметів порушення митних правил через митний кордон України (ст. 405 Митного кодексу України [8]);
- Міністерство внутрішніх справ України у разі, «якщо особа, яка має право вимагати повернення загубленої речі, або місце її перебування невідомі, особа, яка знайшла загублену річ, зобов'язана заявити про знахідку міліції або органів місцевого самоврядування» (ч. 2 ст. 337 ЦК України);
- органи місцевого самоврядування здійснюють організаційно-правові дії щодо подання заяви органам, що ведуть облік та державну реєстрацію безхазяйних нерухомих речей, на території якого вони розміщені. При цьому безхазяйна нерухома річ ставиться на облік та робиться оголошення у друкованих засобах масової інформації ч. 2 ст. 337 ЦК України) [9, 19].

У випадках, коли на певний об'єкт претендують декілька осіб з різним правовим статусом, в законодавстві встановлена черговість, згідно якої кожен подальший претендент має право придбати дане майно лише після того, як попередній претендент відмовиться від набуття. Наприклад, відповідно до ст. 338 ЦК України першочергове право на набуття знахідки у власність виникає в особи, яка знайшла її. У територіальній громаді право придбати дану річ у власність виникає лише після того, як особа, що знайшла дану річ, відмовиться від набуття права власності на неї [7, 198].

Таким чином, для набуття права власності на безхазяйне майно публічно-правовим утворенням необхідно дві умови. Першою умовою є підтвердження того, що дане майно є безхазяйним. Другою умовою є відсутність претензій на дане майно з боку інших осіб, яким законом може бути надане першочергове право на набуття перед публічно-правовим утворенням.

Треба зазначити, що діючий ЦК України по-різному визначає правове становище безхазяйних рухомих і нерухомих речей.

Що стосується безхазяйних нерухомих речей, до яких зокрема відносяться квартири, житлові будинки, об'єкти незавершеного будівництва, та інша нерухомість, то для таких речей законом встановлено особливий порядок набуття права власності.

Так, зокрема, безхазяйні нерухомі речі беруться на облік органом, що здійснює державну реєстрацію прав на нерухоме майно, за заявою органу місцевого самоврядування, на території якого вони розміщені. Про взяття безхазяйної нерухомої речі на облік з метою виявлення власника має бути зроблено оголошення в друкованих засобах масової інформації. Така постановка на облік є адміністративним актом, а не юридичним фактом, що впливає на цивільні правовідносини, об'єктом яких є дана нерухомість. Значення взяття на облік нерухомої речі полягає в тому, що з даного моменту починається перебіг строку (один рік), необхідного для пред'явлення відповідної вимоги до суду, а саме про винесення рішення щодо передачі такої речі у комунальну власність [10].

Набуття права власності на безхазяйну річ врегульовано ст. 335 ЦК України. Проте слід наголосити на тому, що ЦК України не регулює самого механізму виявлення, обліку, попередньої оцінки, забезпечення контролю за збереженням, розпорядженням безхазяйним майном, а також майном, що переходить у власність держави, та контролю за дотриманням чинного законодавства. Ці питання регулюються низкою законодавчих та підзаконних нормативних актів [9].

Основним нормативним актом, що регулює процес безпосереднього механізму реалізації такого майна є Постанова Кабінету Міністрів України «Про Порядок обліку, зберігання, оцінки конфіскованого та іншого майна, що переходить у власність держави і розпорядження ним» [11].

Що стосується безхазяйних рухомих речей — ч. 3 ст. 335 ЦК України встановлено, що вони можуть набуватися у власність за набувальною давністю, крім випадків, встановлених ст. ст. 336 (набуття права власності на рухому річ, від якої відмовився власник), 338 (набуття права власності на знахідку), 341 (набуття права власності на бездоглядну домашню тварину) і 343 (набуття права власності на скарб) ЦК України. Тобто встановлюється загальне правило щодо набуття у власність рухомих речей, від яких відмовився власник або власник яких невідомий.

Таким чином, поняття «безхазяйне майно» є збірним [12, 156], оскільки охоплює такі його різновиди, як рухома річ, від якої власник відмовився (ст. 336 ЦК України), знахідка (ст. 337 ЦК України), бездоглядна домашня тварина (ст. 340 ЦК України), скарб (ст. 343 ЦК України) та інше безхазяйне майно (ст. ст. 335, 344 ЦК України).

У чинному законодавстві сутність поняття «втрачена річ» полягає, в першу чергу, у відсутності волі власника або іншої особи, правомочної її тримати, до розпорядження майном, у тому числі до відмови від права власності на підставі ст. 336 ЦК України.

Втрачену річ можна визначити як річ, що вийшла з володіння, фактичного панування особи без її волі. При цьому правове значення має не те, знає або не знає власник, де знаходиться його річ, а те, знає або не знає особа, яка знайшла річ, її власника, а також і його волю відносно речі.

Як зазначав І. М. Тютрюмов, знахідка можлива тільки в тому випадку, коли річ була загублена хазяїном поза його житлом і притому так, що хазяїн вважає

свою річ остаточно втраченою і що особі, що знайшла чуже майно, хазяїн останнього в момент знахідки був невідомий. Але якщо хазяїн виявився незабаром після знахідки, то особа, що знайшла річ, не втрачає права на винагороду [13, 224].

При знахідці випадковість має місце як на стороні того, хто втратив, так і на стороні того, хто знайшов річ. Знахідка по можливості має бути повернена власнику або іншій особі, що її загубила. Для цього той, хто знайшов, повинен вчинити необхідні дії, передбачені в ч. 1 ст. 337 ЦК України.

В сучасній літературі також підкреслюють, що знайти можна лише те, що було загублено. Не може вважатися знайденим, те, що лежить на своєму місці, там, де воно завжди перебуває.

Той, хто привласнює річ, яка знаходиться на своєму постійному місці, визнається таким, що вчинив крадіжку.

Не визнається знахідкою майно, яке хоча спеціально і не охоронялось, але знаходилося у сфері виробничої діяльності власника чи тимчасово було залишено ним, законним володільцем чи іншою особою, якій воно було довірено, у певному місці.

Таким чином, загубленою у цивільному праві вважається річ, яка:

- 1) вибула з володіння власника, зберігача або особи, якій вона була доручена, незалежно від того, чи знають ці особи де вона перебуває, чи ні;
- 2) знаходиться у випадковому місці, там де вона звичайно не перебуває, не в місці свого постійного чи звичайного перебування (гаманець з грішми на дорозі, золотий годинник у лісі на дереві тощо) [14, 47];
- 3) особі, що знайшла чуже майно, хазяїн останнього в момент знахідки невідомий;
- 4) річ була загублена володільцем поза його житлом.

Загубленим можна визнати лише те, що має сукупність цих ознак.

За змістом ст. 337 ЦК України правила про знахідку поширюються на рухомі речі. Нерухома річ не може вважатися загубленою власником.

Отже законодавець визначає, що предметом знахідки може бути лише рухоме майно і воно має бути втраченим. Законодавець не дає обмежень за видами майна, яке не може бути знахідкою (за винятком речей, вилучених з цивільного обороту), і мінімальній його ціні. І це не випадково. Неможливо описати різноманіття життєвих ситуацій, які щодня виникають в нашому житті, а тому виключити випадок, коли власник втрачає свій автомобіль, не можна. Інше вело б до обмеження цивільного обороту тих предметів, які не обмежені в такому.

Чи поширюються положення про знахідку і чи настають викладені в ст. 338 ЦК України наслідки про перехід права власності на річ в тих випадках, коли річ була викрадена у його власника, але потім залишена злодієм?

Встановлення тієї обставини, що річ викрадена, є підставою для її повернення власникові і унеможливорює набуття особою, яка знайшла річ, права власності на неї. Проте згідно зі ст. 339 ЦК України особа, що знайшла річ, має право отримати відшкодування витрат, пов'язаних із зберіганням, а також винагороду за знахідку. Це повністю кореспондується з положеннями ЦК

України, які передбачають право як добросовісного, так і недобросовісного власника вимагати від власника відшкодування зроблених ним необхідних витрат на майно з того часу, з якого власникові належать доходи від майна.

Якщо ж вкрадена річ (до того, як ця обставина була встановлена) згідно з положеннями ст. 338 ЦК України, перейшла у власність особи, що її знайшла, власник може вилучити її від того, кому вона була передана [15, 124].

Отже, знайденим слід вважати таке чуже майно, яке вийшло із фактичного володіння власника і на момент його привласнення знаходиться у бездоглядному стані. Зокрема, йдеться про втрачені речі, тобто предмети, які, як правило, не мають ідентифікаційних ознак належності і перебувають у невідомому для власника місці. Виявлення таких речей відповідно до цивільного законодавства розцінюється як знахідка. Закон зобов'язує того, хто знайшов загублену річ, негайно сповістити про це особу, яка її загубила, або міліцію, або відповідний орган адміністративно-територіального утворення чи адміністрацію відповідної організації.

Обставини, за яких знайдене майно вийшло із фактичного володіння його власника або стало бездоглядним, можуть бути різними (втрата внаслідок перевезення, залишення при перебуванні у певному місці тощо).

### Література

1. Цивільне право України : підручник. В 2 т. Т. 2 / [Є. О. Харитонов, І. А. Безклубий, В. В. Луць та ін.] ; за ред. Є. О. Харитонova, Н. Ю. Голубевої. — Х. : Одиссей, 2008. — 832 с.
2. Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України. В 4 т. Т. 1 / [А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Ротань.]. — К. : А.С.К. ; Севастополь : Ін-т юрид. дослідж., 2004. — 928 с.
3. Гражданское право. Ч. 1 / под ред. А. Г. Калпина, А. И. Масяева. — [2-е изд., перераб. и доп.]. — М. : Юрист, 2002. — 536 с.
4. Гражданское право. Ч. I / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — [3-е изд., перераб. и доп.]. — М. : ПРОСПЕКТ, 1998. — 484 с.
5. Масевич М. Г. Основание приобретения права собственности на бесхозяйные вещи // Проблемы современного гражданского права : сб. ст. — М. : Городец, 2000. — С. 173–191.
6. Белов В. А. Гражданское право. Особенная часть / В. А. Белов. — М. : Центр ЮрИнфоР, 2004. — 767 с.
7. Харитонов Є. О. Цивільне право України / Є. О. Харитонов, Н. О. Саніяхметова. — К. : Істина, 2003. — 776 с.
8. Митний кодекс України від 11 липня 2002 року // Відомості Верховної Ради України. — Офіц. вид. — 2002. — № 38–39. — Ст. 288.
9. Шевченко О. Я. Аналіз українського законодавства, що регулює перехід права власності на знахідку, безхазяйне майно та майно померлих громадян, що не мають спадкоємців // Юриспруденція: теорія і практика. — 2007. — № 9. — С. 18–22.
10. Науково-практичний коментар до ст. 335 Цивільного кодексу України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [www.liga.net](http://www.liga.net).
11. Порядок обліку, зберігання, оцінки конфіскованого та іншого майна, що переходить у власність держави і розпорядження ним : затв. Постановою Кабінету Міністрів України від 27 листоп. 1998 р. № 1893 // Офіційний вісник України. — 1998. — № 48. — Ст. 1764.
12. Комментарий к части первой Гражданского Кодекса Российской Федерации для предпринимателей / рук. авт. кол. М. И. Брагинский. — М. : Правовая культура, 1995. — 480 с.
13. Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов. Кн. 2 / [составил И. М. Тютрюмов]. — М. : Статут, 2004. — 603 с.
14. Цюра В. В. Речові права на чуже майно : наук.-практ. посіб. / В. В. Цюра — К. : КНТ, 2006. — 136 с.



15. Мичурин Е. А. Гражданское право : учеб. пособие / Е. А. Мичурин. — Х, : Юрсит, 2006. — 315 с.

### Анотація

**Ворокіна Н. В.** До поняття знахідки як безхазяйної речі. — Стаття.

У статті дається поняття знахідки, аналізуються різні точки зору з даного питання, розглядається знахідка саме як річ, без якої взагалі неможливий відповідний спосіб набуття права власності. Зокрема, приділено увагу розгляду знахідки як рухомих, так і нерухомих речей.

**Ключові слова:** знахідна, річ, безхазяйна річ, право власності.

### Аннотация

**Ворокина Н. В.** К понятию находки как бесхозяйственной вещи. — Статья.

В статье дается понятие находки, анализируются различные точки зрения по данному вопросу, рассматривается находка именно как вещь, без которой вообще невозможен соответствующий способ приобретения права собственности. В частности, уделено внимание рассмотрению находки как движимых, так и недвижимых вещей.

**Ключевые слова:** находка, вещь, бесхозяйственная вещь, права собственности.

### Summary

**Voronina N. V.** On the Concept of Finding As a Waif. — Article.

The article presents the concept of finding, analysis different points of view on this issue, and investigates finding as a thing, without which it is generally impossible by appropriate means the acquisition of property rights. In particular, the article examines findings of both movable and immovable things.

**Keywords:** finding, thing, waif, property rights.

УДК 347.62.(477)

**О. І. Сафончик**

## ДЕЯКІ ПИТАННЯ РОЗВИТКУ ЗАКОНОДАВСТВА З ПИТАНЬ ВИНИКНЕННЯ ТА ПРИПИНЕННЯ ШЛЮБНО-СІМЕЙНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Становлення України як суверенної і незалежної держави супроводжується створенням нової правової бази сучасного суспільства, що потребує не тільки систематизації існуючого законодавства, але й зумовлює необхідність глибоких наукових досліджень у галузі шлюбно-сімейних правовідносин та їх законодавчого врегулювання.

Дослідженню даних питань приділялося багато уваги вченими-юристами, такими як: М. В. Антокольська, О. В. Дзера, А. А. Іванов, І. В. Жилінкова, Л. М. Зілковська, А. М. Нечаєва, З. В. Ромовська, О. О. Ульяненко, С. Я. Фурса, Є. О. Харитонов, Ю. С. Червоний та ін., які приймали активну участь у розробці проблем правового регулювання сімейних правовідносин.

Для розгляду деяких питань розвитку законодавства з питань виникнення та припинення шлюбно-сімейних правовідносин вважаємо за доцільне провес-

ти класифікацію їх відповідно до мети даного дослідження. При цьому здається доцільним виходити передусім з того методологічного посилання, що увесь масив літератури, котра стосується проблематики розвитку законодавства з питань виникнення та припинення шлюбно-сімейних правовідносин, умовно можна поділити на дві групи: 1) першоджерела (нормативні акти, що втратили чинність, але відображають правову доктрину стосовно питань виникнення та припинення шлюбно-сімейних правовідносин тощо); 2) наукові дослідження в галузі сімейного права, цивільного права та цивільно-процесуального права, а поміж них ті, що стосуються сімейного права та шлюбно-сімейних правовідносин.

Аналізуючи стан першоджерел, варто звернути увагу насамперед на ті юридичні пам'ятки, акти цивільного та сімейного законодавства тощо, які містять інформацію про стан правової доктрини в галузі, що нас цікавить, у цілому, а також відображають досягнення правової думки, котрі знайшли відображення в окремих нормах права, правових інститутах, кодифікованих актах.

Зокрема, серед них можна назвати такі важливі правові акти, як Закон Аквілія (III ст. до н.е.) [1], Інституції Гая (II ст. н.е.), Дигести Юстиніана (VI ст. н.е.), Руська правда (1036–1037), Велика хартія вольнощів (1215), Петиція про права (1628), Статuti Великого князівства Литовського (XVI ст.), Білль про права (1689), Права, за якими судиться малоросійський народ (1756), Декларація прав людини і громадянина (1789), Звід законів Російської імперії (1851) тощо.

Інформація, що міститься у зазначених джерелах, дозволяє простежити трансформацію ставлення держави до сім'ї, до укладання й припинення шлюбу, і відповідно, шлюбно-сімейних правовідносин, і на цій основі встановити динаміку потреби у подальшому врегулюванні цього питання.

Одним з перших джерел, де міститься систематизований виклад норм, присвячених регулюванню шлюбно-сімейних відносин, можна вважати прийнятий приблизно у 286 р. до н.е. Закон трибуна Аквілія. Пізніше ці положення були у модернізованому вигляді викладені в найбільш відомому джерелі доби класичного римського права — Інституціях Гая [2].

Досконалою формою регулювання питань укладення та припинення шлюбу, і відповідно, шлюбно-сімейних правовідносин на підставі римського приватного права можна вважати створені в Східній Римській імперії у VI ст. н.е. Дигести Юстиніана, котрі містили кращі зразки римських правових актів, модернізовані відповідно до соціальних та економічних умов цієї держави [3].

Припинення шлюбно-сімейних правовідносин, в тому числі шлюбу, виникає разом зі шлюбом як його антипод. У різні епохи уявлення про цей інститут істотно змінювалися.

У римському приватному праві розлучення вважали цивільним правочинном, що не потребує спеціальної процедури [4]. Так, для республіканського Риму була характерна свобода розлучення [5].

Кодекс Наполеона передбачав можливість припинення шлюбно-сімейних правовідносин шляхом розлучення й роз'єднання. Роз'єднання можливе на

вимогу одного з подружжя та на тих самих підставах, що й розлучення. Різниця в тому, що шлюб не припиняється, але відбувається поділ майна та припиняється обов'язок жити разом [6].

У зв'язку з цим можна зробити висновок, що поняття режиму окремого проживання подружжя було вперше закріплене в Кодексі Наполеона. Аналогічне положення було застосоване законодавцем і закріплене у Сімейному кодексі України, що передбачає режим окремого проживання подружжя — поняття, якого в українському законодавстві раніше не існувало.

У середньовічній Європі припинення шлюбно-сімейних правовідносин, в тому числі шлюбу, відповідно до канонічних уявлень або вважалося зовсім неприпустимим (у католицьких країнах), або ж дозволялося тільки за наявності суворо обмежених засад і не інакше, як за рішенням церковної влади. Місце релігійної заборони посідають норми моралі, а також розуміння публічно-правового порядку.

Говорячи про генезу поняття шлюбно-сімейних правовідносин, підстав та наслідків їх припинення в Україні, не можна не згадати такі пам'ятки, як «Руська правда», Литовські статuti та «Права, за якими судиться малоросійський народ» [7].

Прийняття Руссю християнства, яке стало офіційною релігією, що замінила язичництво, було найважливішою історичною подією. Християнство було узятю з Візантії, чиею метрополією стала російська церква. Тому в Росії були введені візантійські норми шлюбно-сімейного права [8].

Головним збірником законів стала Кормча книга [9]. Шлюбно-сімейними справами займалася, як і у Візантії, церква. Російська церква, слідом за Візантією, не заперечувала участі державної влади в рішенні деяких питань, що стосуються сімейного права.

Складний шлях утвердження християнських уявлень про шлюб і відносини, що з них випливають, створив конфлікт між церквою і підданими. Церква традиційно дотримувалася погляду на шлюб як на одношлюбність.

Таким чином, з релігійної точки зору не могло й бути питання про припинення шлюбно-сімейних правовідносин, тобто про припинення шлюбу, розлучення тощо. Але при цьому церква не могла не зважати як на людські слабкості, так і на волю людей.

Проблеми шлюбно-сімейних відносин в Україні, залишаючись осторонь уваги дослідників радянського часу, не могли впливати на вивчення історії російського та українського права. Але дійсні проблеми мають величезне значення; шлюбно-сімейні норми права є свого роду квінтесенцією політичних, економічних, правових інститутів. Їхня зовнішня непов'язаність з політичними й економічними завданнями суспільства насправді містить багато ключових проблем російського феодального суспільства.

Інтерес до проблем сім'ї, шлюбно-сімейних правовідносин, шлюбу не випадковий. Шлюб завжди був основою сім'ї, будучи первинним осередком суспільства, зазнаючи їхній вплив і, в свою чергу, впливаючи на суспільство. Саме тому з виникненням класового суспільства, з утворенням держави та

права, з оформленням вимог класової моралі цей суспільний феномен — «шлюб і сім'я» — виявився в полі подвійного регулювання: правового та морального.

Розглядаючи питання про сім'ю, сімейні відносини та шлюб, не можна не звернутися до класичної роботи Ф. Енгельса «Походження сім'ї, приватної власності та держави», яка була написана в 1884 р. і має певне значення і наукову цінність на сьогоднішній день [10].

У період середньовіччя суттєвих змін щодо поняття шлюбно-сімейних правовідносин, зокрема, шлюбу, підстав та правових наслідків його припинення не відбувалося.

Згідно з сформованим до XIX ст. в Україні шлюбним законодавством шлюб припинявся смертю одного з подружжя; інший з подружжя, хто залишився в живих, міг вступити при відсутності перешкод у новий шлюб.

Випадки, у яких відбувалося розірвання шлюбу, можна розділити на 2 категорії: а) якщо один з подружжя приговорювався до покарання, пов'язаного з позбавленням усіх станових прав, то шлюб розривався на прохання іншого подружжя. Але шлюб вважався таким, що припинив існування, лише після згоди на його розірвання іншого з подружжя і за рішенням єпархіального суду про розірвання шлюбу. У випадку безвісної відсутності протягом 5 років (цей термін був встановлений законом) покинутий з подружжя міг подати прохання про розірвання шлюбу; б) справи про розлучення по позовах однієї з сторін. Ці справи являли собою випадки про розірвання шлюбів у зв'язку з нездатністю одного з подружжя до шлюбного життя і про образу одним з подружжя «чистоти шлюбу перелюбом».

Проблема виникнення, а особливо припинення шлюбно-сімейних правовідносин, в тому числі шлюбу, була однією з центральних в українському сімейному праві. Її особливе місце полягає в тому, що сімейні узи являли собою вид гноблення. Укладаючи шлюб у ранньому віці, здебільшого на вибір батьків, молоді люди не уявляли собі, якими можуть бути наслідки. Обмежені підстави для розлучення, складна і дорога процедура розлучення не дозволяли подружжю розлучатися навіть при неможливості спільного проживання. Церква завжди негативно ставилася припинення шлюбно-сімейних правовідносин, в тому числі до розірвання шлюбу, і не бажала удосконалювати цю сферу сімейного права. Світське законодавство не втручалось в компетенцію церковної влади, за винятком указу Петра I, який ввів нову підставу для розлучення: довічне засилання подружжя. Катерина II перетворила цю підставу на вид припинення шлюбу смертю. Цим світське законодавство й обмежилось, і так само, як і церква, не прагнуло розширювати кількість підстав для розлучення.

Проблеми свободи припинення шлюбно-сімейних правовідносин шляхом розлучення завжди були зворотним боком проблеми свободи шлюбу. Якщо шлюб — це вільний і добровільний союз, він повинен припускати і волю розлучення, зокрема припинення шлюбно-сімейних правовідносин. Про необхідність волі розлучення писав Ф. Енгельс, який говорив про розлучення як про «благодіяння» і для самого подружжя, і для суспільства, якщо шлюбні відносини і

почуття «зникли». Ще в Ленінських декретах 1917 р., а також у КоБС 1918 р., були закріплені принципи свободи шлюбу та його припинення [11].

До 1917 р. шлюб взагалі вважався святом, від Бога. За законами Російської імперії навіть якщо й існували формальні причини для припинення шлюбно-сімейних правовідносин, то жінкам їх практично здійснити було майже неможливо внаслідок матеріальної залежності від чоловіка і складності шлюбнорозлучного процесу.

Уже пізніше радянське законодавство про шлюбно-сімейні відносини докорінно змінюється. Правові питання припинення шлюбу шляхом його розірвання розкриваються в Декреті ВЦВК і РНК РСФСР від 19 грудня 1917 р. «Про розірвання шлюбу», яким справи щодо розлучення були вилучені в церкви і передані на розгляд державним органам — судам і ЗАГС. Таким чином, встановлювалася двояка форма розірвання шлюбу, що було закріплено в кодексі про шлюб і сім'ю 1918 р.

В 1919 р. був прийнятий також Декрет «Про спадкування», який передбачав можливість спадкування одним з подружжя майна померлого подружжя. Декрет ліквідував дореволюційний шлюбнорозлучний процес і встановив свободу розлучень на прохання про це обох з подружжя чи бодай одного з них. справи про розлучення розглядалися в суді. Особливо детально декрет регламентував питання про долю дітей при розлученні.

Водночас з постановою про розірвання шлюбу суд мав визначити, у кого з батьків залишаються неповнолітні діти, хто з подружжя і якою мірою повинен нести витрати по утриманню й вихованню дітей, а також те, чи зобов'язаний чоловік і в якому розмірі давати харчування і утримання жінці.

18 грудня 1917 р. був прийнятий Декрет ВЦВК і РНК РСФСР «Про громадянський шлюб, дітей і про введення книг громадянського стану», який проголосив шлюб вільним союзом двох рівноправних громадян, пов'язав виникнення взаємних прав та обов'язків подружжя лише зі шлюбом, зареєстрованим в органах ЗАГС.

22 жовтня 1918 р. був виданий перший Сімейний кодекс: «Кодекс законів про акти громадянського стану, шлюбне, сімейне і опікунське право РРФСР», який розкривав положення декретів 18 і 19 грудня 1917 р. щодо поняття шлюбу, порядку вступу до шлюбу та припинення шлюбу, визнання його недійсним.

Декрет Раднаркому України «Про цивільний шлюб і про ведення книг запису актів громадянського стану» від 20 лютого 1919 р. скасував церковний шлюб, визначив основні умови вступу до шлюбу та його реєстрації.

20 лютого 1919 р. був прийнятий Декрет УРСР «Про розлучення», який проголосив свободу розлучення і анулював церковну процедуру розлучення. Згідно з цим декретом шлюб розривався на прохання одного чи обох з подружжя. Заяви про шлюб повинні були подавати в місцеві органи ЗАГС, але оскільки останні були організовані не всюди, то ці заяви могли подаватися в народні суди.

Таким чином, перші декрети УРСР про шлюб та його припинення проголосили дійсно демократичні принципи, які потім розвинулися в чітку і послідов-

ну систему інститутів сімейного права, були першим кроком на шляху створення сімейного права України.

Уже 30 травня 1926 р. був прийнятий «Кодекс законів про сім'ю, опіку, шлюб і акти громадянського стану УРСР», третій розділ якого регламентував умови вступу до шлюбу, випадки визнання його недійсним, підстави припинення шлюбу.

Наступні найбільш значні зміни в законодавство про припинення шлюбно-сімейних правовідносин, зокрема. розірвання шлюбу, були внесені в 1944 р. в період Великої Вітчизняної війни. Велике переміщення населення в країні призвело до тимчасового роз'єднання членів сім'ї, батьків і дітей, подружжя.

Великою подією в історії людства стала Декларація прав людини і громадянина 1948 р. Вперше на законодавчому рівні у ній закріплюється принцип формальної рівності всіх громадян перед законом, закріплені принципи регулювання правових відносин, закладається підґрунтя універсальної концепції прав людини.

Наступні зміни в процедурі і провадженнях щодо розірвання шлюбу були спрямовані на зняття певних формальних моментів. Указом Президії Верховної Ради СРСР від 10 грудня 1965 р. скасовувалася попередня публікація й усувалася двоступінчаста процедура шлюбнорозлучного процесу. Істотні реформи в питаннях розірвання шлюбу відбулися в 1968 р. у зв'язку з прийняттям Основ законодавства про шлюб та сім'ю СРСР і союзних республік, що внесли додаткові корективи й у цей порядок, встановивши більш диференційовані правила розірвання шлюбу.

Дане законодавство про розлучення зберегло дві істотних і раніше правових вимог: 1) розривати шлюб тільки у випадках дійсного розпаду сім'ї, створити суду можливість розібратися в обставинах справи, уважно вивчити ті її аспекти, що стосуються долі дітей, справедливого розподілу майна і т.ін.; 2) полегшити судочинство, зробити так, щоб розпад сім'ї не обтяжувався зайвими формальними перешкодами [12].

В усіх перелічених випадках обоє з подружжя, які розлучаються, або один з них мали право пред'явити позов до суду про розірвання шлюбу і вирішення цих питань у суді. Відповідно до Основ майнові суперечки могли бути вирішені в суді окремо від питання щодо розірвання шлюбу, тоді подружжя могло звернутися за розлученням до ЗАГС.

Кодекс про шлюб і сім'ю УРСР був затверджений 20 червня 1969 р. і набрав чинності з 1 січня 1970 р., що з відповідними змінами й доповненнями проіснував до 2003 р. Він закріплював розірвання шлюбу як у судовому порядку, так і в органах РАЦС.

З 15 червня 1973 р. в українському законодавстві проводилися певні зміни, видавалися постанови Пленуму Верховного Суду України щодо застосування сімейного законодавства.

Конституція України від 28 червня 1996 р. (ст. 51) передбачає, що шлюб базується на добровільній згоді чоловіка і жінки, а тому ніхто не може бути примушений до вступу в шлюб, так само як ніхто не може бути змушений

перебувати у шлюбі, тобто надається можливість для розірвання шлюбу. Таким чином, можна говорити про вільний вступ у шлюбно-сімейні правовідносини і про вільне припинення шлюбно-сімейних правовідносин.

Прийняття Конституції України було визначною подією, але на цьому правова реформа не закінчилася, а навпаки, продовжувала розвиватися та вдосконалюватися. Процес реформування законодавства триває, у зв'язку з чим навіть при докладному регламентуванні питань виникнення та припинення шлюбно-сімейних правовідносин буде виникати потреба у переробці даних норм з метою вдосконалення цивільного, сімейного та цивільно-процесуального законодавства.

Інститут виникнення та припинення шлюбно-сімейних правовідносин має дуже велике значення. Незалежно від того, які конкретні особливості будуть надалі закріплені в законах, категорії шлюбу, шлюбно-сімейних правовідносин, підстав та порядку їх виникнення та припинення, безумовно, зберігають свою роль у цивільно-правовому та сімейно-правовому регулюванні.

### Література

1. Бартошек М. Римское право: (понятия, термины, определения): пер. с чеш. / М. Бартошек. — М.: Юрид. лит., 1989. — С. 156.
2. Гай. Институции / пер. с лат. Ф. Дадынского; под ред. В. А. Савельева, Л. Л. Кофанова. — М.: Юрист, 1997. — 368 с.
3. Дигесты Юстиниана: избр. фрагменты / пер. и прим. И. С. Перетерского; отв. ред. Е. А. Скрипилев. — М.: Наука, 1984. — 456 с.; Харитонов Е. О. Основы римского частного права / Е. О. Харитонов. — Ростов н/Д: Феникс, 1999. — С. 343.
4. Харитонов Е. О. Рецепция римского частного права / Е. О. Харитонов. — О.: АО Бахва, 1996. — С. 33.
5. Чечот Д. М. Брак, семья, закон / Д. М. Чечот. — Ленинград, 1984. — С. 177.
6. Харитонов Е. О. Порівняльне правознавство / Е. О. Харитонов, О. І. Харитонova. — Х.: Одісей, 2002. — 590 с.
7. Історія українського права / за ред. О. О. Шевченка. — К.: Олан, 2001. — С. 67; Права, за якими судиться малоросійський народ. — К., 1997. — С. 58.
8. Іваненко Г. В. К вопросу об истории брака // Актуальні проблеми політики. — 2000. — № 9. — С. 386.
9. Цатурова М. К. Русское семейное право XVI–XVIII вв. / М. К. Цатурова. — М.: Юрид. лит., 1991. — С. 41–43.
10. Энгельс Ф. Происхождение семьи, частной собственности и государства // Избранные сочинения / К. Маркс, Ф. Энгельс. — М.: Госполитиздат, 1987. — Т. 6. — С. 364.
11. Матвеев Г. К. Советское семейное право / Г. К. Матвеев. — М.: Юрид. лит., 1985. — С. 86.
12. Шахматов В. П. Законодательство о браке и семье / В. П. Шахматов. — Томск: Изд-во Том. ун-та, 1981. — С. 18.

### Анотація

**Сафончик О. І.** Деякі питання розвитку законодавства з питань виникнення та припинення шлюбно-сімейних правовідносин. — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню загальних проблем розвитку законодавства з питань виникнення та припинення шлюбно-сімейних правовідносин. Інформація, що міститься у першоджерелах та нормативно-правових актах, дозволяє простежити трансформацію ставлення держави до сім'ї, до укладання й припинення шлюбу, і відповідно, шлюбно-сімейних правовідносин. У зв'язку з цим встановлюється динаміка потреби у подальшому врегулюванні цього питання. Незалежно від того, які конкретні особливості будуть надалі закріплені в законах, категорії шлюбу, шлюбно-сімейних правовідносин, підстав та порядку їх виникнення та припинення, безумовно, зберігають свою роль у цивільно-правовому та сімейно-правовому регулюванні.

**Ключові слова:** сімейні правовідносини, шлюбно-сімейні правовідносини, шлюб, припинення шлюбу.

### Анотація

*Сафончик О. И. Некоторые вопросы развития законодательства о возникновении и прекращении брачно-семейных правоотношений. — Статья.*

Статья посвящена исследованию общих проблем развития законодательства относительно возникновения и прекращения брачно-семейных правоотношений. Информация, содержащаяся в первоисточниках и нормативно-правовых актах, позволяет проследить трансформацию отношения государства к семье. Заключение и прекращению брака, и соответственно, брачно-семейных отношений. В связи с этим устанавливается динамика необходимости в дальнейшем регулировании данного вопроса. Независимо от того, какие конкретные особенности будут в дальнейшем закреплены в законах, категории брака, брачно-семейных отношений, оснований и порядка их возникновения и прекращения, безусловно, сохраняют свою роль в гражданско-правовом и семейно-правовом регулировании.

*Ключевые слова:* семейные правоотношения, брачно-семейные правоотношения, брак, прекращение брака.

### Summary

*Safonchik O. I. Some Questions of Law Rise and Cessation of Marriage and Family Relations. — Article.*

This article is devoted to the study of common problems of legislation development regarding the origin and termination of marriage and family relations. The information contained in the original sources and regulatory acts, allows us to trace the transformation of the state's attitude to the family. Marriage and dissolving a marriage, and accordingly, family relations. In connection with this set the dynamics of the need for further regulation of this issue. Regardless of which specific features will be further embedded in laws, the category of marriage, marriage and family relations, the grounds and the order of their occurrence and termination retain their role in civil and family legal regulation.

*Keywords:* family relationship, marriage and family relationship, marriage, divorce.

УДК 347.121

О. Р. Шишка

### СОМАТИЧНІ ПРАВА ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ ЇХ В УКРАЇНІ

**Огляд останніх досліджень, публікацій та постановка проблеми.** Проблема роботи спричинена напрямками російських дослідників у систематизації особистих немайнових прав фізичної особи, що стосується буд-яких дій з власним тілом, та називають їх «соматичними правами», «тілесними правами» чи «соматические притязания человека». Така концепція була започаткована В. І. Круссом [1], де її підтримали у своєму розвитку такі вчені, як О. Е. Старовойтова [2], М. О. Лаврик [3], Г. О. Якимов [4], О. В. Дерипаско [5], Д. К. Рашидханова [6] ті інші. Потреба в дослідженні такого напрямку спричинена новими технологіями людського розвитку в прагненнях людини до безсмертя, через клонування себе як у тілесному розумінні, так і у напрямку віртуального моделювання, тобто клонування особистості. Це стосується і напрямків розвитку по технологіях репарацій<sup>1</sup> («ремонт») клітин і тканин і, відповідно, стане можливим відновлення всіх функцій організму. У сучасних умовах воно реалізовується через право бути донором іншої людини, напрямки з корекції



статевої належності. Деякі особисті немайнові права фізичної особи (право на смерть як найбільш радикальна категорія, право на вживання наркотиків і психотропних речовин) за своєю суттю мають сумніви у їх існуванні як права. Тому на підставі цього у праві виникла необхідність у дослідженні таких прав та встановлення їхньої перспективи розвитку в Україні.

У російській доктрині права щодо розпорядження своїм тілом йменуються «соматичними правами». Така концепція як підтримується науковцями у своєму розвитку [1; 2; 3, 5], так і піддається критиці [7]. Концепція «особистих (соматичних) прав» чи «тілесних прав» завдячує своїй появі В. І. Крусу [8]. Основна ідея зводиться до того, що «среди правопритязаний личности, представляющей человечество на рубеже третьего тысячелетия от Рождества Христова, можно выделить и обособить группу таких, которые основываются на фундаментальной мировоззренческой уверенности в «праве» человека самостоятельно распоряжаться своим телом: осуществлять его «модернизацию», «реставрацию» и даже «фундаментальную реконструкцию», изменять функциональные возможности организма и расширять их технико-агрегатными либо медикаментозными средствами. Сюда же можно отнести право на смерть, изменение пола, гомосексуальные контакты, трансплантацию органов, употребление наркотиков или психотропных средств, право на искусственное репродуктивное, стерилизацию, аборт и (в уже зримой перспективе) на клонирование, а затем — и на виртуальное моделирование, в смысле полного утверждения (дублирования) себя в неметрической форме объективного существования» [1, 43]. До того ж автор наголошує на тому, що такі права мають суто особистий характер, та пропонує їх визначити як «соматичні» права (від грец. soma — тіло). Хоча не весь зміст такого права має підґрунтя для існування, а отже, і його реалізацію як суб'єктивного права. Зміст соматичних прав зводиться до того, що особа має:

— «право на смерть як найбільш радикальну категорію соматичних прав людини... реалізація якої ... у цілому не має сенсу» [9]. Реалізація такого права, наголошує М. О. Лаврик, здійснюється у формі суїциду та еутаназії, що за своєю суттю не має сенсу в його виділенні як права. З чим і ми погоджуємось, оскільки перша категорія — самогубство, а друга категорія — вбивство, де вони мають загальний припис закону — заборонено. Право на смерть — право, яке не має суто правового характеру, а є більш суб'єктивно оціночним правом<sup>2</sup>, а не об'єктивно оціночним<sup>3</sup>, тобто суб'єктивним правом;

— «право людини щодо її органів і тканин» [9]. Таке право, у більшості випадків, виявляється через презумпцію особи на розпорядження своїми органами і тканинами як за життя, так і після смерті — відносно долі свого тіла, через заповідальний відказ чи покладення на спадкоємця інших обов'язків у заповіді. Щодо останнього, то зміст такого права відноситься до фантомних прав, тобто прав, за якими неіснуючий суб'єкт права є носієм певних правомочностей у випадках, встановлених законом. Так, після смерті, відповідно до ч. 4 ст. 289 ЦК України, навіть у фактично померлої особи є право розпоряджатися своїми органами та іншими анатомічними матеріалами тіла науко-

вим, медичним або навчальним закладам. Якщо сказати іншими словами, то існуючий суб'єкт має право у майбутньому, на підставі зафіксованого у встановленому порядку заповідального розпорядження (ст. 1233 ЦК України), розпоряджатися собою у статусі вже об'єкта. Тобто після смерті особа набуває правового режиму особливого об'єкта цивільних прав і з цього моменту в неіснуючого суб'єкта права на підставі минулих повноважень, які набули чинності з моменту смерті та діють на підставі заповіту, є право розпорядження щодо долі свого тіла. А медичні та інші установи, на підставі цих повноважень, мають право на законних підставах відділити від тіла органи та інші анатомічні матеріали для цілей, що обумовленні їхньою метою та цікавістю;

— «сексуальні права людини» [9]. Зазначені права для позитивного права є новими та, як правило, визначаються через призму заборонених сексуальних дій особи чи інших осіб відносно певної особи та через суспільно-моральну оцінку суспільства. Основою суспільно-моральної оцінки суспільства є Закон України «Про захист суспільної моралі» [10];

— «репродуктивні права людини» [9]. Ці права виявляються через зміст прав особи на материнство (ст. 49 СК України [11]) та батьківство (ст. 50 СК України). Причому зміст такого права має як позитивний характер (право на материнство та батьківство, право на профілактику та лікування безпліддя, право на штучне запліднення, право на донорство та збереження репродуктивних клітин, право на штучне запліднення й імплантацію ембріона, право на використання методу сурогатного материнства), так і негативний характер (штучне переривання вагітності, стерилізація, контрацепція) або зовсім має заборону (клонування людини). Відносно останнього, така заборона продиктована Законом України «Про заборону репродуктивного клонування людини» [12] та відповідно до Додаткового протоколу до Конвенції про захист прав людини та людської гідності щодо застосування біології та медицини, який стосується заборони клонування людей [13], що набув чинності для України у 2006 р. Цікавим є той факт, що особа, яка була клонована при народженні, набуває таких самих прав, як і особа, народжена у звичайний для нас спосіб. Різниця є лише в обсязі таких прав, тобто прав, які за своєю суттю не властиві у їх природному виникненні відносно цієї особи (наприклад, така особа не набуває права на батьківське ім'я тощо). Слід зазначити, що дії інших осіб, які клонували особу, хоча і підпадають під кримінальну відповідальність, проте за такою особою все одно резервуються суб'єктивні права, оскільки вона не винна у тому, що появилася на світ у такий спосіб;

— «право на зміну статі», тобто зміну статі з чоловічої на жіночу та навпаки [9]. Правовою основою реалізації такого права є ст. 51 Основ законодавства України про охорону здоров'я [14]. Фактичною підставою для даного права при його визнанні є захворювання транссексуалізму, а юридичною — право на зміну (корекцію) статевої належності. Слід зазначити, що зі зміною статі особа набуває ті права, які властиві лише певній статі, тобто чоловікові чи жінці, інші права або припиняються, або продовжують існувати у залежності від природних властивостей таких прав. Причому права, які припинилися, можуть

мати характер резервованих та поновлюваних, але за умов, якщо особа поверне назад свій природний статевий стан;

— «право на вживання наркотиків і психотропних речовин» [9]. За загально-соціальним своїм спрямуванням таке право є забороненим, але межа заборони та дозволу міститься у Законі України «Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори» [15] та в Постанові Кабінету Міністрів України № 770 від 6 травня 2000 р. «Про затвердження переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів» [16]. Тобто якщо речовини за своєю суттю є наркотичним чи психотропним засобом, проте вищенаведені нормативно-правові акти нічого про них не кажуть, то такі речовини дозволені законом, а отже, і право на них є, а особа має право на використання такого права. Щодо останнього, то певною мірою казати, що це право у його класичному розумінні, не можна, оскільки ці дії є аморальні для суспільства. Іншою стороною є те, що таке право підпадає під презумпцію — дозволено все, що не заборонено законом. А за своєю природою таке право є більш суб'єктивно оціночним правом, ніж об'єктивно оціночним;

— «право на віртуальне моделювання», в сенсі повного затвердження (дублювання) себе в неметричній формі об'єктивного існування [1, 43]. За відсутності самої роботи автора з такого твердження не дуже зрозумілим є положення про «неметричну форму», але, мабуть, це стосується питання клонування особистості. Таке право в законодавстві України практично відсутнє, лише існує як пріоритетний напрямок розвитку держави стосовно штучного інтелекту, що за таких обставин презумується як легальне та охоронюване право, саме як об'єкт авторського права (комп'ютерна програма) та/або об'єкт патентного права (винахід) — останнє можливе лише з поєднанням комп'ютерної програми, в основі якої є складний програмний алгоритм (штучний інтелект). Пріоритетний напрямок підтверджується у нашій державі підготовкою спеціалістів (паспорт спеціальності 05.13.23 та код спеціальності 7.05010104 й 8.05010104), наявністю спеціалізованих установ, які займаються такими проблемами (Національна академія наук України, Інститут проблем штучного інтелекту НАН України і МОН України, Державний університет інформатики і штучного інтелекту) тощо. Досягнення у сфері штучного інтелекту, які би приблизили до клонування особистості, вже є.

Так, найбільш вражаючими системами штучного інтелекту є: Deep Blue [17], Mucin [18], роботи в щорічному турнірі RoboCup [19], людиноподібні роботи [20; 21], машини-роботи [22; 23], механічні пристрої [24], комп'ютерні програми з технологією штучного інтелекту (AI Bush 1.0 [25], програмний продукт АБВУУ (наприклад АБВУУ FineReader) [26]) тощо. Технологію штучного інтелекту використовують і в Інтернет-просторі, здебільшого як співбесідника. Іноді людина і не розуміє, що вона спілкується з програмою-ботом<sup>4</sup>, а якщо бути точнішим, то з віртуальним співрозмовником — *chatterbot*<sup>5</sup>.

В Інтернет-просторі існують такі віртуальні технології співрозмовників: Persona-Bots [27] (наприклад, штучного інтелекту Джона Леннона [28; 29]), чат-боти (Alice [30; 31], Jabberwacky [32], Elbot [33; 34] тощо), боти ICQ, на-

приклад під номером 33221233, тощо. Причому останній бот, як стверджує один із користувачів, нагадує того самого полковника, в якого «русский и белорусский со словарем, командно-матерный свободно» [35]. Відповідно до ст. 173 КпАП [36] нецензурна лайка хоча і заборонена, але Інтернет-простір згідно з чинним законодавством (ст. 1 Закону України «Про заходи щодо попередження та зменшення вживання тютюнових виробів і їх шкідливого впливу на здоров'я» [37]) не підпадає під громадські місця. Можна лише сказати, що тут виникають приватні відносини, де особа, за наявності у неї моральної та майнової шкоди, має право на захист порушеного права через суд. Головне, щоб під час захисту, особа мала докази, які б підтверджували факт порушення її прав, та змогла довести, що саме ця особа, під певним псевдонімом у Інтернет-просторі, порушила її права. Слід зазначити, що боти в ICQ є різними за характером спілкування. Є ICQ боти з анекдотами (1019346, 1035716, 1053770, 1096836, 1108961), ICQ боти ворожки (2499123, 2543675, 2543730), ICQ боти інформатори (8259654) тощо. Відомі й інші технології штучного інтелекту. Так, патентне бюро США видало винахіднику Джону Ламату (John LaMuth) свідоцтво на технологію, яку автор називає «етичним штучним інтелектом». Це спеціальний комп'ютерний аналізатор мови, здатний оперувати поняттями про етику і мотивації людей, а його використання, як стверджує винахідник, можливе в якості віртуальних бібліотекарів чи секретарів, які будуть точно знати, до кого переадресувати дзвінок, виходячи з того, що і як говорить живий співрозмовник на іншому кінці лінії [38].

Крім цього, в Інтернет-просторі вже доволі давно існують плітки про існування секретного експерименту під назвою «Комп'ютерний мауглі» — віртуальна особистість, створена в секретній лабораторії, що нібито здійснена американськими вченими [39]. Суть такого експерименту полягала в тому, що за допомогою спеціальної апаратури проводилося ментальне сканування мозку, де записані апаратурою електричні потенціали нейронів мозку були перенесені в комп'ютер як особистість людини. Тобто скопіювали особистість людини у комп'ютер. Слід зазначити, що наведений факт не підтверджує існування 100 % технологій з клонування особистості, а є лише підтвердженням факту існування напрацювань у цій сфері, що за статистичною оцінкою прогресивного розвитку новітніх технологій може призвести до того, що правовий механізм не в змозі буде реагувати на правову фікцію.

Слід зазначити, що штучний інтелект відрізняється від схожих складних програм тим, що він може пройти тест Тюрінга [40], хоча у цій сфері є й інші підходи до співставлення штучного інтелекту з людським розумом за шкалою інтелектуальної спроможності.

Отже, вищенаведене свідчить про те, що людина, яка спілкується з іншим співрозмовником, може і не здогадуватись, що це бот з технологією штучного інтелекту. Такі відносини породжують певні проблеми, з якими необхідно розібратися. Так, особи, які спілкуються в Інтернет-просторі, згідно з чинним законодавством повинні утримуватись від дій, які могли б порушувати інші права (ч. 2 ст. 13 ЦК України [41]), тобто права співрозмовника. Та одна спра-

ва, коли на другому кінці людина, а інша — бот. Людина є суб'єктом права, а бот — ні. Останній є об'єкт цивільного права, за дії якого відповідає володілець, як за свої власні дії, але за умов, що таку особу пов'язує будь-яка правова конструкція, що породжує за нею тягар відповідальності [42]. Щодо прав, то володілець бота лише має права, які він набуває з охоронюваного об'єкта авторського права, з комп'ютерної програми. Але ж закон сконструював правовий механізм обов'язку особи утримуватись від дій, які б порушували права інших осіб, так, що він є активний постійно, оскільки за інших обставин така особа може уникнути цивільно-правової відповідальності, наголосивши на тому, що вона думала, що розмовляє з ботом, а не з людиною. Тоді виникає питання: якщо у людини є обов'язок, то у відносинах, пов'язаних з порушенням особистих немайнових прав фізичної особи (наприклад, нецензурна лайка в мережі Інтернет), хто має право?

Правоволоділець набуває лише речових права та права інтелектуальної власності щодо такого об'єкта, що за наших обставин означає: людина, яка знаходиться в Інтернет-просторі та нібито порушує особисті немайнові права, виявляється, що ніяких прав і не порушує. А обов'язок, відповідно до ч. 2 ст. 13 ЦК України, існує. Але ж у праві обов'язок не може існувати без чийогось права, тобто виходить, що об'єкт із правом, тобто такий собі феномен права чи правова фікція. Це пояснюється і тим, що законодавець у ч. 2 ст. 13 ЦК України за словами «могли б порушити права інших осіб» зарезервував випадки, коли виникає правова фікція, тобто хибне положення, яке явно не відповідає дійсності, проте повинно дотримуватися так, ніби воно є істинним. Якщо це хибне уявлення, то і конструктивно, стосовно права, воно повинно бути правильним. Тобто право може бути лише у суб'єкта, а не в об'єкта.

За таких підстав, нами вбачається, мова тут йде про поширення правового статусу суб'єкта права на бот, що за своєю суттю є фікцією<sup>6</sup>, для того щоб унеможливити випадки, коли особа могла б знайти вихід, аби уникнути цивільно-правової відповідальності. Причому слід зазначити, що таке поширення правового статусу суб'єкта права не має нічого спільного із класичним поширенням правового статусу суб'єкта права, а бот за таких підстав не набуває прав та обов'язків та й не може навіть вважатись неіснуючим суб'єктом права, а отже, набувати фантомних прав, оскільки неіснуючий суб'єкт права повинен бути потенційним кандидатом, який у майбутньому може набути статусу суб'єкта права.

Цікавим є те, що в Америці вже 12 років існує громадська організація правозахисників роботів, гаслом якої є: «Роботи тяж люди! Принаймні коли-небудь вони ними будуть», що за нашою правовою системою може розглядатися, як жарт. Такою організацією є ASPCR — Американське суспільство за протидію жорстокості по відношенню до роботів (American Society for the Prevention of Cruelty to Robots), яке засноване в 1999 році [43].

**Висновок.** Отже, соматичні права здебільше є особистим немайновим правом особи, яке направлено на охорону та реалізацію права особи на будь-які дії зі своїм тілом, але ті дії, які не заборонені законом. Інші права, що складають

зміст соматичних прав, за своєю природою не мають суто правового характеру, а є більш суб'єктивно оціночним правом, а не об'єктивно оціночним, тобто суб'єктивним правом фізичної особи. З цього випливає, що у праві відзначилась ситуація, де певні особисті немайнові права фізичної особи необхідно було виділити у групу соматичних за характером тілесних домагань зі сторони власника таких прав. Наскільки працездатною і життєвою виявиться ця теорія, покаже час.

### Примітки

1. Репарація — здатність клітин виправляти хімічні пошкодження і розриви в молекулах ДНК [44].
2. Суб'єктивно оціночне право — внутрішня воля особи, що побудована на власних переконаннях, дії якої можуть мати пряму заборону закону.
3. Об'єктивно оціночне право — писане право, тобто право, яке міститься у позитивному праві та є суб'єктивним правом особи.
4. Робот, або бот, а також інтернет-бот, *www-бот* і т. п. (англ. *bot*, скор. від англ. *robot*) — спеціальна програма, що виконує автоматичні та/або за заданим розкладом будь-які дії через ті ж інтерфейси, що й звичайний користувач. При обговоренні комп'ютерних програм термін вживається в основному в застосуванні до Інтернету [45].
5. Віртуальний співрозмовник (англ. *chatterbot*) — це комп'ютерна програма, яка створена для імітації мовної поведінки людини при спілкуванні з одним або декількома користувачами. По відношенню до віртуальних співрозмовників вживається також назва «програма-співрозмовник» [46].
6. Фікція — вигадане положення, яке явно не відповідає дійсності і, проте, повинно дотримуватися ніби воно є істинним [47].

### Література

1. Крусс В. И. Личностные («соматические») права человека в конституционном и философско-правовом измерении: к постановке проблемы // Государство и право. — 2000. — № 10. — С. 43–50.
2. Старовойтова О. Э. Юридический механизм реализации и защиты соматических прав человека и гражданина в Российской Федерации: историко-правовой и теоретический анализ : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / О. Э. Старовойтова. — СПб., 2006. — 453 с.
3. Лаврик М. А. Гарантии конституционных прав человека: соматический аспект : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / М. А. Лаврик. — Иркутск, 2006. — 232 с.
4. Якимов Г. А. Конституционный статус человека в Российской Федерации: вопросы теории и практики : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / Г. А. Якимов. — Екатеринбург, 2010. — 206 с.
5. Дерипаско А. В. Жизнь человека как фундаментальная естественно-правовая ценность : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / А. В. Дерипаско. — Владимир, 2004. — 181 с.
6. Рашидханова Д. К. Проблемы правового регулирования отношений при производстве медицинского вмешательства в репродуктивные процессы человека : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Д. К. Рашидханова. — Махачкала, 2005. — 189 с.
7. Конференция ЮрКлуба [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://forum.yureclub.ru/archive/index.php/t83526.html> (08 июня 2005 г.).
8. Владимир Иванович Крусс [Электронный ресурс] // Веб-сайт дирекции портала «Юридическая Россия». — Режим доступа : <http://law.edu.ru/person/person.asp?persID=1126684>.
9. Лаврик М. А. К теории соматических прав человека [Электронный ресурс] // Веб-сайт дирекции портала «Юридическая Россия». — Режим доступа : <http://www.law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1229707>.
10. Про захист суспільної моралі : Закон України № 1296-IV від 20 листоп. 2003 р. [Електронний ресурс] // Нормативно-правові документи сайту НАУ. — Режим доступу : <http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1088.356.2&lobreak=1>.

11. Сімейний кодекс України : Закон України № 2947-III від 10 січ. 2002 р. [Електронний ресурс] // Нормативно-правові документи сайту НАУ. — Режим доступу : <http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1011.21.25&nobreak=1>.
12. Про заборону репродуктивного клонування людини : Закон України № 2231-IV від 14 груд. 2004 р. [Електронний ресурс] // Нормативно-правові документи сайту НАУ. — Режим доступу : <http://zakon.nau.ua/doc/?code=2231-15>.
13. Додатковий протокол до Конвенції про захист прав і гідності людини щодо застосування досягнень біології та медицини, стосовно заборони клонування людських істот (ETS N 168). Міжнародний документ Ради Європи від 12.01.1998 № 168 [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Верховної Ради України. — Режим доступу : [http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994\\_526](http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_526).
14. Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України № 2801-XII від 19 листоп. 1992 р. [Електронний ресурс] // Нормативно-правові документи сайту НАУ. — Режим доступу : <http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1085.165.28&nobreak=1>.
15. Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори : Закон України № 60/95-ВР від 15 лют. 1995 р. [Електронний ресурс] // Нормативно-правові документи сайту НАУ. — Режим доступу : <http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1086.56.5&nobreak=1>.
16. Про затвердження переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів : постановою Кабінету Міністрів України № 770 від 6 трав. 2000 р. [Електронний ресурс] // Нормативно-правові документи сайту НАУ. — Режим доступу : <http://zakon.nau.ua/doc/?code=770-2000-%EF>.
17. Deep Blue [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://ru.wikipedia.org/wiki/Deep\\_Blue](http://ru.wikipedia.org/wiki/Deep_Blue).
18. MYCIN [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://ru.wikipedia.org/wiki/MYCIN>.
19. RoboCup [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://ru.wikipedia.org/wiki/RoboCup>.
20. Новый робот-женщина усердно уподобляется человеку [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.membrana.ru/particle/13589>.
21. Гуманоидным роботам ASIMO нарастили интеллект [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.membrana.ru/particle/12173>.
22. Итальянские роботы-автомобили пересекут Евразию без водителей [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.membrana.ru/particle/3395>.
23. Секретный шаттл-робот самостоятельно вернулся из космоса [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.membrana.ru/particle/4600>.
24. Новый протез ноги получил искусственный интеллект [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.membrana.ru/particle/10396>.
25. 350 Мегабайт интеллекта Джорджа Буша стоят меньше \$30 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.membrana.ru/particle/1577>.
26. Веб-сайт компании ABBYY. — Режим доступу : <http://www.abbyy.ru/company/management/andreev/>.
27. Веб-сайт Triumph PC and Persona-Bots™. — Режим доступу : [http://triumphpc.com/jack-the-ripper/about\\_persona-bots/](http://triumphpc.com/jack-the-ripper/about_persona-bots/).
28. В Интернете живёт искусственный интеллект Джона Леннона [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.membrana.ru/particle/1574>.
29. Веб-сайт John Lennon Artificial Intelligence Project (JLAIP™). — Режим доступу : <http://triumphpc.com/johnlennon/>.
30. Чат-программа обманула жюри по оценке искусственного интеллекта [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.membrana.ru/particle/7563>.
31. Веб-сайт ALICEBOT. — Режим доступу : <http://alicebot.blogspot.com/>.
32. Веб-сайт Jabberwacky. — Режим доступу : <http://www.jabberwacky.com/>.
33. Чатботы снова не смогли пройти тест на интеллект [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.membrana.ru/particle/13129>.
34. Веб-сайт ELBOT™. — Режим доступу : <http://www.elbot.com/>.
35. Для чат-роботов тест Тьюринга может в скором времени стать общим местом [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.membrana.ru/particle/2483>.
36. Кодекс України про адміністративні правопорушення. Закон України № 8073-X від 7 груд. 1984 р. [Електронний ресурс] // Нормативно-правові документи сайту НАУ. — Режим доступу : <http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1011.28.202&nobreak=1>.
37. Про заходи щодо попередження та зменшення вживання тютюнових виробів і їх шкідливого впливу на здоров'я : Закон України № 2899-IV від 22 верес. 2005 р. [Електронний ресурс] //

- Нормативно-правові документи сайту НАУ. — Режим доступу : <http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1088.945.6&nobreak=1>.
38. В США запатентован «этический искусственный интеллект» [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.membrana.ru/particle/5571>.
39. Эксперименты под грифом «Совершенно секретно» [Электронный ресурс] // Веб-сайт [paranormal-news.ru](http://paranormal-news.ru). — Режим доступа : <http://paranormal-news.ru/news/2009-05-17-1764>.
40. Тест Тьюринга [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://ru.wikipedia.org/wiki/Тест\\_Тьюринга](http://ru.wikipedia.org/wiki/Тест_Тьюринга).
41. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV [Електронний ресурс] // Нормативно-правові документи сайту НАУ. — Режим доступу : <http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1011.25.49&nobreak=1>.
42. Шишка О. Р. Ера неживого Інтернету — правові проблеми // Римське право і сучасність (Шершевські читання): матеріали Міжнар. наук. конф. (м. Одеса, 4 груд. 2010 р.). — О. : Фенікс, 2010. — С. 132.
43. Американское общество уже защищает права роботов [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.membrana.ru/particle/2697>.
44. Репарация [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://ru.wikipedia.org/wiki/Репарация>.
45. Робот (программа) [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://ru.wikipedia.org/wiki/Робот\\_\(программа\)](http://ru.wikipedia.org/wiki/Робот_(программа)).
46. Виртуальный собеседник [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://ru.wikipedia.org/wiki/Виртуальный\\_собеседник](http://ru.wikipedia.org/wiki/Виртуальный_собеседник).
47. Фикция [Электронный ресурс] // Веб-сайт Russian Lawyers News Line. — Режим доступа : <http://russian-lawyers.dwfarm.biz/фикция-в-римском-праве.htm>.

### Анотація

**Шишка О. Р.** Соматичні права та перспективи розвитку їх в Україні. — Стаття.

Автор аналізує концепцію соматичних прав, що розглядається російськими вченими. Під час дослідження автор робить висновок, що соматичні права, у більшості випадків, є особистим немайновим правом особи, яке направлено на охорону та реалізацію права особи на будь-які дії з приводу свого тіла, але ті дії, які не заборонені законом. Інші права, що складають зміст соматичних прав, за своєю природою не мають суто правового характеру, а є більш суб'єктивно оціночним правом, а не об'єктивно оціночним, тобто суб'єктивним правом фізичної особи. Крім цього, запропоновано власні доктринальні визначення: суб'єктивно оціночне право, об'єктивно оціночне право.

**Ключові слова:** фантомне право, соматичні права, суб'єктивні права, суб'єкт права, фізична особа, неіснуючий суб'єкт права, людське тіло, особисті немайнові права, суб'єктивно оціночне право, об'єктивно оціночне право, репродуктивні права людини, сексуальні права людини, право людини щодо її органів і тканин, право на зміну статі, штучний інтелект, віртуальний співрозмовник, клонування людини, клонування особистості.

### Аннотация

**Шишка А. Р.** Самоотические права и перспективы развития их в Украине. — Статья.

Автор анализирует концепцию соматических прав, которая рассматривается российскими учеными. В ходе исследования автор делает вывод, что соматические права, в большинстве случаев, являются личными немущественными правами физического лица, направленные на охрану и реализацию права человека на любые действия по поводу своего тела, но те действия, которые не запрещены законом. Другие права, составляющие содержание соматических прав, по своей природе не имеют сугубо правового характера, а являются, в большинстве своем, субъективно оценочным правом, а не объективно оценочным, т.е. субъективным правом физического лица. Кроме этого, предложены собственные доктринальные определения: субъективно оценочное право, объективно оценочное право.

**Ключевые слова:** фантомное право, соматические права, субъективные права, субъект права, физическое лицо, несуществующий субъект права, человеческое тело, личные немущественные права, субъективно оценочное право, объективно оценочное право, репродуктивные права человека, сексуальные права человека, право человека относительно его органов и тканей, право на изменение пола, искусственный интеллект, виртуальный собеседник, клонирование человека, клонирование личности.



### Summary

*Shishka O. P. Somatic Rights and Their Development Prospects in Ukraine. — Article.*

The author analyzes of conception somatic right, which climbs Russian scientists. In the during study, the author concludes that somatic right in most of their cases, are moral rights of an individual, directed to the protection and realization of human rights, on the any action concerning his body, but such actions that are not prohibited by law. Other rights that make up the contents of somatic right, by their nature are not have purely legal nature, and are, for the most part are subjective estimating right, not an objective evaluation, ie subjective right of an individual. In addition, the author makes a number of his own doctrinal definitions: the subjective estimating right, objectively estimating the right.

*Keywords:* phantom rights, somatic right, subject of the right, natural person, a non-existent subject of the right, the human body, personal non-property rights, the subjective estimating right, objectively estimating the right, reproductive human the rights, sexual rights, the right man on his organs and tissues, right to sex change, artificial intelligence, chatterbot, human cloning, cloning identity.

УДК 347.648(477)

*Н. С. Адаховська*

### ОПІКА НАД МАЙНОМ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

**Актуальність теми дослідження.** Конституція України в статті першій проголошує Україну соціальною державою, політика якої направлена на створення умов, забезпечуючи гідне життя та вільний розвиток людини. Головним напрямком внутрішньої політики України як соціальної держави є охорона та захист особистих та майнових прав осіб, які в силу певних причин не можуть самостійно здійснювати свої суб'єктивні права та виконувати юридичні обов'язки. Особливого значення принцип всебічного забезпечення й охорони прав людини, що закріплений у ст. 3 Конституції України, набуває при вирішенні питань щодо охорони та захисту особистих та майнових прав малолітніх осіб, а також осіб, визнаних у судовому порядку недієздатними, та осіб, яких визнано безвісно відсутніми, і тих, місце перебування яких невідоме.

Вітчизняне законодавство передбачає і опіку над особистістю, і опіку над майном. Опіка над майном є комплексним інститутом, оскільки регламентується Цивільним кодексом України у главі 6 та Сімейним кодексом України у главі 19. У зв'язку з цим при застосуванні норм цивільного та сімейного права постають певні колізії. Крім того, деякі питання, пов'язані з встановленням, здійсненням та припиненням опіки над майном, залишаються невирішеними, що викликає труднощі при використанні опіки над майном на практиці.

Особливості опіки над майном були предметом досліджень деяких науковців. Так, за радянським цивільним правом окремі аспекти опіки над майном вивчалися А. І. Пергаментом, Н. М. Єршовою та ін. [1].

Опіка над майном була відома ще за часів римського права. У римському праві опіка спершу встановлювалась з метою збереження сімейного майна і була тісно пов'язана з спадкуванням. Як зазначав А. Гордон, у випадках не-

спроможності особи, для охорони спадкового майна при невідомості спадкоємця або в тих випадках, коли спадкоємець ще не народився, у випадках безвісної відсутності власника засновувалось «суга bonorum — піклування над майном, якого власник невідомий або чому-небудь не може ним володіти або розпоряджатися. Це було представництво в інтересах суспільної користі» [2].

Співвідношення опіки над особистістю і опіки над майном не завжди можна було чітко встановити. З історії римського права «відомо, що спочатку tutela і суга мали характер влади — *potestas* і зводилися до права опікуна завідувати майном опікуваного».

Як зазначав В. М. Хвостов, в стародавньому праві «метою опіки та піклування була не стільки турбота про особистість... але турбота про збереження її майна для її родичів-агнатів. Опіка тому по праву належала агнатам. У пізнішому праві опіка прийняла альтруїстичний характер, стала засобом захисту підопічної особи» [3]. Це зауваження корисно тим, що допомагає досягнути еволюцію інституту опіки (піклування), яка полягає в переході від охорони майна певної категорії осіб до охорони самих осіб, а також не тільки їх майнових, а й немайнових інтересів.

Опіка над майном існувала поряд з опікою над особистістю в багатьох правових актах різних епох: у Литовському статуті 1529 р. [4], в нормах т. X Зводу законів цивільних Російської імперії. І. С. Вольман налічує в 1903 р. 13 видів опік, з яких 9 видів представляли собою способи охорони майна («опіка над майном засудженого» та ін.) [5].

У давньоруському праві опіка не була пов'язана зі спадкуванням і перебувала під контролем суспільної влади (спочатку духовенства, а потім — держави). У Російській імперії особливості встановлення опіки мали становий час.

У праві сучасності положення про опіку над майном регулювалися в шлюбно-сімейному законодавстві і містилися в розділі «Про опіки і піклування» Кодексу законів про шлюб, сім'ю і опіку 1926 р. [6], у ст. 19 ДК РРФСР 1964 р. Щоправда, згідно з актом періоду громадянської війни, Кодексу законів про акти громадянського стану, шлюбне, сімейне і опікунський право РРФСР 1918 р., опіка над майном безвісно відсутньої особи (або управління майном) не встановлювалася. Замість цього майно надходило державній установі, яка діяла під контролем відділу соціального забезпечення при губернській раді депутатів і здійснювала опис, оцінку, «завідування або управління» майном [7]. Такий підхід пояснюється багато в чому завданнями нової влади зі знищення приватної власності, а також викоріненням всього приватного у суспільних відносинах.

У той же час сучасне законодавство, наприклад Латвії, не сприйняло ні положень радянського, ні новітнього російського законодавства. Відповідно до ст. 217 Цивільного закону Латвійської Республіки піклування встановлюється не тільки над певною категорією осіб, але також і над майном зниклих осіб, над спадковою та конкурсною масою [8].

Треба відзначити, що не всі правові системи наділяють охорону інтересів безвісно відсутнього особи у форму опіки, піклування або довірчого управлін-

ня. Своєрідне правило міститься у Французькому цивільному кодексі, згідно зі ст. 113 якого суддя може призначити «родичів, або свояків, або, в разі необхідності, будь-яких інших осіб для представництва» відсутньої особи, а також для «законного управління» її майном (тобто для керування не на підставі договору, а на підставі закону). Однак призначення законного представника по суті і є опіка (чи піклування) над майном [9].

Глава третя Цивільного кодексу Квебека передбачає охорону прав відсутньої особи у формі опіки, причому відповідно до ст. 86 цього Кодексу ця опіка здійснюється над самим безвісно відсутнім, а не над його майном [10]. Тим не менш встановлене законом коло обов'язків такого опікуна свідчить про зворотне — опіка встановлюється тільки з метою охорони майна особи, яка проживала у Квебеку і «перестала з'являтися там».

Уявляється, що при безвісному відсутності громадянина опіка над самою особою неможлива з простої причини — вплив на особистість не можна здійснити. Отже, при безвісному відсутності може застосовуватися тільки «опіка» над майном як спосіб охорони інтересів зниклого громадянина, членів його сім'ї та його кредиторів.

Але за відсутності розвинутих відносин приватної власності, на жаль, усі ці наукові опрацювання здебільшого зводились до дослідження опіки як правової форми виховання дітей, які залишилися без батьківського піклування. Конкретного дослідження інституту опіки над майном не проводилося. У сучасній цивілістиці недостатнє висвітлення цього питання пояснюється складністю опікунських правовідносин, які знаходяться на стику цілого ряду суміжних галузей права. Норми Цивільного кодексу України щодо опіки також потребують серйозного науково-практичного дослідження і детального доопрацювання, дослідження обумовлене й тим, що наукові праці з цієї тематики були написані ще за радянських часів і в правовому сенсі вже значно застаріли для тлумачення чинної нормативно-правової бази. Усе це породжує актуальність дослідження проблеми опіки над майном з метою удосконалення діючого законодавства України та практики його застосування.

Одним із засобів захисту майнових прав підопічних є встановлення опіки над майном. Згідно зі ч. 1 ст. 74 ЦК України, якщо у особи, над якою встановлено опіку чи піклування, є майно, що знаходиться в іншій місцевості, опіка над цим майном встановлюється органами опіки та піклування за місцезнаходженням майна [11].

Частина 2 ст. 74 ЦК України допускає можливість встановлення опіки над майном і в інших випадках. Але це не дає підстав стверджувати, що правило ч. 1 ст. 74 ЦК України можна поширювати на опіку над майном осіб, що визнані безвісно відсутніми. Відповідно до ч. 1 ст. 44 ЦК України опіку над майном безвісно відсутнього встановлює нотаріус. Згідно зі ст. 44 ЦК України опіка призначається над майном особи, визнаною безвісно відсутньою, місце перебування якої невідомо.

Однак, наприклад, за цивільним законодавством Російської Федерації передбачається замість інституту опіки над майном фізичної особи інститут до-

вірчого управління ним (ст. 38 ЦК РФ) [12]. Орган опіки та піклування визначає управителя майном та укладає з ним договір довічного управління. Цивільний кодекс РФ вперше в історії вітчизняного законодавства запровадив інститут довірчого управління майном. Довірче управління майном з підстав, передбачених законом, має засновуватися щодо майна особи, визнаної безвісно відсутньою, при патронажі над дієздатними громадянами, а також при необхідності постійного управління майном підопічного. Таким чином, російський законодавець не вживає більше термін «опіка над майном», що усунуло наявне до цих пір в практиці діяльності органів місцевого самоврядування його змішування з поняттям «опіка над особою».

Слід зазначити, що в ч. 4 ст. 72 ЦК України також передбачається використання договору управління майном опікуваного. Якщо підопічний є власником нерухомого майна, яке потребує постійного управління, опікун може з дозволу органу опіки та піклування управляти цим майном або передати його за договором в управління іншій особі.

Доцільність існування інституту опіки над майном особи, над якою встановлено опіку чи піклування, пояснюється тим, що опікун особи може не мати можливості управляти майном підопічного, яке знаходиться в іншій місцевості. В іншому разі опікун особи зобов'язаний дбати про збереження та використання майна підопічного в його інтересах.

Встановлення опіки над майном особи, визнаної безвісно відсутньою, і над майном особи, місце перебування якої не відоме, породжує в основному цивільно-правові відносини. Опіка над майном особи, визнаної безвісно відсутньою й особи, місце перебування якої не відоме, спрямована на захист майнових інтересів зазначених осіб, а також майнових інтересів осіб, яких безвісно відсутня особа чи особа, місце перебування якої не відомо, зобов'язані були за законом утримувати.

Заінтересовані особи (як правило, ті, що перебували на утриманні особи, яка зникла) або орган опіки та піклування можуть звернутись до суду із заявою про визнання даної особи безвісно відсутньою. У такому разі необхідним є дотримання таких умов:

- відсутність фізичної особи протягом року в місці її постійного проживання;
- відсутність відомостей про місце перебування особи.

У разі неможливості встановити день одержання останніх відомостей про місце перебування особи початком її безвісної відсутності вважається перше число місяця, наступного за тим, у якому були одержані такі відомості, а в разі неможливості встановити цей місяць — перше січня наступного року.

Заява про визнання фізичної особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою подається до суду за місцем проживання заявника або за останнім відомим місцем проживання (перебування) фізичної особи, місцеперебування якої невідоме, або за місцезнаходженням її майна.

У заяві про визнання фізичної особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою має бути зазначено: з якою метою заявник просить визнати фізичну особу безвісно відсутньою або оголосити її померлою; обставини, що підтвер-

джують безвісну відсутність фізичної особи, або обставини, що загрожували смертю фізичній особі, яка пропала безвісти, або обставини, що дають підстави припускати її загибель від певного нещасного випадку.

На підставі рішення суду про визнання фізичної особи безвісно відсутньою нотаріус за останнім місцем її проживання описує майно, яке їй належить, та встановлює над ним опіку.

За заявою заінтересованої особи або органу опіки та піклування над майном фізичної особи, місце перебування якої невідоме, опіка може бути встановлена нотаріусом до ухвалення судом рішення про визнання її безвісно відсутньою.

Опікун над майном фізичної особи, яка визнана безвісно відсутньою, або фізичної особи, місце перебування якої невідоме, приймає виконання цивільних обов'язків на її користь, погашає за рахунок її майна борги, управляє цим майном в її інтересах [13].

За заявою заінтересованої особи опікун над майном фізичної особи, яка визнана безвісно відсутньою, або фізичної особи, місце перебування якої невідоме, надає за рахунок цього майна утримання особам, котрих вони за законом зобов'язані утримувати. Опікун над майном безвісно відсутньої, і над майном особи, місце перебування якої не відомо, при здійсненні правочинів стосовно цього майна, зобов'язаний дотримувати, установлених ст. ст. 68 і 71 ЦК України.

Опіка над майном припиняється у разі скасування рішення суду про визнання фізичної особи безвісно відсутньою, а також у разі появи фізичної особи, місце перебування якої було невідомим.

Опікун, що здійснює опіку над майном особи, стосовно якої встановлено опіку чи піклування, здійснює управління цим майном в інтересах підопічного. Він зобов'язаний піклуватися про збереження цього майна, може здійснювати за рахунок цього майна витрати, необхідні для задоволення потреб підопічного. Низку правочинів із цим майном він у відповідності до ст. 71 ЦК може здійснювати тільки з дозволу органів опіки та піклування, а правочини з майном підопічного, передбачені ч. 1 ст. 68 ЦК, він узагалі не може здійснювати, тобто він не може здійснювати правочини з цим майном стосовно себе і свого чоловіка (дружини), а також стосовно своїх близьких родичів. Опіка над майном підопічних нерозривно пов'язана з опікою та піклуванням над особистістю конкретної фізичної особи і є доповненням до тих особистих і майнових правовідносин, що існують між опікунами і піклувальниками і підопічними.

Органи опіки і піклування здійснюють контроль над діяльністю опікунів і піклувальників. Опікуни над майном так само, як і в інших випадках здійснення функцій опіки та піклування, зобов'язані щорічно, не пізніше 1 лютого, подавати в органи опіки і піклування звіт про свою діяльність за минулий рік, а після припинення опіки чи піклування подають загальні звіти про свою діяльність.

На сьогоднішній день проблема інституту опіки над майном заслуговує уваги юридичної науки ще й тому, що даний інститут досить довго детально не досліджувався. Серед учених-юристів стало традиційним ставлення до нього як до неважливого. Нині виникає необхідність у дослідженні інституту опіки

над майном за цивільним законодавством України з метою з'ясування його значення, ролі та тенденцій розвитку.

### Література

1. Пергамент А. И. Опекa и попечительство / А. И. Пергамент. — М.: Юрид. лит., 1966. — 161 с.
2. Гордон А. Представництво в цивільному праві / А. Гордон. — С.Пб., 1879. — 54 с.
3. Хвостов В. М. Система римского права. IV. Семейное право. V. Наследственное право: конспект лекций / В. М. Хвостов. — 2-е изд. — М., 1904. — С. 44.
4. Отечественное законодательство XI–XX веков: гособие для семинаров. Ч. I (XI–XIX в.) / под ред. О. И. Чистякова. — М., 1999. — С. 93–99.
5. Вольман И. С. Опекa и попечительство / И. С. Вольман. — С.Пб., 1903. — С. 7.
6. Кодекс законов о браке, семье и опеке РСФСР: утвержден постановлением ВЦИК от 19 нояб. 1926 г. // СУ РСФСР. — 1926. — № 82. — Ст. 612.
7. Кодекс законов об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве РСФСР: принят ВЦИК 16 сент. 1918 г. // СУ РСФСР. — 1918. — № 76–77. — Ст. 818.
8. Гражданский закон Латвийской Республики. Первая часть. Семейное право // Гражданский кодекс Латвийской Республики / науч. ред. и предисл. Н. Э. Лившиц; обзор. ст. А. В. Свиб. — С.Пб., 2001. — С. 93.
9. Французский гражданский кодекс / В. о. Асом. Юридич. центр; пер. з фр.: А. А. Жукова, Г. А. Пашковська; наук. ред. і передмова Д. Г. Лавров. — С.Пб.: Юрид. центр Прес, 2004. — 1101 с.
10. Гражданский кодекс Квебека. — М., 1999. — С. 51. — (Серия: Современное зарубежное и международное частное право).
11. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України. У 2 т. Т. 1 / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. — К.: Юринком Інтер, 2005. — 890 с.
12. Гражданский кодекс РФ. Часть первая. Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель / под ред. О. М. Козырь, А. Л. Маковского, С. А. Хохлова. — М., 1999. — 704 с.
13. Харитонов Є. О. Цивільне право України: підручник / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонова, О. В. Старцев. — Вид. 2-ге, переробл. і допов. — К.: Істина, 2009. — 816 с.

### Анотація

*Адаховська Н. С. Опіка над майном за цивільним законодавством України.* — Стаття.

У статті розглядаються питання, пов'язані з поняттям та загальною характеристикою правового інституту опіки над майном. Автор аналізує погляди юристів у дослідженні місця і значення опіки над майном, а також вивчає зміст нормативно-правових актів, забезпечуючих дотримання процедури встановлення опіки над майном.

*Ключові слова:* опіка над майном, опікун, майно, нотаріус, органи опіки та піклування.

### Аннотация

*Адаховская Н. С. Опекa над имуществом по гражданскому законодательству Украины.* — Статья.

В статье рассматриваются вопросы, связанные с понятием и общей характеристикой правового института опеки над имуществом. Автор анализирует взгляды юристов в исследовании места и значения опеки над имуществом, а также изучает содержание нормативно-правовых актов, обеспечивающих соблюдение процедуры установления опеки над имуществом.

*Ключевые слова:* опека над имуществом, опекун, имущество, нотариус, органы опеки и попечительства.

### Summary

*Adahovska N. S. Guardianship is Above Property on Civil Legislation of Ukraine.* — Article.

In this article are examined the questions, which are related to the concept and general characteristic of law instruction of guardianship over the property. An author analyses the views of lawyers through the investigation of the place and importance of guardianship over the property, and also examines the content of regulations to ensure compliance with procedures related to custody of the property.

*Keywords:* custody of property, guardian, property, notary, guardianship and custody.

## ПІДСТАВИ ВИНИКНЕННЯ І ПРИПИНЕННЯ ВОЛОДІННЯ

Чинний ЦК України вперше в історії вітчизняного цивільного законодавства здійснив детальну регламентацію відносин володіння. Своє перше відображення в рамках цього інституту знайшли й підстави виникнення і припинення володіння. Чітке визначення підстав виникнення і припинення володіння має важливе значення, оскільки саме вони окреслюють сферу застосування інституту володіння. Проте обраний наразі законодавцем спосіб закріплення системи підстав виникнення і припинення володіння, як, втім, і інституту володіння в цілому, викликає слушні нарікання науковців.

Завданням даної статті є визначення підстав виникнення і припинення права володіння й фактичного володіння, виходячи зі змісту інституту володіння, а також на підставі формального підходу, запропонованого ЦК України. А також дослідження в цьому ракурсі можливостей вдосконалення законодавчого регулювання підстав виникнення і припинення володіння.

Окремі аспекти даного питання розглядалися такими вченими-правниками, як О. В. Дзера, С. О. Погрібний, Є. О. Харитонов, В. В. Цюра, Я. М. Шевченко та іншими. Водночас комплексне дослідження саме цього питання в контексті чинного цивільного законодавства України з урахуванням останніх напрацювань нормотворчої діяльності не здійснювалось.

Відразу ж потрібно зазначити, що ЦК України визначає підстави виникнення і припинення лише права володіння, тобто лише такого володіння, яке є законним. Принаймні такий висновок можна зробити виходячи із назв відповідних статей ЦК України: ст. 398 «Виникнення права володіння», ст. 399 «Припинення права володіння». Однак, аналізуючи зміст ст. 399, можна помітити, що багато з її норм можуть бути застосовані також і щодо фактичного незаконного володіння.

Потрібно зауважити, що на відміну від самого ЦК України, його проект від 25 серпня 1996 р. визначав підстави виникнення та припинення володіння взагалі, тобто і законного і незаконного. Відповідно до ст. 400 проекту ЦК України «Виникнення володіння» володіння виникає в результаті заволодіння майном (односторонній акт) або в результаті передання майна володільцеві попереднім володільцем. А згідно зі ст. 401 «Припинення володіння» володіння припиняється у зв'язку із втратою фактичного володіння майном або в результаті відмови від володіння ним.

Отже, в проекті ЦК України були чітко визначені підстави виникнення і припинення не тільки законного, але і незаконного володіння. Чинний ЦК України таких норм не містить, і, відповідно, такі підстави можна визначити, тільки аналізуючи зміст конкретної норми в кожному окремому випадку. З одного боку, таке рішення законодавця узгоджується з концепцією володіння як одного з речових прав на чуже майно; з іншого, — оскільки сама ця концепція

втілена в ЦК України непослідовно (адже глава про право володіння чужим майном містить деякі норми і про фактичне володіння), то включення до нього ще й норми про підстави виникнення і припинення фактичного володіння все ж не завадило б. Наразі ж визначення таких підстав виходячи із загального змісту ЦК України на практиці викликає значні труднощі.

Спочатку розглянемо питання про підстави виникнення володіння.

Хоча, як зазначалось, ЦК України не вказує на підставу виникнення фактичного володіння, уявляється, що в загальному вигляді таку підставу можна визначити як просте заволодіння майном. Тобто фактичне володіння виникає на підставі заволодіння майном. Таке заволодіння є незаконним, оскільки воно не ґрунтується на правовому титулі. Деякі норми ЦК непрямо вказують на випадки виникнення такого незаконного фактичного володіння.

Прикладом в ЦК України виникнення фактичного володіння є передбачене ст. 344 ЦК України добросовісне заволодіння майном, яке може згодом привести до набуття права власності. Особа, яка таким чином заволоділа майном, впродовж всього часу свого володіння аж до набуття нею права власності є незаконним володільцем.

Слід також звернути увагу на ст. 658 ЦК України. Відповідно до неї право продажу товару, крім випадків примусового продажу та інших випадків, встановлених законом, належить власникові товару. В той же час, якщо продавець товару не є його власником, покупець набуває право власності лише у випадку, якщо власник не має права вимагати його повернення. Отже, якщо покупець купив товар у особи, яка не мала права його продавати, то він все одно набуває право власності на таке майно, але лише за умови, що справжній власник не має права вимагати повернення такого товару. Однак, якщо власник і має таке право, це зовсім не означає, що він скористається ним. Разом з тим покупець, незважаючи на останнє, вже не зможе набути право власності на придбану ним річ. В цьому випадку покупець буде фактичним володільцем речі.

Стаття 658 ЦК України застосовується лише до відносин купівлі — продажу. На відміну від неї, ст. 330 ЦК України регулює подібні ситуації в цілому. Згідно з цією статтею, якщо майно відчужене особою, яка не мала на це права, добросовісний набувач набуває право власності на нього, якщо майно не може бути витребуване у нього власником. У свою чергу ст. 388 ЦК України наводить вичерпний перелік підстав, за яких майно може бути витребуване від добросовісного набувача. Власник може не використати своє право на витребування майна, проте, формально він його має. В такому випадку добросовісний набувач майна вже не може стати його власником. Він стає незаконним фактичним володільцем відповідного майна.

Підставою виникнення фактичного володіння відповідно до цивільного законодавства України є також виявлення безхазяйної рухомої речі. Згідно з ч. 3 ст. 335 ЦК України такі речі можуть набуватися у власність за набувальною давністю і, відповідно, впродовж строку набувальної давності таке безхазяйне майно знаходиться у фактичному володінні. Далі автором буде розглянуто й інші підстави виникнення фактичного володіння.



Відносно права володіння або ж законного володіння, ЦК України чітко встановлює, що воно виникає на підставі договору з власником або особою, якій майно було передане власником, а також на інших підставах, встановлених законом (ст. 398 ЦК України).

Першою підставою виникнення права володіння є договір з власником або особою, якій майно було передане власником. Право володіння на цій підставі виникає тоді, коли відповідний договір передбачає передачу майна контрагенту (володільцю) в тимчасове користування. Слід зазначити, що ЦК України передбачає велику кількість подібних договорів, зокрема, договір найму, зберігання, лізингу, договори про встановлення інших речових прав на чуже майно (сервітуту, емфітевзису, суперфіцію) тощо.

Сторонами такого договору є, з одного боку, володілець, а з іншого — власник або особа, якій майно було передане останнім за наявності відповідних повноважень відносно передачі права володіння іншій особі.

Слід зауважити, що власник майна теж має право володіння, але він володіє своїм майном і здійснює своє право володіння в межах права власності, як одну з правоможностей власника. Таким чином ст. 398 ЦК України, яка визначає підстави виникнення права володіння чужим майном на володіння власника не розповсюджується [2, 668–669].

Що ж до «інших підстав, встановлених законом», які теж можуть спричиняти виникнення права володіння, то, на жаль, ЦК України не розкриває їх зміст. Однак, на думку вчених, цими підставами можуть бути:

- односторонні правочини;
- юридичні вчинки;
- правові акти суб'єктів публічного права;
- рішення суду та інші [3, 387].

Такі підстави присутні у великій кількості конкретних випадків виникнення права володіння, які містить вітчизняне законодавство.

Так, згідно зі ст. 58 Закону України «Про виконавче провадження» описане та арештоване державним виконавцем майно боржника може бути вилучене в нього та передане на зберігання іншим особам, призначеним державним виконавцем [4]. Представляється, що в такому разі особа, якій майно було передано на зберігання є ніким іншим ніж законний володілець. Підставою ж виникнення такого права володіння є адміністративний акт.

Підставою виникнення права володіння може бути також заповіт (тобто односторонній правочин), за яким спадкодавець передає спадкоємцям своє право володіння.

Згідно зі ст. 337 ЦК України «Знахідка» особа, яка знайшла загублену річ після виконання всіх встановлених законом вимог щодо повідомлення відповідних осіб і заявлення у відповідні органи про знахідку, має право зберігати її у себе. Хоча ЦК України прямо не вказує на статус такого зберігача, за всіма ознаками можна зробити висновок, що він є законним володільцем [5, 14]. Якщо ж особа, яка знайшла загублену річ, не виконає встановлених законом вимог (ч. 1, 2 ст. 337 ЦК України) і залишить знайдену річ собі, то вона набуде

статусу незаконного володільця. Таким чином ст. 337 ЦК України встановлює підстави для набуття як законного, так і незаконного володіння.

Подібно до регулювання відносин з приводу знахідки, ЦК України закріплює відносини щодо бездоглядної домашньої тварини (ст. ст. 340, 341 ЦК України). Особа, яка затримала бездоглядну домашню тварину, зобов'язана негайно повідомити про це власника і повернути її. Якщо власник або місце його перебування невідомі, особа, яка затримала тварину, зобов'язана протягом трьох днів заявити про це міліції або органів місцевого самоврядування. Якщо особа не виконає зазначених вимог і привласнить тварину, її слід вважати незаконним фактичним володільцем.

Якщо ж вказані вимоги будуть виконані, то на час розшуку власника особа, яка затримала тварину, може залишити її у себе на утриманні та в користуванні. У такої особи виникає право володіння затриманою твариною.

Відповідно до ст. 341 ЦК України, якщо протягом шести місяців з моменту заявлення про затримання бездоглядної робочої або великої рогатої худоби і протягом двох місяців — щодо інших домашніх тварин не буде виявлено їхнього власника або він не заявить про своє право на них, право власності на ці тварини переходить до особи, в якій вони були на утриманні та в користуванні. До набуття зазначеною особою права власності її слід вважати титульним володільцем.

Заперечення у автора викликає думка В. М. Коссака щодо виявлення скарбу як можливої підстави виникнення права володіння [6, 332]. Згідно зі ст. 343 ЦК України, яка регулює відносини щодо скарбу, особа, яка виявила скарб, набуває право власності на нього. З огляду на те, що зазначена стаття не вказує на будь-які строки для набуття права власності, а про недопустимість застосування в цьому випадку строків набувальної давності (які могли б теоретично бути застосовані в силу спорідненості відповідних відносин) прямо вказує ч. 3 ст. 335 ЦК України, слід вважати, що право власності на скарб виникає відразу ж після його виявлення. Таким чином, особа, яка виявила скарб, стає саме його власником, а не володільцем.

Що ж до виявлення скарбу, що є пам'яткою історії та культури, право власності на який набуває держава, то, в разі невиконання особою, яка виявила такий скарб встановленої законом вимоги щодо негайного повідомлення про нього міліції або органу місцевого самоврядування, і привласнення його такою особою, її треба вважати незаконним володільцем. Це ж саме стосується і особи, яка привласнила скарб, виявлений під час розкопок, пошуків, що проводилися відповідно до її трудових або договірних обов'язків.

Таким чином, відповідно до ст. 343 ЦК України факт виявлення скарбу може бути підставою набуття права власності або фактичного володіння, але ні в якому разі не права володіння.

В законодавстві України можна знайти ще багато різноманітних підстав виникнення як права володіння, так і фактичного володіння.

Далі варто розглянути підстави припинення володіння.

Стаття 399 ЦК України вказує, що право володіння припиняється у разі:

- відмови володільця від володіння майном;
- витребування майна від володільця власником майна або іншою особою;
- знищення майна;
- інших випадках, встановлених законом.

Враховуючи назву статті — «Припинення права володіння», можна зробити висновок, що в ній йдеться про підстави припинення виключно законного володіння. Однак це уявлення не відповідає дійсності. Більше того, деякі з перерахованих в статті підстав взагалі не можуть бути застосовані щодо законного володіння, а стосуються виключно незаконного. Таким чином, зазначена стаття містить підстави припинення як законного, так і незаконного володіння, які відрізняються між собою, з огляду на неоднакову природу фактичного володіння і права володіння чужим майном. В той же час, такий зміст цієї статті ЦК України не відображений в її назві [7, 623].

Однією з підстав припинення як титульного, так і безтитульного володіння є відмова володільця від свого володіння майном.

ЦК України не вимагає вчинення будь-яких формальних дій для відмови від володіння. Достатньо вчинення фактичних дій, які свідчать про таку відмову. Проте, це стосується тільки фактичного володіння, адже для припинення права володіння простої відмови володільця може бути недостатньо. Так, відмова володільця від володіння майном не є загальною підставою припинення права володіння, заснованого, наприклад, на договорі. Особа, яка володіє відповідним майном на підставі договору не може, за загальним правилом, в односторонньому порядку відмовитись від володіння. Це обумовлено тим, що згідно з положеннями ЦК України одностороння відмова від зобов'язання або одностороння зміна його умов не допускаються, якщо інше не встановлено договором чи законом. Наприклад, повернення наймачем майна наймодавцю за договором, укладеним на певний строк, не є, за загальним правилом, підставою припинення зобов'язання і не припиняє прав та обов'язків наймача за договором. Шляхом простої відмови від права володіння не може також припинитися право користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис).

Однак в інших випадках ЦК України допускає можливість припинення права володіння чужим майном шляхом відмови від нього. Так, відповідно до ч. 2 ст. 341 ЦК України особа, яка на підставі норм цивільного законодавства утримує та користується затриманою нею бездоглядною твариною (тобто законно володіє нею), може відмовитись від передбаченої в такому випадку законом можливості набути право власності на цю тварину. Оскільки до набуття права власності зазначена особа є титульним володільцем, то уявляється, що відмовившись від набуття права власності, вона водночас відмовляється і від здійснення права володіння, адже з моменту такої відмови бездоглядна тварина переходить у власність територіальної громади. Подібним чином відмовитись від права володіння чужим майном може особа, яка знайшла загублену річ і на підставі норм цивільного законодавства зберігає її, тобто здійснює право володіння (ч. 2 ст. 338 ЦК України).

Отже, така підстава припинення володіння як відмова від нього є універсальним засобом припинення лише фактичного володіння. Що ж до титульного володіння, воно лише в деяких прямо встановлених законом випадках може припинятися на підставі відмови від нього володільця.

Інша зазначена ЦК України підстава припинення володіння — витребування майна від володільця власником майна або іншою особою — на думку юристів, взагалі може бути застосована виключно до фактичного володіння [8, 670–671]. Так, відповідно до ст. 387 ЦК України власник має право витребувати своє майно від особи, яка незаконно, без відповідної правової підстави заволоділа ним. При цьому, якщо такий володільець є недобросовісним, власник може витребувати майно в будь-якому випадку (ст. 400 ЦК України), якщо ж незаконний володільець є добросовісним, майно від нього може бути витребуване тільки в разі дотримання умов, визначених ст. 388 ЦК України. Стосовно титульного володіння, цивільне законодавство України не передбачає можливості витребування власником відповідного майна від законного володільця. Це не означає, що власник зовсім позбавляється можливості повернути собі майно. Таке повернення просто базується на інших підставах. Наприклад, якщо законне володіння виникає на підставі договору з власником, останній має застосовувати для задоволення своїх вимог відповідні зобов'язальні засоби.

Таким чином слід зазначити, що, хоча ця підстава міститься в статті, яка, виходячи з назви, має закріплювати підстави припинення права володіння (тобто законного володіння), вона може бути застосована виключно як підстава припинення фактичного володіння.

Останньою прямо зазначеною в ЦК України підставою припинення права володіння є знищення майна, яке є безпосереднім об'єктом такого володіння. Зазначена підстава може призвести до припинення як права володіння чужим майном, так і фактичного володіння.

Перелік підстав припинення володіння, зазначений в ст. 399 ЦК України не є вичерпним. До інших підстав припинення володіння слід віднести, наприклад, поєднання в одній особі володільця і власника майна, яке призводить до припинення як законного, так і незаконного володіння.

О. В. Дзера вважає доцільним врахувати також положення ст. 346 «Підстави припинення права власності» ЦК України [2, 671]. Так, якщо у володінні титульного чи безтитульного володільця знаходиться майно, що є пам'яткою історії та культури, воно може бути примусово викуплене відповідними державними органами. Подібним чином володіння припиняється в разі викупу земельної ділянки у зв'язку із суспільною необхідністю. Підставою припинення може бути також вилучення відповідної речі — предмета володіння з цивільного обігу. Отже, в ЦК України можна знайти не тільки прямо зазначені в ст. 399 підстави припинення володіння, а й багато інших.

Викладене дає можливість дійти висновку, що обраний законодавцем спосіб регулювання підстав виникнення і припинення володіння призвів до абсолютного змішування підстав виникнення та припинення права володіння і фактичного володіння, що на практиці може призвести до значних труднощів при

їх визначенні. Необґрунтованим здається ігнорування підстав виникнення і припинення фактичного володіння в назвах відповідних статей ЦК України, з огляду на часткове їх регулювання самими нормами цих статей. Крім того, перелік підстав, насамперед, припинення як законного, так і незаконного володіння, на думку автора, потребує доповнення.

Таким чином, подальшої розробки і вивчення потребують питання систематизації підстав виникнення та припинення права володіння й фактичного володіння в контексті вдосконалення і узгодження законодавчої регламентації концепції інституту володіння в цілому.

### Література

1. Проект Цивільного кодексу України від 25 серпня 1996 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [www.rada.gov.ua](http://www.rada.gov.ua).
2. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України. У 2 т. Т. I / за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. — К. : Юрінком Інтер, 2005.
3. Харитонов Е. О. Гражданское право Украины : учебник / Е. О. Харитонов, Н. А. Саниахметова. — Х. : ООО «Одиссей», 2004.
4. Про виконавче провадження : Закон України від 21 квіт. 1999 р. // Відомості Верховної Ради. — 1999. — № 24. — Ст. 207.
5. Цюра В. В. Речові права на чуже майно : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / В. В. Цюра. — К. : Вид-во Київ. нац. ун-ту ім. Т. Шевченка, 2007.
6. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / за ред. В. М. Коссака. — Вид. 2-ге, змін. і допов. — К. : Істина, 2008.
7. Гражданский кодекс Украины : комментарий. Т. I. — Изд. 2-е. — Х. : ООО «Одиссей», 2004.

### Анотація

**Касилова Д. Ю.** Підстави виникнення і припинення володіння. — Стаття.

У статті автор досліджує підстави виникнення і припинення володіння. Аналізується чинне цивільне законодавство з цього приводу, положення якого порівнюються з нормами проекту ЦК України. Автор робить висновок щодо неузгодженості відповідних норм ЦК України і необхідності їх подальшого вдосконалення.

**Ключові слова:** підстави виникнення володіння, підстави припинення володіння, право володіння, фактичне володіння, інститут володіння.

### Аннотация

**Касилова Д. Ю.** Основания возникновения и прекращения владения. — Статья.

В статье автор исследует основания возникновения и прекращения владения. Анализируется действующее законодательство по этому поводу, положения которого сравниваются с нормами проекта ГК Украины. Автор делает вывод относительно несогласованности соответствующих норм ГК Украины и необходимости их дальнейшего совершенствования.

**Ключевые слова:** основания возникновения владения, основания прекращения владения, право владения, фактическое владение, институт владения.

### Summary

**Kasilova D. Y.** The Grounds of Possession Emergence and Termination. — Article.

In this article author examines grounds of origin and termination of possession. Existing law on this subject is analyzed in comparison with the rules of the draft of the Civil Code of Ukraine. The author makes a conclusion about the inconsistency of the norms of the Civil Code of Ukraine and the need for their further improvements.

**Keywords:** grounds of origin of possession, grounds of termination of possession, right of possession, actual possession, institution of possession.

### ЖИТЛО ЯК РОДОВЕ ПОНЯТТЯ ОДНОКВАРТИРНОГО ЖИТЛОВОГО БУДИНКУ ГРОМАДЯН УКРАЇНИ

**Актуальність теми дослідження.** Серед об'єктів права приватної власності, у відношенні яких встановлені спеціальний правовий режим, велике значення має одноквартирний житловий будинок, який по діючому законодавству є одним з видів житла громадян України. Єдиного, широкого та загальновизнаного тлумачення житла ніде не наведено. Однак сучасні правовідношення мають потребу в його створенні. Це дозволить уникнути різних тлумачень поняття житла в практичній та теоретичній діяльності, об'єктом якої виступає безпосередньо житло, дасть можливість реалізувати права та захистити інтереси власників і наймачів при виникненні житлових спорів. Тому дослідження у цьому напрямку є доволі актуальним.

Крім того, при здійсненні цивільно-правових правочинів з житлом використання загального поняття житла, обтяженого визначеними специфічними ознаками, дозволить уникнути укладення недійсних правочинів з нікчемним об'єктом, зокрема, попередить помилку сторін в об'єкті правочину. Тому **метою цієї статті** є виділ загальних (обов'язкових) ознак житлового будинку і житла в цілому, які необхідні для реалізації конституційних прав громадян України, так як без виділення перерахованих ознак житло не зможе гарантувати людині достатній рівень життя.

Крім того, житло без обов'язкових ознак придатності і пристосованості може нанести шкоду здоров'ю людини, заподіяти моральну шкоду і привести до других небажаних наслідків.

Частина 1 ст. 47 Конституції України наголошує: «Кожен має право на житло. Держава здійснює умови, при яких кожен громадянин буде мати можливість побудувати житло, придбати його у власність чи узяти в оренду».

«Право на житло входить в зміст правоздатності і суб'єктивного цивільного права. Це право існує на протязі усього життя людини і може розвиватися за своїми кількісними та якісними показниками. Воно є предметом регулювання міжнародного та національного законодавства і орієнтоване на динамізм — поліпшення житлових умов. Воно ніколи не вичерпується, а завжди переходить на другий кількісний та якісний рівень» [1, 11].

У Цивільному кодексі 2003 року передбачена окрема глава 28 «Право власності на житло», в якій визначені такі поняття, як «житло», «житловий будинок», «садиба», «квартира», а також вказані права власників житлового будинку, квартири, житлово-будівельного (житлового) кооперативу, об'єднання власників житлових будинків, квартир.

Діючий Житловий кодекс УРСР був прийнятий ще під час існування СРСР (30.06.1983 р.) і давно застарів.

Постановою Верховної Ради України № 254/95-ВР від 30 червня 1995 р.

була прийнята Концепція державної житлової політики України: «Концепція визначає основні напрямки реалізації права громадян України на житло. Ціль: створення умов для реалізації права громадян на житло, розширення житлового будівництва, поліпшення змісту та збереження житлового фонду».

До введення в дію Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» від 16 грудня 1993 р. кожен громадянин мав можливість мати в індивідуальній власності лише один житловий будинок чи його частку.

Стаття 102 Цивільного кодексу України 1963 р. передбачала, що граничний розмір житлового будинку чи його частки (часток), належних на праві індивідуальної власності, не повинен перевищувати 80 кв. м. Ця норма була встановлена Указом Президії Верховної Ради СРСР від 20 травня 1985 р.

Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» від 16 грудня 1993 р. передбачив розширення меж здійснення права приватної власності громадян, скорочення випадків обмеження складу і кількості майна, яке може бути в приватній власності громадян. Були скасовані ст. ст. 100, 101, 102, 103, 104, 106 Цивільного кодексу України 1963 р., які передбачали, що об'єктами права власності громадян можуть бути тільки предмети обіходу і особистого споживання, кількість та граничний розмір житлових будинків, які можуть знаходитись у власності громадян, недопустимість використання майна громадян для одержання нетрудового прибутку. Вказані положення знайшли своє відображення також у Цивільному кодексі України 2003 р. (ст. 325).

Законодавчі акти України такі об'єкти права приватної власності як житлові будинки відносять до об'єктів нерухомого майна. Поняття «нерухоме майно» є виключно поняттям цивілістичним і належить до об'єктів цивільних прав, а саме — речей. Згідно зі ст. 179 Цивільного кодексу України річчю визнається предмет матеріального світу, який задовольняє потреби людей і у відношенні якого можуть виникати цивільні права та обов'язки. Речі ж, в свою чергу, класифікуються на нерухомі і рухомі (ст. 181 Цивільного кодексу України).

Поділ речей на нерухомі і рухомі, прийнятий практично усіма правовими системами сучасності, було рішуче відкинуто радянською правовою доктриною на початку 20-х років як буржуазне і таке, що не має практичного значення в умовах нашої країни, де земля, її надра, води і ліса були виключною державною власністю.

Внаслідок цього в нормативних актах до початку 90-х років термін «нерухоме і рухоме майно» взагалі не зустрічався. Однак лише в новому Цивільному кодексі України 2003 р., що надав даному поділу першорядне значення, воно набуло відносно повного і завершеного втілення.

Стаття 182 Цивільного кодексу України визначає перелік об'єктів нерухомого майна: «До нерухомого майна відносять земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення і зміни їх призначення». Також ст. 182 Цивільного кодексу України передбачає, що право власності на такі об'єкти підлягає державній реєстрації.

Таким чином, можна виділити певні ознаки нерухомості: зв'язок з землею, необхідність державної реєстрації.

Поряд з поняттям нерухомого майна законодавцем використовується поняття «житло», яке більш виділяється як житлово-правове поняття і характеризується низкою загальних і спеціальних ознак, які дозволяють виділити житло серед других підвидів нерухомого майна.

Загальні (обов'язкові) ознаки житла — це ознаки, що мають юридичне значення, характерні для будь-якого житлового приміщення, які визначають придатність та пристосованість житла для проживання.

Специфічні ознаки житла — це сукупність юридичних і якісних ознак, які характеризують тільки безпосереднє житлове приміщення. До цих ознак, які мають юридичне значення, можна віднести: вид приміщення (квартира, житловий будинок, кімната та ін.), належність до відповідного житлового фонду [2, 26].

Якісні ознаки визначає безпосередньо якісний стан житлового приміщення, яке характеризується довговічністю, корисністю, різновидністю, унікальністю, стаціонарністю і т. п. Ці ознаки можуть впливати на попит, вартість житла, а також зачіпляти інтереси, впливати на життєвий рівень громадян, які живуть або придбавають його.

Діюче житлове законодавство, зокрема Житловий кодекс УРСР, не має повної сукупності ознак житла, а виділяє тільки декілька: — ст. 6 ЖК УРСР: «Жилі будинки і жилі приміщення призначаються для постійного проживання громадян, а також для використання у встановленому порядку як службових жилих приміщень і гуртожитків. Надання приміщень у жилих будинках для потреб промислового характеру забороняється».

В даній статті сформульована єдина ціль житла — призначеність для постійного проживання, що дозволяє провести визначену межу між житловими приміщеннями і приміщеннями тимчасового проживання (дачі, споруди садових ділянок та ін.).

Згідно з Житловим кодексом УРСР житлове приміщення (житло) є родовим поняттям і охоплює усі види житлових приміщень: житлові будинки, квартири, кімнати.

До прийняття Цивільного кодексу 2003 р. офіційне тлумачення поняття «житло» було дано у п. 30 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику по справах про корисні злочини проти приватної власності» від 25 грудня 1992 р., № 12: «Житло — це приміщення, яке призначене для постійного чи тимчасового проживання людей (приватний будинок, квартира, кімната у готелі, садовий будиночок і тому подібне), а також ті його складові частини, які використовуються для відпочинку, зберігання майна чи задоволення інших потреб людей (балкони, веранди, кладові тощо)». Багато вчених, таких як М. Мельник, М. Хазін, М. Коржанський, згодні з цим визначенням і вважають його вичерпним.

Стаття 379 Цивільного кодексу України дає визначення поняття «житла»: «Житлом фізичної особи є житловий будинок, квартира, друге приміщення,



призначення і придатне для постійного проживання в них». «Житло необхідно класифікувати як підвид нерухомого майна, оскільки його неможливо без відповідного ушкодження і порушення експлуатаційних якостей відділити від земельної ділянки, на якій воно розташовано» [3, 91].

О. Коваленко вважає, що поняття «житло» тотожне поняттю «житлове приміщення», яке визначене у Житловому кодексі УРСР [4, 38].

В юридичній літературі також існує думка, що під житлом слід розуміти палату у санаторії, будинку відпочинку і друге приміщення, призначене (тимчасово чи постійно) для проживання в ньому людей. Вчені, які відстоюють цю думку, вважають каюту на кораблі, намет також такими, які включаються в поняття «житло» [5, 67].

Е. О. Мічурін вважає: «Житло — це квартири багатоквартирних будинків, одноквартирні будинки, кімнати в квартирах чи одноквартирних будинках, а також інші приміщення, призначені для постійного або тимчасового проживання людей, що завершені будівництвом та віднесені у встановленому порядку до житлового фонду» [6, 5].

Підтримуючи думку вчених щодо необхідності виділення такої ознаки житла, як внесення до державного реєстру прав, О. В. Воронова на підставі виділених ознак житла та його видів дає таке визначення поняття житла: «Це квартири та житлові будинки без поділу на квартири, які призначені та придатні для постійного проживання в них і внесені, як такі, до державного реєстру прав на нерухоме майно та їх обмежень» [7, 5].

Слід погодитися з думкою І. Шумака, який вважає, що житлом є не тільки приміщення, де особа постійно чи переважно проживає, а і яке належить особі на праві приватної власності, незалежно від того, живе в них людина чи ні [8, 24].

Згідно зі ст. 380 Цивільного кодексу України, «житловим будинком є будівля капітального типу, споруджена з дотриманням вимог, встановлених законом, іншими нормативно-правовими актами, і призначена для постійного в ній проживання».

Примикаючи до житлового будинку і розташовані на земельній ділянці підсобні споруди (сараї, гаражі, погріба) не розглядаються як самостійні об'єкти права власності, а входять до архітектурно-будівельного комплексу «житловий будинок».

Не визнаються житловим будинком незакінчені об'єкти до повного закінчення робіт згідно з договором про надання земельної ділянки для будівництва будинку. Слід також звернути увагу на ч. 3 ст. 331 ЦК України:

«До завершення будівництва (створення майна) особа вважається власником матеріалів, обладнання тощо, які були використані в процесі цього будівництва (створення майна).

У разі необхідності особа, зазначена в абзаці першому цієї частини, може укласти договір щодо об'єкта незавершеного будівництва, право власності на який реєструється органом, що здійснює державну реєстрацію прав на нерухоме майно на підставі документів, що підтверджують право власності або кори-

стування земельною ділянкою для створення об'єкта нерухомого майна, проектно-кошторисної документації, а також документів, що містять опис об'єкта незавершеного будівництва». Тобто зараз можливо здійснити державну реєстрацію права власності і на об'єкти незавершеного будівництва.

Громадяни можуть будувати будинки на праві приватної власності як у місті, так і в сільській місцевості.

Збудовані будівлі мають бути визнані спеціально уповноваженим органом, тобто зареєстровані в місцевих органах комунального господарства, дотримані архітектурно-будівельні, санітарні, протипожежні правила.

Право власності на житловий будинок нероздільно пов'язано з правом власності на земельну ділянку. Згідно зі ст. 377 ЦК України, «до особи, яка набула право власності на житловий будинок (крім багатоквартирного), будівлю або споруду, переходить право власності, право користування на земельну ділянку, на якій вони розміщені, без зміни її цільового призначення в обсязі та на умовах, встановлених для попереднього землевласника (землекористувача).

Розмір та кадастровий номер земельної ділянки, право на яку переходить у зв'язку з переходом права власності на житловий будинок, будівлю або споруду, є істотними умовами договору, який передбачає набуття права власності на ці об'єкти (крім багатоквартирних будинків) (також див. ст. 40 Земельного кодексу України).

Згідно з абз. 2 ч. 3 ст. 325 ЦК України «Законом може бути встановлено обмеження розміру земельної ділянки, яка може бути у власності фізичної та юридичної особи».

Будинки, які не мають власників чи власник яких невідомий, є безхазяйними. «Безхазяйні нерухомі речі беруться на облік органом, що здійснює державну реєстрацію прав на нерухоме майно, за заявою органу місцевого самоврядування, на території якого вони розміщені. Про взяття безхазяйної нерухомої речі на облік робиться оголошення у друкованих засобах масової інформації.

Після спливу одного року з дня взяття на облік безхазяйної нерухомої речі вона за заявою органу, уповноваженого управляти майном відповідної територіальної громади, може бути передана за рішенням суду у комунальну власність» (ч. 2 ст. 335 ЦК України).

Власник житлового будинку повинен провести його реєстрацію.

Міністерство юстиції України наказом від 28 січня 2003 р. № 6/5 затвердило нову редакцію Тимчасового положення про порядок реєстрації прав власності на нерухоме майно.

Реєстрацію прав власності на нерухоме майно здійснюють комунальні підприємства бюро технічної інвентаризації (далі — БТІ). Реєстрація прав власності на нерухоме майно (далі — реєстрація прав) — це внесення записів до Реєстру прав власності на нерухоме майно (Порядок ведення Реєстру прав власності на нерухоме майно затверджено наказом Міністерства юстиції від 28 січня 2003 р. № 7/5), який здійснює БТІ за місцезнаходженням об'єктів нерухомого майна на підставі правовстановлюючих документів, грошима особи, яка звернулася в БТІ.

Обов'язковій реєстрації підлягає право власності на нерухоме майно фізичних та юридичних осіб, міжнародних організацій, іноземних держав, а також територіальних громад в особі органів, уповноважених управляти державним майном.

Реєстр прав власності на нерухоме майно (далі — Реєстр прав) є інформаційною системою, яка містить відомості про зареєстровані права власності, суб'єкти прав, об'єкти нерухомого майна, правоустановчі документи, на підставі яких здійснена реєстрація прав власності.

Реєстрація прав проводиться у такому порядку:

- прийняття та перевірка документів, поданих для реєстрації прав власності на нерухоме майно;
- встановлення відсутності підстав для відмови у реєстрації прав;
- внесення записів до Реєстру прав;
- здійснення надписів на правовстановлюючих документах;
- видача витягів з Реєстру прав про реєстрацію прав.

Для реєстрації виникнення, існування, припинення прав власності на нерухоме майно в БТІ разом з заявою про реєстрацію прав власності подаються правовстановлюючі документи, їх копії (нотаріально посвідчені), а також інші документи, які визначені вказаним Положенням.

При реєстрації прав власності на нерухоме майно, які виникли згідно з договором про відчуження нерухомого майна, які не посвідчені в нотаріальному порядку, подається також довідка про відсутність чи наявності арештів з Єдиного реєстру заборон відчуження об'єктів нерухомого майна, яка видається на підставі відповідного запиту БТІ, і витяг з Реєстру застав відчуження майна при наявності чи відсутності податкової застави на об'єкт нерухомого майна.

Оформлення прав власності на об'єкти нерухомого майна проводиться з видачею свідоцтва про право власності.

Таким чином, можна виділити такі загальні ознаки житла, а також житлового будинку: будівля капітального типу; призначене для постійного проживання громадян; будівництво якого проводилось по відповідному затвердженому проекту і завершено; розташований на законно відведеній ділянці; який пройшов державну реєстрацію; прийнятий в експлуатацію; інвентаризаційний; відповідний санітарним, технічним нормам і встановленій мінімальній нормі житлової площі; який має певну вартість (ринкову, балансову, остаточну, інвентаризаційну і іншу вартість).

Вищевказані ознаки також свідчать про двоїсту сутність поняття житла та житлового будинку. Житло, а також житловий будинок як об'єкти правовідношень можуть виступати такими як у житлово-правових відношеннях, призначеність яких — для постійного проживання, так і в цивільно-правових відношеннях як предмети цивільного обороту. З одного боку — житло, з іншого — майно. Відповідно, застосування вищевказаних термінів потребує урахування специфіки правовідношень.

З урахуванням вищевказаного можна визначити поняття житла і одноквартирного житлового будинку: «Житло фізичної особи є житловий будинок, квар-

тира, інші приміщення, призначені та придатні для постійного проживання в них, які пройшли державну реєстрацію в установленому законодавством порядку, також приміщення і інші об'єкти, відповідні вищевказаним вимогам і які належать особі на праві приватної власності, незалежно від того, проживає в них фізична особа чи ні.

Житловий будинок фізичної особи — призначене для постійного проживання житлове приміщення капітального типу, зареєстроване в установчому законодавством порядку і відповідне санітарним, технічним нормам і встановленій мінімальній нормі житлової площі».

Насамкінець необхідно зазначити, що в юридичній літературі зазначається, що житлові права громадян охороняються державою шляхом забезпечення правопорядку в державі в цілому. Органи державної влади і управління забезпечують умови для запобігання правопорушенням, їх своєчасного виявлення і припинення, вжиття профілактичних заходів. З моменту порушення суб'єктивних прав на житло держава в особі її юрисдикційних органів надає правовий захист шляхом вирішування спорів, оцінювання дій особи чи іншого суб'єкта права з боку їх правомірності і застосовуючи юридичні санкції до правопорушників [9, 29].

### Література

1. Нагорняк В. А. Цивільні правочини з приватизованим житлом : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В. А. Нагорняк. — Х., 2000.
2. Аврамова О. Поняття житла і його правове значення // Підприємництво, господарство і право. — 2000. — № 6. — С. 37–41.
3. Мічурін Є. Особливості правового режиму житла та його співвідношення з іншими видами нерухомого майна // Право України. — 2002. — № 11. — С. 91–93.
4. Коваленко О. Співвідношення норм житлового та кримінального права в судовій практиці: окремі питання // Право України. — 2000. — № 7. — С. 91–92.
5. Ільченко С. Визначення поняття житла // Підприємництво, господарство і право. — 2002. — № 6. — С. 57–69.
6. Мічурін Е. О. Цивільний договір як один із засобів реалізації права на житло : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Е. О. Мічурін. — Х., 2000.
7. Воронова О. В. Підстави набуття права власності на житло : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / О. В. Воронова. — К., 2005.
8. Шумак І. О. Громадянські права і свободи людини за Конституцією України : дис. ... канд. юрид. наук / І. О. Шумак. — К., 2000.
9. Галянтич М. Особливості реалізації конституційних прав громадян на житло // Закон і бізнес. — 2002. — № 19. — С. 29–35.

### Анотація

**Копилова Ж. В. Житло як родове поняття одноквартирного житлового будинку громадян України.** — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню понять житла та одноквартирного житлового будинку громадян України в цивільному праві. Виділяються загальні (обов'язкові) ознаки житлового будинку і житла в цілому. Автор аналізує законодавчі акти з реєстрації прав власності на нерухоме майно. Пропонується власне визначення понять житла і житлового будинку.

*Ключові слова:* житло, житловий будинок, реєстрація прав власності.

## Анотація

**Копилова Ж. В.** Жилье как родовое понятие одноквартирного жилого дома граждан Украины. — Статья.

Статья посвящена исследованию понятий жилья и одноквартирного жилого дома граждан Украины в гражданском праве. Выделяются общие (обязательные) признаки жилого дома и жилья в целом. Автором анализируются законодательные акты по регистрации прав собственности на недвижимое имущество. Предлагается собственное определение понятий жилья и жилого дома.

*Ключевые слова:* жилье, жилой дом, регистрация прав собственности.

## Summary

**Kopilova J.** Habitation As Family Concept of One-Flat Dwelling-House of Citizens of Ukraine. — Article.

The article is devoted research of concepts of habitation and one-apartment habitable houses of Ukraine citizens in civil law. Distinguish oneself by the general (obligatory) signs of an apartment house and habitations as a whole are allocated. The author analyzes legislative acts on registration of the property rights to real estate. Own definition of concepts of habitation and an apartment house is offered.

*Keywords:* habitation, an apartment house, registration of the property rights.

УДК 347.66/67(477)

**О. Ю. Цибульська**

**ПРАВОВІДНОСИНИ, ЩО ВИНΙΚАЮТЬ ВНАСЛІДОК  
ПОКЛАДЕННЯ НА СПАДКОЄМЦЯ ОБОВ'ЯЗКУ ВЧИНИТИ ДІЇ  
ДЛЯ СУСПІЛЬНО КОРИСНОЇ МЕТИ**

Актуальність теми зумовлена тим, що на сучасному етапі розвитку нашої держави, законодавство якої дозволяє накопичувати громадянами за життя необмежену кількість майна, проблеми належного правового регулювання інституту заповідальних розпоряджень, за допомогою яких можна визначити подальшу його долю на випадок смерті, є надзвичайно важливими.

ЦК України серед заповідальних розпоряджень передбачає можливість зобов'язувати спадкоємця до вчинення певних дій, спрямованих на досягнення суспільно корисної мети.

В науці цивільного права мають місце окремі праці фахівців з дослідження інституту заповідальних розпоряджень взагалі, так і покладення на спадкоємця обов'язку виконати дії для досягнення суспільно корисної мети зокрема, що здійснювалися як в радянський, так і в теперішній період. Серед основних дослідників зазначеної проблеми варто виділити Б. С. Антимонova, Н. М. Баранника, Д. П. Ватмана, В. К. Дроннікова, Ю. О. Заїку, В. М. Ігнатенко, Є. О. Рябоконт, В. І. Серебровського, С. Я. Фурсу, Є. І. Фурсу та ін. Втім цілісного та комплексного наукового дослідження правовідносин, що виникають внаслідок зазначеного розпорядження заповідача, проведено не було.

Як наслідок, на практиці забезпечення права на встановлення в заповіді відповідного розпорядження може викликати низку проблем, серед яких зви-

чайна відсутність належної інформації у необізнаних в праві громадян щодо можливості розпорядитися майном на випадок смерті за допомогою покладення обов'язку на спадкоємця виконати дії для суспільно корисної мети, а також недосконалість чинного законодавства України в цій сфері. Вказані проблеми не можливо подолати без відповідних науково-теоретичних розробок.

Враховуючи вищенаведене, вказане дослідження є своєчасним, має важливе теоретичне і практичне значення.

Метою цієї статті є дослідження правовідносин, що виникають внаслідок встановлення в заповіті заповідального покладення.

Для досягнення зазначеної мети були поставлені такі завдання: визначити характер правовідносин, що виникають внаслідок заповідального покладення; встановити коло суб'єктів, об'єкт та зміст правовідносин, що виникають внаслідок встановлення заповідального покладення; на підставі проведеного дослідження сформулювати пропозиції щодо удосконалення законодавства у сфері правового регулювання відносин, що виникають внаслідок заповідального покладення.

Відповідно до ч. 2 ст. 1240 ЦК України заповідач може зобов'язати спадкоємця до вчинення певних дій, спрямованих на досягнення суспільно корисної мети [18]. Така можливість має теоретичну назву «заповідальне покладення» [17, 906; 6, 99].

Аналогічне положення закріплено і в Постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про спадкування» від 30 травня 2008 р. № 7, де в підп. 5 п. 16 зазначено, що заповідач може зобов'язати спадкоємців до вчинення певних дій, спрямованих на досягнення суспільно корисної мети [11].

В юридичній літературі серед цивілістів не має єдиної позиції з приводу визначення характеру правовідносин, що виникають внаслідок покладення на спадкоємця обов'язку виконати певні дії, спрямовані на досягнення суспільно корисної мети.

Прибічники однієї точки зору вважають, що покладення не створює цивільно-правового зобов'язання, а лише зобов'язує спадкоємця виконати певні дії [12, 787; 13, 151]. Так, Д. Ватман вважав, що покладення, на відміну від легату, не встановлює зобов'язальних правовідносин між спадкоємцем та конкретною особою, а «лише зобов'язує спадкоємця використовувати одержане ним майно для досягнення загальнокорисної мети» [3, 24]. На думку В. І. Серебровського, при покладенні не виникають зобов'язальні відносини між спадкоємцем та іншою особою, тому і немає кредитора, який міг би вимагати виконання зобов'язання на свою користь [14, 143]. За твердженням В. К. Дронікова покладення на відміну від заповідального відказу, що створює зобов'язальні відносини між спадкоємцем і відказоодержувачем, є лише юридичним обов'язком, що обмежує або зменшує надане право [5, 104]. Б. С. Антимонов і К. А. Граве вказували, що хоча здійснення тих дій, які складають зміст покладення, і являє собою обов'язок відповідного спадкоємця за заповітом, такий спадкоємець не стає боржником будь-якої певної особи, яка могла б по-

дібно відказоодержувачу або іншому кредитору спадкоємця вимагати виконання цих дій [1, 173]. Н. М. Бараннік та А. П. Сінельник зазначають, що покладення не створює цивільно-правового зобов'язання між спадкоємцем і певною особою, а лише зобов'язує спадкоємців використовувати отримане ними за спадкуванням майно для досягнення вказаної в заповіті суспільно корисної мети [3, 15].

Прибічники іншої точки зору зазначають, що правовідносини, які виникають внаслідок заповідального покладення, породжують зобов'язання. Так, В. М. Ігнатенко стверджує, що заповідальне покладення так само, як і заповідальний відказ, носить зобов'язальний характер, де спадкоємець, який виступає як боржник, зобов'язаний виконати його належним чином. На відміну від заповідального відказу, який називає як кредитора, так і боржника, заповідальне покладення вказує лише боржника — спадкоємця, а кредитором може виступати будь-яка зацікавлена в діях, спрямованих на здійснення загальнокорисної мети, особа, тобто має місце встановлення правового зв'язку між спадкоємцем і особою, яка відгукнулася, що, без сумніву, має зобов'язально-правовий характер [7, 18; 8, 34]. Аналогічну точку зору висловлюють також Ю. О. Заїка та Є. О. Рябоконь, які зазначають, що, як і відказ, покладення є одним із розпоряджень заповідача, яким у спадкоємця встановлюється обов'язок із виконання дій, спрямованих на здійснення загальнокорисної мети. Між спадкоємцем за заповітом, на якого покладений відповідний обов'язок, та між особами, які мають право вимагати виконання на їх користь дій відповідного змісту, складаються зобов'язальні відносини, в яких перший виступає боржником, а останні — кредиторами [6, 52, 98]. На думку В. В. Васильченка, а також інших цивілістів, в силу покладення виникають правовідносини, в яких зобов'язаній особі — спадкоємцю протистоять в якості правомочних всі зацікавлені в його виконанні особи [3, 104].

Є необхідним погодитись із позицією тих авторів, які вважають, що правовідносини, які виникають внаслідок заповідального покладення, носять зобов'язальний характер. Хоча, дійсно, уповноважений суб'єкт у правовідношенні, що виникло внаслідок заповідального покладення, визначально невідомий і це, в свою чергу, є основною відмінністю даного заповідального розпорядження від заповідального відказу, проте, це зовсім не означає, що він взагалі відсутній — цей суб'єкт існує, але з огляду на надзвичайно широке коло потенційних кредиторів у зобов'язанні, яке виникає з покладення, не можна наперед визначити, яка конкретно особа або сукупність осіб виявиться ним.

При визначенні кола суб'єктів зобов'язання, що виникає внаслідок заповідального покладення слід керуватись тим, що даний вид заповідального розпорядження передбачає покладення на спадкоємця виконання дій для суспільно корисної мети і у цьому виявляється його специфічність і відмінність від інших обов'язків спадкоємців [16, 46–48].

Таким чином, інтерес у заповідальному покладенні набуває публічного характеру, оскільки при майновому характері останнього не встановлюється конкретно певний вигодонабувач [2, 15].

Правомочними особами при покладанні можуть бути як чітко визначений суб'єкт (наприклад, письменник дає спадкоємцю вказівку передати зібрані ним літературні матеріали державі з метою подальшого створення на їх основі бібліотеки) або певна соціальна група (наприклад, вчений разом із призначенням спадкоємцем навчального закладу, в якому він працював, покладає на нього зобов'язання надавати у користування студентам цього закладу створені ним електронні пристрої для проведення наукових досліджень), так і надзвичайно широке коло осіб (наприклад, заповідач, залишаючи спадкоємцеві зібрану ним рідкісну колекцію картин, монет тощо, покладає на нього обов'язок надавати всім бажаним у певні дні та години можливість для ознайомлення з ними; відомий композитор, призначаючи спадкоємцем консерваторію і передаючи останній предмети, пов'язані з його професійною діяльністю, зобов'язує останню влаштувати в його будинку музей) [6, 97–98].

Отже, оскільки закон не передбачає певного кола суб'єктів, які мають право вимагати виконання дій для суспільно корисної мети, необхідно виходити з того, що право вимоги виконання заповідального покладення мають будь-які зацікавлені у виконанні цього заповідального розпорядження особи [3, 55].

Таким чином, суб'єктами зобов'язання, що виникатиме внаслідок покладення на спадкоємця обов'язку вчинення певних дій, спрямованих на досягнення суспільно корисної мети, слід вважати спадкоємця, що матиме правове становище боржника, та будь-яку із зацікавлених у виконанні таких дій осіб, що матиме правове становище кредитора.

Об'єктом правовідносин, що виникають внаслідок заповідального покладення, є певні дії зобов'язаного спадкоємця за заповітом, спрямовані на досягнення загальнокорисної мети.

Зі змісту ч. 2 ст. 1240 ЦК України залишається невизначеним характер дій зобов'язаного покладенням спадкоємця. Слід погодитись із думкою В. Ігнатенка, який стверджує, що в цьому разі маються на увазі дії як майнового, так і не майнового характеру, які завжди спрямовані на досягнення загальнокорисної мети [8, 33–34].

Разом із тим положення, що містяться в абз. 4 п. 160 розділу 17 глави 3 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженій Наказом Міністерства юстиції України від 3 березня 2004 р. № 20/5 [9] (далі — Інструкція), де закріплено, що до заповіту може бути включено розпорядження немайнового характеру (наприклад, розпорядження особистими паперами, визначення місця і форми здійснення ритуалу поховання заповідача, бажання призначити опіку над неповнолітніми, виконання певних дій, спрямованих на досягнення суспільно корисної мети тощо), а також — в Порядку посвідчення заповітів і довіреностей, що прирівнюються до нотаріально посвідчених, затвердженому Постановою Кабінету Міністрів України від 15 червня 1994 р. № 419 [10] (далі — Порядок), де в заповіт, згідно абз. 2 п. 20 Порядку, може бути включено розпорядження немайнового характеру (наприклад, порядок розпорядження особистими паперами, виконання певних дій, спрямованих на досягнення суспільно корисної мети тощо) не відповідають дійсному



положенню обставин, оскільки надають діям зобов'язаного спадкоємця, спрямованим на досягнення загальнокорисної мети, виключно немайновий характер.

Таким чином, існує певна неузгодженість в правовому регулюванні даного виду заповідальних розпоряджень між ЦК України та Інструкцією і Порядком, що на практиці може приводити до неоднакового тлумачення нотаріусами можливості покладати на спадкоємців обов'язків щодо вчинення певних дій, спрямованих на досягнення загальнокорисної мети, передбаченої ч. 2 ст. 1240 ЦК України.

Зазначене вище обґрунтовує необхідність внести зміни абз. 4 п. 160 розділу 17 глави 3 Інструкції та абз. 2 п. 20 Порядку і викласти їх в такій редакції:

«До заповіту може бути включено розпорядження немайнового характеру (наприклад, порядок розпорядження особистими паперами, визначення місця і форми здійснення ритуалу поховання заповідача тощо), а також розпорядження з виконання певних дій, спрямованих на досягнення суспільно корисної мети».

Невирішеним питанням залишається визначення ознак загальнокорисної мети, для досягнення якої спадкоємець зобов'язаний виконувати дії майнового або не майнового характеру. На жаль, ці ознаки ані теорією цивільного права, ані практикою до сих пір не розроблені, що викликає чимало проблем на практиці нотаріусів при посвідченні заповітів, що містять подібні розпорядження на випадок смерті [15, 32].

Зміст правовідносин, що виникають внаслідок заповідального покладення складають обов'язок спадкоємця за заповітом вчинити певні дії для досягнення суспільно корисної мети та право вимоги будь-якої із зацікавлених у виконанні таких дій особи.

ЦК України не визначає ані момент виникнення права вимоги у кредиторів на предмет заповідального покладення, ані момент, з якого кредитори мають право звернутися до суду із позовом до такого спадкоємця-боржника. В юридичній літературі розповсюдженою є думка, згідно з якою до заповідального покладення, предметом якого є дії майнового характеру, застосовуються правила про виконання заповідального відказу [19, 625].

Отже, як і при заповідальному відказі, необхідно розрізняти час, з якого у вигодонабувача за заповідальним покладенням виникає право вимоги до спадкоємця за заповітом, та час, з якого вигодонабувач має право пред'явити позов із вимогою виконання зобов'язання.

Оскільки ч. 4 ст. 1238 ЦК України закріплено положення, згідно з яким відказоодержувач має право вимоги до спадкоємця з часу відкриття спадщини, то застосовуючи аналогію закону слід визнати, що і у вигодонабувача за заповідальним покладенням виникатиме право вимоги до спадкоємця за заповітом з часу відкриття спадщини. Разом із тим, керуючись роз'ясненням, наданим в Постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про спадкування» від 30 травня 2008 р. №7, де в абз. 3 п. 17 закріплено, що за правилом ч. 4 ст. 1238 ЦК України відказоодержувач має право вимоги до спадкоємця з часу відкриття спадщини, однак право пред'явити до

спадкоємця позов із вимогою виконання зобов'язання, що виникає внаслідок заповідального відказу, відказоодержувач набуває лише після того, як спадкоємець прийме спадщину, і до цього часу право відказоодержувача не може вважатися порушеним, і право на позов не виникає, можна стверджувати, що право вигодонабувача за заповідальним покладенням пред'явити позов до спадкоємця (так само як і право відказоодержувача за заповідальним відказом) виникатиме тільки з часу прийняття останнім спадщини.

Що ж стосується визначення початку перебігу позовної давності, то аналогія закону і в даному випадку матиме застосування. Аналогічно визначенню початку перебігу позовної давності у відказоодержувача за заповідальним відказом має бути вирішено питання й щодо початку перебігу позовної давності у вигодонабувача за заповідальним покладенням. Тобто початком перебігу позовної давності вигодонабувача за заповідальним покладенням слід вважати момент прийняття спадкоємцем-боржником спадщини. Правом такої вимоги уповноважена (зацікавлена) особа може скористатися протягом встановленого законом трирічного строку позовної давності (ст. 257 ЦК України), перебіг якого обчислюється за загальними правилами початку перебігу строку позовної давності.

З огляду на зазначене вище, можна стверджувати, що, правовідносини, які виникають внаслідок заповідального покладення, є зобов'язальними, і визначальними ознаками цього можна виділити наступні:

— сторонами зобов'язання є спадкоємець — особа, яка несе обов'язок виконати певні дії для досягнення загальнокорисної мети; і вигодонабувачі — всі зацікавлені у виконанні дій, спрямованих на досягнення загальнокорисної мети, особи, яким належить право вимоги;

— об'єктом правовідносин є дії, а отже, правовідносини, що виникають внаслідок заповідального покладення, опосередковують динаміку цивільного обігу;

— здійснення суб'єктивного права вигодонабувачами можливе тільки у разі здійснення спадкоємцем дій, що складають його обов'язок.

Зазвичай, висвітлення всіх аспектів, пов'язаних з дослідженням відповідного заповідального розпорядження, є неможливим. Разом із тим, висновки, отримані в результаті дослідження правовідносин, що виникають внаслідок покладення обов'язку на спадкоємця вчинити певні дії, спрямовані на досягнення суспільно корисної мети, можуть бути підставою для наукових праць в подальшому.

### Література

1. Антимонов Б. С. Советское наследственное право / Б. С. Антимонов, К. А. Гравс. — М. : Госюриздат, 1955. — 215 с.
2. Баранник Н. Специальные (особые) распоряжения завещателя // Мала енциклопедія нотаріуса (комплект). — 2005. — № 1. — С. 13–16.
3. Васильченко В. В. Коментар Книги шостої Цивільного кодексу України «Спадкове право» // Довідник нотаріуса. — 2006. — № 1. — С. 4–96.
4. Ватман Д. Завещательный отказ // Советская юстиция. — 1970. — № 18. — С. 24.

5. Дронников В. К. Наследственное право Украинской ССР / В. К. Дронников. — К. : Вища шк., 1974. — 159 с.
6. Заїка Ю. О. Спадкове право : навч. посіб. / Ю. О. Заїка, Є. О. Рябоконт. — К. : Юрінком Інтер, 2009. — 352 с.
7. Ігнатенко В. Заповідальний відказ і заповідальне покладення як види позадоговірних зобов'язань // Підприємництво, господарство і право. — 2003. — № 6. — С. 17–22.
8. Ігнатенко В. Правова характеристика відносин, що виникають із заповідального покладення // Підприємництво, господарство і право. — 2003. — № 8. — С. 31–35.
9. Про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України : інструкція, затв. наказом Міністерства юстиції України від 3 берез. 2004 р. № 20/5 // Офіційний вісник України. — 2004 р. — № 10. — Ст. 639.
10. Про порядок посвідчення заповітів і довіреностей, що прирівнюються до нотаріально посвідчених : постанова Кабінету Міністрів України від 15 черв. 1994 р. № 419 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua>.
11. Про судову практику у справах про спадкування : постанова Пленуму Верховного Суду України від 30 трав. 2008 р. № 7 // Вісник Верховного суду України — 2008 р. — № 6. — Ст. 17.
12. Пучкова И. А. Гражданский кодекс Украины : науч.-практ. коммент. / И. А. Пучкова. — Х., 1999. — 848 с.
13. Садигова Л. Спадкування за заповітом // Мала енциклопедія нотаріуса (комплект). — 2009. — № 2. — С. 145–166.
14. Серебровский В. И. Избранные труды по наследственному праву / В. И. Серебровский. — М. : Статут, 1997. — 567 с.
15. Солодова А. А. Завещательное назначение опекуна или попечителя в форме завещательного возложения // Юрист. — 2007. — № 1. — С. 32–33.
16. Спадкове право. Нотаріат. Адвокатура. Суд : наук.-практ. посіб. / [С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, О. М. Клименко та ін.] ; за заг. ред. С. Я. Фурси. — К. : Вид. Фурса С.Я. : КНТ, 2007. — 1216 с.
17. Харитонов Е. О. Гражданское право Украины : учебник / Е. О. Харитонов, Н. А. Саниахметова. — Х. : Одиссей, 2004. — 960 с.
18. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січ. 2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40–44. — Ст. 356.
19. Цивільне право України : підручник. У 2 кн. Кн. 2 / [О. В. Дзера, Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.] ; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — К. : Юрінком Інтер, 2002. — 780 с.

### Анотація

**Цибульська О. Ю.** Правовідносини, що виникають внаслідок покладення на спадкоємця обов'язку вчинити дії для суспільно корисної мети. — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню правовідносин, що виникають внаслідок покладення на спадкоємця зобов'язання виконати дії для досягнення суспільно корисної мети. В роботі визначається характер відповідних правовідносин шляхом розкриття його елементів: суб'єктів, об'єкта та змісту; формуються пропозиції щодо удосконалення законодавства у сфері цивільно-правового регулювання відносин, що виникають внаслідок заповідального покладення.

**Ключові слова:** заповідальні розпорядження, заповідальне покладення, зобов'язальні правовідносини.

### Аннотация

**Цибульская О. Ю.** Правоотношения, возникающие в результате возложения на наследника обязанности совершить действия для общественно полезной цели. — Статья.

Статья посвящена исследованию правоотношений, возникающих в результате возложения на наследника обязательства выполнить действия для достижения общественно полезной цели. В работе определяется характер указанных правоотношений путем раскрытия его элементов: субъектов, объекта и содержания; формулируются предложения по совершенствованию законодательства в сфере гражданско-правового регулирования отношений, возникающих в результате завещательного возложения.

**Ключевые слова:** завещательные распоряжения, завещательное возложение, обязательственные правоотношения.

### Summary

*Tsybulska O.Yu. Legal Relations Arising As a Result of Testamentary Burden. — Article.*

This scientific article is devoted research of legal relations arising as a result of testamentary burden. The thesis determines a nature of these relations; reveals disadvantageous features of legislation in the sphere of testamentary arrangements civil legal regulation and suggests the ways to remove them.

*Keywords:* testamentary arrangements, testamentary burden, binding legal relations.

УДК 347.65/68:347.932(477)

*Н. В. Черногор*

### ВИЗНАЧЕННЯ СТРОКІВ ТА ТЕРМІНІВ У СПАДКОВОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Важливе значення в житті кожної людини займає спадкове право. Спадкові правовідносини виникають, здійснюються та припиняються з настанням вказаних в нормах юридичних фактів у певний час. Саме тому для спадкових правовідносин час має важливе значення. За допомогою строків та термінів суб'єкти спадкових правовідносин можуть реалізувати своє суб'єктивне право на спадщину.

Дослідженню строків та термінів у цивільному праві було приділено багато праць видатних вчених, таких як: В. П. Грибанов, О. А. Красавчиков, І. Б. Новицький, М. А. Гурвич, В. В. Луць, Т. М. Вахонєва та інші. У спадковому праві на проблему строків та термінів звертали увагу: Ю. О. Заїка, С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, З. В. Ромовська, Є. О. Харитонов, Є. О. Рябоконь та інші.

Строки та терміни у спадковому праві знайшли достатньо широке визначення, але закріплення у Цивільному кодексі України 2003 р. (далі — ЦК України) понять «строк» та «термін» викликає багато проблем у їх практичному застосуванні. Метою проведення даного дослідження є визначення строків та термінів у спадковому праві України.

Право на прийняття спадщини є суб'єктивним цивільним правом, зміст якого полягає у можливості спадкоємцями прийняти спадщину або відмовитися від неї [1]. Дане суб'єктивне право спадкоємець може реалізувати в межах чітко встановлених та імперативно визначених строків та термінів.

Закон пов'язує відкриття спадщини із двома юридичними фактами: біологічна смерть фізичної особи та оголошення її померлою. Згідно з ч. 1 ст. 15 Закону України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині» [2] людина вважається померлою з моменту, коли встановлена смерть її мозку (біологічна смерть). Смерть мозку означає повну і незворотну втрату всіх його функцій. У випадку, якщо ж життєдіяльність організму підтримується за допомогою апаратів штучного дихання, кровообігу тощо, смерть ще не настала і, відповідно, спадщина не відкрилась.

Згідно зі ст. 1220 ЦК України, підставами відкриття спадщини є смерть фізичної особи або оголошення її такою, що померла. Смерть — це подія, тобто обставина, яка не залежить від волі суб'єктів права. При цьому для виникнення спадкових правовідносин не має значення, що було причиною смерті, тому що вирішальним є сам факт смерті. Також у випадку оголошення фізичної особи такою, що померла, підставою виникнення спадкових правовідносин є рішення суду, яке ґрунтується на припущенні, що фізична особа-спадкоємець померла [3, 353]. Момент відкриття спадщини визначається залежно від того, яка з зазначених обставин є підставою виникнення спадкових правовідносин.

У разі, якщо виникнення спадкових правовідносин пов'язане зі смертю особи-спадкодавця, часом відкриття спадщини вважається день її смерті. Факт смерті підтверджується свідоцтвом про смерть, виданим органом РАЦС. Якщо підставою виникнення спадкових правовідносин є оголошення фізичної особи такою, що померла, то час відкриття спадщини визначається згідно з нормою ч. 3 ст. 46 ЦК України, яка передбачає, що фізична особа оголошується померлою від дня набрання законної сили рішенням суду про це. Таке рішення суду є підставою для реєстрації органами РАЦС факту смерті та видачі свідоцтва про смерть. Якщо ж фізична особа, яка пропала безвісти за обставин, що загрожували їй смертю чи дають підставу припустити її загибель від певного нещасного випадку, або у зв'язку з воєнними діями, то вона може бути оголошена судом померлою від дня її вірогідної смерті [4, 130].

Правові наслідки оголошення фізичної особи померлою прирівнюються до наслідків, які настають за фактом смерті. Але для спадкоємців, які прийняли спадщину після особи, оголошеної в судовому порядку померлою, встановлені певні обмеження щодо розпорядження її майном. Так, згідно зі ст. 47 ЦК України спадкоємці не мають права протягом п'яти років відчувувати нерухоме майно, яке вони набули у зв'язку з відкриттям спадщини особи, яка оголошена померлою.

На практиці виникають такі ситуації, коли день вступу в законну силу судового рішення і день передбачуваної або фактичної смерті, вказаний у судовому рішенні, знаходиться у часі на суттєвій відстані один від одного, іноді за межами встановленого строку для прийняття спадщини. У цьому разі спадкоємці можуть автоматично опинитися в становищі таких, що пропустили строк для прийняття спадщини. Такі спадкоємці повинні звернутися з позовом до суду спочатку про визнання фізичної особи померлою в порядку окремого провадження, а після одержання судового рішення про оголошення спадкодавця померлим, звертатися до нотаріуса із заявою про прийняття спадщини. І тільки після одержання відмови нотаріуса через пропущений строк для прийняття спадщини, спадкоємці можуть звернутися до суду з позовом про надання їм додаткового строку, достатнього для прийняття спадщини.

Для вирішення цього питання, вважаємо за необхідне звернути увагу на думку російського вченого В. А. Гаджієва, який пропонує, якщо день набрання законної сили рішення про визнання особи померлою та день передбачува-

ної або фактичної смерті вказаний в рішенні суду знаходяться в часі на суттєвій відстані один від одного, то строк для прийняття спадщини повинен починатися від дня набрання законної сили рішення суду про оголошення особи померлою [5]. Отже обчислення строку для прийняття спадщини слід починати від дня набрання законної сили рішенням суду про оголошення такої особи померлою, а склад спадщини, що належав спадкодавцеві, повинен визначатися на день передбачуваної або фактичної смерті.

У випадку, коли у свідоцтві про смерть особи-спадкодавця вказаний лише місяць або рік смерті, то часом відкриття спадщини слід вважати останній день указанного місяця або року.

Відповідно до ч. 3 ст. 1220 ЦК України, особи, які померли протягом однієї доби, також у різні години однієї календарної доби, які могли б спадкувати одна після одної, вважаються померлими одночасно. Спадщина відповідно них відкривається одночасно і окремо щодо кожного з них вони не успадковують одна після одної, а натомість, є окремими спадкодавцями. Таких осіб називають комморієнти. Термін «одночасно» у даній нормі визначається не за моментом, а за відрізком часу та має тлумачитися як «в один день», тобто протягом одного дня [6, 775]. Термін на «добу» потрібно тлумачити як «день» з нуля годин до двадцять четвертої години, а не як астрономічні двадцять чотири години, що відраховуються з будь-якого моменту. Оскільки часом відкриття спадщини визначають саме день смерті особи-спадкодавця, то особи, які померли в один день, але в різний час доби, вважаються такими, що померли в один час.

Згідно з ч. 4 ст. 1220 ЦК України, якщо кілька осіб, які могли б спадкувати одна після одної, померли під час спільної для них небезпеки (стихійного лиха, аварії, катастрофи тощо), припускається, що вони померли одночасно. Відносно таких осіб спадщина відкривається одночасно і окремо щодо кожної з цих осіб. Але ще до прийняття ЦК України 2003 р. В. Ю. Чуйкова пропонувала внести норму стосовно того, що особи визначаються померлими одночасно і не спадкують один після другого, лише при неможливості встановити, хто з двох і більше осіб померли раніше [7]. Отже особи вважаються такими, що померли одночасно, якщо вони померли під час спільної для них небезпеки, є лише припущенням. Зацікавлені особи вправі спростувати це припущення, надавши необхідні докази того, що одна із осіб померла одного дня, а інша — наступного [6, 776].

Враховуючи все вищевикладене, слід зазначити, що відкриття спадщини слід розглядати як юридичний факт, виникнення якого пов'язують не з моментом смерті спадкодавця, а з днем її настання. Але поняття «день» включає в себе години та хвилини і визначається календарною датою, тому, щоб відрізнити одну дату від іншої, необхідно зафіксувати точний час смерті спадкодавця, а саме момент її настання.

Потрібно звернути увагу на зміст ст. 1218 ЦК України, відповідно до якої: «до складу спадщини входять усі права та обов'язки, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок його смерті».

Вважаємо, що у даній нормі законодавець для вирішення питання відносно складу спадщини замість терміну «час» та «день» не випадково застосовує поняття «момент». На наш погляд, це потрібно для більш точного визначення кола об'єктів спадщини. Якщо після настання смерті спадкодавця, але в той самий день, спадкодавцю була нарахована грошова винагорода, то дане нарахування не буде породжувати юридичні наслідки спадкування, оскільки спадкодавець не встиг набути право на грошову винагороду. Тому остання не може входити до складу спадщини відповідно до ст. 1227 ЦК України.

Точне визначення часу смерті спадкодавця також потрібно при спадкуванні права на вклад у банку (фінансовій установі) згідно зі ст. 1228 ЦК України. Наприклад, якщо у спадкоємця виникло право на спадкування, права вимоги щодо одержання банківського вкладу, а розмір вкладу в проміжку між моментами відкриття спадщини та її прийняттям або оформленням свідоцтва про право на спадщину збільшився у зв'язку з нарахуванням відсотків, спадкоємець вважатиметься правонаступником вкладу в тому розмірі, в якому він існував на момент відкриття спадщини, а відсотки, нараховані пізніше, будуть йому належати вже не як спадкоємцеві, а як кредиторів за договором [8, 11]. Отже, під терміном «момент» мається на увазі не день смерті, а її миттєвість, година та хвилина.

Ми вважаємо, що законодавець не випадково використовує для вирішення питання відносно складу спадщини замість терміна «час» та «день» передбачає поняття «момент». Отже, іноді законодавець надає значення не тільки дню відкриття спадщини, а також моменту відкриття спадщини, який збігається з моментом смерті спадкодавця. Це необхідно для точного і об'єктивного вирішення питання саме моменту набуття і припинення прав та обов'язків, визначення кола об'єктів спадщини, для захисту прав та інтересів учасників спадкових правовідносин. Але це не стосується випадку, коли особа оголошується померлою від дня набрання законної сили рішення суду, також, коли особа пропала безвісти за обставин, що загрожували їй смертю або дають підстави припустити її загибель від певного нещасного випадку, або у зв'язку з воєнними діями, коли дана особа може бути оголошена померлою від дня її вірогідної смерті.

Чинне цивільне законодавство передбачає виняток з імперативного правила, яке пов'язує час відкриття спадщини з датою смерті спадкодавця. Часом відкриття спадщини посмертно реабілітованих осіб є день прийняття рішення районною комісією з питань поновлення прав реабілітованих про повернення майна реабілітованого або відшкодування його вартості спадкоємцям першої черги [9]. Саме з моментом прийняття комісією цього рішення пов'язується перебування майна реабілітованого в цивільному обігу, та коло спадкоємців першої черги визначається на день винесення цього рішення.

Підводячи підсумок зазначимо, що відкриття спадщини закон пов'язує з юридичними фактами такими як, смерть особи-спадкодавця або оголошення судом особи-спадкодавця померло, яке спричиняє за собою ті самі наслідки, що і смерть. Отже, відкриття спадщини — це настання тих юридичних фактів,

якими обумовлюється виникнення спадкових правовідносин [10, 964]. Під поняттями «час відкриття спадщини», «відкриття спадщини», «смерті спадкодавця» слід розуміти час відкриття спадщини та виникнення спадкових правовідносин.

З вищезазначеного слідує, що у нормах спадкового права використовуються поняття «час», «день», «момент». Час по відношенню до інших понять вважається ширшим за змістом, тобто він включає в себе інші поняття, а саме «день» та «момент». Тому в деяких випадках, коли не потрібне точне встановлення моменту виникнення, припинення спадкових правовідносин, законодавець використовує поняття «час».

У нормах, які регулюють спадкові правовідносини, жодного разу не вживається поняття «термін», але під терміном у спадковому праві потрібно розуміти «день» — як календарну дату або «момент» — як вказівку на подію, що має настати, а також «час відкриття спадщини», який відповідно ст. 1220 ЦК України вважається днем смерті особи-спадкодавця або днем, з якого вона оголошується померлою. Всі ці поняття підпадають під визначення поняття «терміна» у ст. ст. 251–252 ЦК України.

Терміном у спадковому праві вважаються відповідно до чинного законодавства поняття «час», «день», «момент», з якими пов'язане виникнення спадкових правовідносин.

Час відкриття спадщини визначається залежно від того, яка з названих вище обставин є підставою для виникнення спадкових правовідносин. Виникнення спадкових прав та обов'язків починається в кожному окремому випадку у свій термін.

Визначення часу відкриття спадщини має дуже важливе правове значення, оскільки дозволяє визначити та встановити, з якого моменту виникають спадкові відносини та з якого моменту починають обчислюватися строки у спадковому праві.

У спадковому праві практично всі строки мають імперативний характер, також початок обчислення строків завжди пов'язаний з настанням тих чи інших юридичних фактів.

Перебіг та обчислення строків у цивільному праві відбувається за правилами ст. ст. 253–255 ЦК України. Оскільки строки визначаються роками, місяцями, тижнями тощо, вони мають свій початок, який пов'язується або з конкретною календарною датою, або з подією, яка неминуче має настати. Але календарна дата або день настання події в обчислення тривалості строку не враховуються. Строк починається або з наступного дня після календарної дати, або з наступного дня після настання події.

Аналізуючи поняття «строк» і «термін», можна відзначити, що строк є складним поняттям, яке містить у собі початковий і кінцевий термін. Терміни доцільно розглядати як складову частину строків, які «обслуговують» строки шляхом встановлення їх граничних меж (момент початку перебігу того чи іншого строку та його закінчення) [11]. За допомогою «термінів» починають обчислюватися чи припиняється обчислення строків, в межах яких здійснюється



реалізація та захист учасниками цивільних правовідносин своїх прав та обов'язків.

Взаємозв'язок строків та термінів є безспірним, оскільки правильне визначення початку перебігу строку дає можливість або правильного обчислення того чи іншого строку, або встановити конкретний час виникнення, зміни чи припинення цивільних прав та обов'язків.

Визначення початку строку має велике практичне значення, оскільки від цього залежить як правильність обчислення строку, так і встановлення факту закінчення строку, що обумовлює ті чи інші юридичні наслідки, які настають у зв'язку з закінченням строку. Неправильне визначення строку може привести до штучного скорочення або подовження строку. Від того, наскільки правильно буде визначений момент початку перебігу строку, залежить і правильне обчислення строку. Встановлені з цього приводу правові норми не можуть бути змінені суб'єктами цивільного права, тобто є імперативними і поширюють свою дію на будь-які визначені правовідносини [12]. Обчислення строків відкриття спадщини слід починати з дня смерті особи-спадкодавця або з дня, коли вона оголошується померлою.

З часу відкриття спадщини, а саме з дня відкриття спадщини починають обчислюватися строки у спадковому праві, а саме:

1) строк подання заяви про прийняття спадщини, заяви про відмову від спадщини (ст. 1269 ЦК України);

2) строк для прийняття спадщини або відмови від її прийняття спадкоємцями (ч. 1 ст. 1270, ч. 1 ст. 1273 ЦК України);

3) строк пред'явлення претензій кредиторів до спадкоємців (ст. 1281 ЦК України);

4) строк для видачі свідоцтва про право на спадщину (ч. 1 ст. 1298 ЦК України);

5) річний строк, сплину якого за умови відсутності спадкоємців є підставою для звернення органу місцевого самоврядування до суду із заявою про визнання спадщини відумерлою (ч. 1–2 ст. 1277 ЦК України);

6) день відкриття спадщини є початковим терміном для перебігу строку позовної давності (ст. 257 ЦК України);

7) з часу відкриття спадщини вживаються заходи, щодо охорони спадкового майна. Охорона спадкового майна триває до закінчення строку, встановленого для прийняття спадщини (ст. 1283 ЦК України).

Враховуючи все вищевикладене, можна зробити висновок, що час відкриття спадщини визначається залежно від того, яка з названих вище обставин є підставою для виникнення спадкових правовідносин. Виникнення спадкових правовідносин починається в кожному окремому випадку у свій термін, який вважається початковим для обчислення строків у спадковому праві. Під терміном у спадковому праві потрібно розуміти «день» — як календарну дату або «момент» — як вказівку на подію, що має настати, а також «час відкриття спадщини», який відповідно до ст. 1220 ЦК України вважається днем смерті особи-спадкодавця або днем, з якого вона оголошується померлою.

## Література

1. Поняття цивільного права, цивільного інтересу та цивільного обов'язку [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://ua.textreferat.com/referat-5937-1.html>.
2. Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині : Закон України від 16 лип. 1999 р. № 1007-XIV // Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 41. — Ст. 377.
3. Цивільне право України : підручник. У 3 кн. Кн. 2 / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova, О. А. Підпригора [та ін.] ; за ред. Є. О. Харитонova. — О. : Юрид. л-ра, 2006. — 440 с.
4. Спадкування за законодавством України. Коментар. Судова практика : [зб. нормат. актів]. — К. : Юрінком Інтер, 2009. — 352 с.
5. Гаджиев В. А. Сроки в наследственном праве : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / В. А. Гаджиев. — Рязань, 2007. — 176 с.
6. Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України. [В 4 т.]. Т. 3 / А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Крищенко, В. Г. Ротань. — К. : А.С.К. ; Севастополь : Ін-т юрид. дослідж., 2003. — 928 с.
7. Чуйкова В. Ю. Правові питання спадкування за заповітом : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / В. Ю. Чуйкова. — Х., 1999. — 25 с.
8. Заїка Ю. О. Спадкове право : навч. посіб. / Ю. О. Заїка, Є. О. Рябоконь. — К. : Юрінком Інтер, 2009. — 352 с.
9. Про судову практику у справах про спадкування : постанова Пленуму Верховного Суду України від 30 трав. 2008 р. №7 // Вісник Верховного суду України. — 2008. — № 6. — Ст. 17.
10. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України. У 2 т. Т. 2 / за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецоваї, В. В. Луця. — 2-ге вид., переробл. і допов. — К. : Юрінком Інтер, 2006. — 1088 с.
11. Вахонєва Т. М. Строки (терміни) у цивільному праві : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Т. М. Вахонєва. — К., 2003. — 223 с.
12. Вахонєва Т. М. Порядок та особливості обчислення строків за новим цивільним законодавством // Право України. — 2004. — № 2. — С. 21–26.

## Анотація

**Черногор Н. В.** Визначення строків та термінів у спадковому праві України. — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню строків та термінів у спадковому праві України. Строки та терміни у спадковому праві знайшли достатньо широке визначення, але закріплення у Цивільному кодексі України 2003 р. понять «строк» та «термін» викликає багато проблем у їх практичному застосуванні.

**Ключові слова:** спадкове право, здійснення права на спадкування, час відкриття спадщини, строк, термін, момент.

## Аннотация

**Черногор Н. В.** Значение сроков и терминов в наследственном праве Украины. — Статья.

Статья посвящена исследованию сроков и терминов в наследственном праве Украины. Сроки и термины в наследственном праве нашли достаточно широкое применение, но закрепление в Гражданском кодексе Украины 2003 года понятий «срок» и «термин» вызывает проблемы с практическим их применением.

**Ключевые слова:** наследственное право, осуществление права на наследование, время открытия наследства, срок, термин, момент.

## Summary

**Chernogor N. V.** Defining Periods and Terms in Succession Law of Ukraine. — Article.

This article is devoted to the research of terms and limits in the Ukrainian Law of Inheritance. The terms and limits in the Law of Inheritance have been widely used, but the application of their definitions in the Civil Code of Ukraine results into problems with the practical application.

**Keywords:** Law of Inheritance, the right to inherit, the time of heritage opening, term, moment.

Розділ 4

**ПРОБЛЕМИ ПРАВА  
ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ  
ТА КОРПОРАТИВНОГО ПРАВА**



### СУБ'ЄКТИ ТА ОБ'ЄКТИ ПРАВОВІДНОСИН ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Динамічний розвиток суспільства в наш час неможливий без належного регулювання відносин інтелектуальної власності, то ж природно, що правові проблеми захисту прав інтелектуальної власності перебувають у центрі уваги науковців та практиків, внаслідок чого загальна кількість праць з відповідної проблематики є значною. Разом із тим попри згадки в деяких працях про «правовідносини інтелектуальної власності» [3], ця категорія залишається практично не дослідженою, оскільки автори навіть згаданих праць відразу переходять до наукового аналізу відповідних прав (але не правовідносин).

Зазначене зумовлює доцільність спеціального аналізу правовідносин інтелектуальної власності взагалі і таких їх важливих елементів, як суб'єкти та об'єкти, зокрема. Характеристиці, головним чином, останніх і присвячена ця стаття.

Приступаючи до розгляду питань, які є предметом розгляду у цій статті, передусім слід визначитися щодо самого поняття відносин та правовідносин інтелектуальної власності. Отже, відносини інтелектуальної власності — це суспільні відносини, які складаються між визначеними законом суб'єктами стосовно результатів інтелектуальної, творчої діяльності. При цьому відносини інтелектуальної власності виступають як фактична передумова реалізації норм права, що існують у цій галузі, а правовідносини інтелектуальної власності є наслідком реалізації зазначених норм права.

Із врахуванням викладеного правовідносини інтелектуальної власності можна визначити як правовий результат реалізації норм права про інтелектуальну власність, або ж як врегульовані юридичними нормами (або такі, що впливають із загальних принципів об'єктивного юридичного права) ідеологічні суспільні відносини, які виражаються у взаємних юридичних правах і обов'язках суб'єктів права.

Враховуючи ту обставину, що правовідносини інтелектуальної власності, головним чином, виникають на підставі норм цивільного законодавства, які складають книгу четверту ЦК України та містяться у інших актах цивільно-правового характеру, розглянемо далі їх особливості як виду цивільних правовідносин, під якими мається на увазі правовий зв'язок між юридично рівними суб'єктами, що є носіями цивільних прав та обов'язків [4, 48].

При цьому слід враховувати, що цивільні правовідносини, які складаються у галузі інтелектуальної власності, мають ознаки, загальні для всіх видів цивільних правовідносин, якими є: 1) юридична рівність їх суб'єктів; 2) регулювання суспільних відносин нормами цивільного законодавства; 3) надання нормами цивільного законодавства учасникам цивільних відносин цивільних прав та обов'язків.

Разом із тим правовідносини інтелектуальної власності мають також низку специфічних ознак, до яких належать: 1) спеціальний, чітко визначний у законі об'єкт — результати інтелектуальної, творчої діяльності; 2) спеціальна підстава виникнення — створення об'єкта, який охороняється або здатен охоронятися нормами законодавства про інтелектуальну власність; 3) поєднання імперативного та диспозитивного елементів для визначення прав та обов'язків суб'єктів правовідносин інтелектуальної власності; 4) можливість поєднання речових та зобов'язальних елементів у правовідносинах інтелектуальної власності; 5) цільовий характер правовідносин інтелектуальної власності: забезпечення використання об'єктів інтелектуальної власності та їх правової охорони.

До складу структури правовідносин інтелектуальної власності (як і правовідносин взагалі) включають такі елементи: суб'єкти правовідносин, об'єкт правовідносин, зміст правовідносин, який охоплює права уповноважених учасників та обов'язки зобов'язаних учасників правовідносин.

Характеризуючи учасників відносин інтелектуальної власності, необхідно розрізняти поняття «суб'єкт права», «суб'єкт прав» та «суб'єкт правовідносин».

Найбільший рівень абстрактності з перелічених категорій має поняття «суб'єкт права», коли «право» розуміється як об'єктивна категорія, що охоплює усю сукупність загальнообов'язкових норм та правил поведінки, котрі існують у суспільстві, тобто виступає як категорія об'єктивна, що дає підстави для уточнення — суб'єкт «об'єктивного (позитивного)» права. У такому сенсі суб'єктами права виступають фізичні особи, юридичні особи, держава, територіальні громади та інші соціально-публічні утворення, котрі можуть бути носіями юридичних прав та обов'язків, тобто брати участь у правовідносинах. Суб'єкт об'єктивного права має потенційну здатність вступати у правовідносини, для чого він наділяється юридичними нормами відповідною здатністю, котру, зазвичай, іменують «правоздатністю», а іноді — за допомогою більш широкої категорії — «правосуб'єктність». Таким чином, суб'єктами права можуть бути особи чи організації, за якими законом визнана особлива юридична властивість правосуб'єктності, котра дає їм можливість брати участь у правових відносинах.

Правосуб'єктність охоплює такі юридичні категорії, як правоздатність і дієздатність [2, 684–685], де правоздатність — це здатність особи мати юридичні права та обов'язки, а дієздатність є здатністю особи самостійно, своїми діями набувати і здійснювати права, створювати для себе обов'язки та виконувати їх.

Взаємозв'язок понять «суб'єкт об'єктивного права», «суб'єкт суб'єктивного права» (володілець права), «суб'єкт правовідносин» виглядає таким чином. Первісним поняттям тут є «суб'єкт об'єктивного права». Це — особа, яка має правосуб'єктність, тобто може мати суб'єктивні права і завдяки цьому бути учасником конкретних правовідносин. Суб'єкт права у суб'єктивному значенні останнього — це особа, яка має конкретне право, тобто така особа, за якою нормою об'єктивного права визнається можливість певної поведінки. При цьо-

му визначальною є саме можливість власної поведінки уповноваженої особи, іноді навіть — безвідносно до поведінки інших осіб. Суб'єкт правовідносин — це володілець конкретного права, що знаходиться у правовому зв'язку з іншим учасником (учасниками) суспільних відносин, на яких покладаються обов'язки, що відповідають праву уповноваженої особи [4, 60–65].

Враховуючи викладене вище, можна сказати, що суб'єктами права інтелектуальної власності в об'єктивному сенсі — є особи, яким абстрактно можуть належати права володіння, легітимації, користування, розпорядження та захисту прав на результати інтелектуальної, творчої діяльності, а суб'єктами правовідносин інтелектуальної власності (суб'єктом права інтелектуальної власності у суб'єктивному сенсі) — є особи, яким вже належать зазначені права.

Суб'єктами правовідносин інтелектуальної власності можуть бути два види суб'єктів:

- 1) творець (творці) об'єкта права інтелектуальної власності;
- 2) інші особи, яким належать особисті немайнові та (або) майнові права інтелектуальної власності.

Творець — це особа, результати інтелектуальної, творчої діяльності якої є або можуть бути визнані об'єктами права інтелектуальної власності. Коло суб'єктів, які визнаються «творцями», у законі (ст. 421 ЦК України) не визначене і не обмежене якимись вимогами до їхнього віку, стану здоров'я дієздатності тощо. У зазначеній нормі ЦК України наведений лише приблизний перелік осіб, котрі створюють той чи інший об'єкт права інтелектуальної власності: автор, виконавець, винахідник тощо. Звідси слідує, що для суб'єктів права інтелектуальної власності характерною є однакова дієздатність суб'єктів творчого процесу. Іншими словами, творцями будь-яких результатів творчої діяльності можуть бути як повнолітні, так і неповнолітні особи.

Слід звернути увагу на те, що «творча правосуб'єктність» не збігається із загальною цивільною дієздатністю, котра, за загальним правилом, настає із досягненням фізичною особою 18 років. Суб'єктом права інтелектуальної власності може бути частково дієздатна, обмежено дієздатна або недієздатна особа. Інша річ, що здійснювати авторські права така особа може за допомогою інших осіб (батьків, усиновлювача, опікуна, піклувальника тощо).

Інші особи визнаються суб'єктами права інтелектуальної власності, якщо відповідно до ЦК України, іншого закону чи договору їм належать особисті немайнові та (або) майнові права інтелектуальної власності. Це роботодавці, інвестори, правонаступники тощо.

Так, суб'єктом права інтелектуальної власності на об'єкт, створений у зв'язку з виконанням трудового договору, за певних умов може бути також юридична або фізична особа, де (або у якій) працює той, хто створив цей об'єкт. Всі ці особи є похідними «право володільцями», підставою виникнення прав яких є договір. Права роботодавців виникають на підставі трудового договору.

Цій ситуації спеціально присвячена ст. 429 ЦК України, котра розрізняє два випадки:

- 1) немайнові права належать працівникові, який створив цей об'єкт, а у

випадках, передбачених законом, — юридичній або фізичній особі, де, або у якій, працює працівник. (Принагідно варто згадати, що авторське право традиційно виходило з того, що у більшості випадків твір, створений у порядку виконання службового завдання, належить роботодавцю, з яким автор перебуває у трудових відносинах (ст. 16 Закону «Про авторське право і суміжні права»). Проте ст. 429 ЦК України підходить до вирішення цього питання з більш демократичних позицій, надаючи, загалом, перевагу інтересам працівника, що створив об'єкт права інтелектуальної власності).

Аналогічні правила діють при визначенні суб'єкта особистих немайнових прав інтелектуальної власності на об'єкт, створений за замовленням: такі права належать творцеві цього об'єкта і лише у випадках, передбачених законом, окремі особисті немайнові права інтелектуальної власності на такий об'єкт можуть належати замовникові (ч. 1 ст. 430 ЦК України);

2) майнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений у зв'язку з виконанням трудового договору, належать працівникові, який створив цей об'єкт, та юридичній або фізичній особі, де або у якій він працює, спільно, якщо інше не встановлено договором. Це правило є диспозитивним і застосовується за умови, якщо інше не встановлено договором творця об'єкту інтелектуальної власності і особи — роботодавця. Такі самі правила діють щодо визначення суб'єкта майнових прав інтелектуальної власності на об'єкт, створений за замовленням (ч. 2 ст. 429 та 430 ЦК України).

Тут слід зазначити, що в межах так званої «трудої функції» завдання може бути видане лише на створення об'єктів авторського права і близькі до них об'єкти авторського права (промислові зразки). Інші об'єкти патентного права (винахід і корисна модель) створюються не за завданням роботодавця, але у процесі виконання службового завдання роботодавця. Це зумовлене тим, що поняття «службове завдання» припускає таке завдання, що дається працівникові в межах його трудової функції. Творчий результат, отриманий в процесі її виконання, але без окремого завдання роботодавця, як правило, не має статусу службового результату. Звичайно, існують певні винятки з цього правила, коли укладається трудовий договір на здійснення творчих видів діяльності (з представниками творчих професій).

У правовідносинах інтелектуальної власності важливе значення має об'єкт правовідносин інтелектуальної власності, котрий, власне, є однією із кваліфікуючих ознак цих правовідносин. Внаслідок цього характеристика зазначених об'єктів набуває особливого значення.

Але приступаючи до розгляду цього питання, передусім, слід визначитися відносно співвідношення термінів «об'єкти цивільних прав» і «об'єкти цивільних правовідносин», котрі практично рівною мірою використовуються у законодавстві про інтелектуальну власність та в літературі, присвяченій аналізу зазначеного законодавства.

Висновок про доцільність розмежування зазначених терміно-понять ґрунтується на таких міркуваннях: об'єктами правовідносин є те, на що це правове відношення спрямоване і справляє певний вплив. Як суспільні зв'язки, що



виникають в результаті їхньої взаємодії, цивільні правовідносини можуть впливати тільки на поведінку людини. Тому в якості об'єкта цивільного правовідношення виступає поведінка його суб'єктів, спрямована на різноманітні матеріальні блага [1, 78].

Що стосується об'єктів цивільних прав, то під ними розуміють будь-які матеріальні та нематеріальні блага, з приводу яких виникають цивільні правовідносини, часом звертаючи увагу на те, що «об'єкти цивільних прав» і «об'єкти цивільних правовідносин» — поняття тотожні [5, 136].

Проте, розмежування зазначених понять виглядає дещо штучним. Адже коли йдеться про блага, що являють інтерес для суб'єктів цивільного права, то вони є не тільки об'єктом прав однієї особи, але породжують також обов'язки інших осіб, без яких суб'єктивне право не може бути реалізоване.

Але якщо ми припускаємо, що навколо якихось матеріальних або нематеріальних благ складається система цивільних прав і обов'язків, то маємо визнати, що ця система прав і обов'язків є не що інше, як цивільне правовідношення.

Таким чином, можна дійти висновку, що об'єкти цивільних прав і об'єкти цивільних правовідносин суть поняття тотожні. Це дозволяє рівною мірою користуватися як тією, так і іншою термінологією.

З урахуванням сказаного, об'єкти цивільних прав (правовідносин) можуть бути визначені як матеріальні та (або) нематеріальні блага, з приводу яких складаються цивільні правовідносини. Стосовно цивільних прав (правовідносин) інтелектуальної власності згаданими благами є результати інтелектуальної, творчої діяльності, точніше, такі результати творчої діяльності, що відповідають вимогам закону, встановленим щодо них і яким внаслідок цього надається правова охорона.

Об'єктами права інтелектуальної власності згідно з п. VIII ст. 2 Стокгольмської конвенції 1967 р. є: літературні, художні і наукові твори; виконавська діяльність артистів, звукозапис, радіо і телевізійні передачі; винаходи в усіх сферах людської діяльності; наукові відкриття; промислові зразки; товарні знаки, знаки обслуговування, фірмові найменування і комерційні позначення; захист проти недобросовісної конкуренції, України, усі інші права, що стосуються інтелектуальної діяльності у виробничій, науковій, літературній та художній сферах.

Хоча країни, що приєдналися до цієї Конвенції, не зобов'язані у своєму законодавстві відтворювати наведений перелік, а самі визначають коло об'єктів інтелектуальної власності, проте практика законотворчості йде по шляху врахування цих рекомендацій. Тому в ЦК України значною мірою відтворено перелік об'єктів інтелектуальної власності, вказаний у Стокгольмській конвенції 1967 р.

Згідно зі ст. 420 ЦК України об'єктами права інтелектуальної власності в Україні, зокрема, вважаються: літературні та художні твори; комп'ютерні програми; компіляції даних (бази даних); виконання; фонограми, відеограми, передачі (програми) організацій мовлення; наукові відкриття; винаходи, корисні

моделі, промислові зразки; компонування (топографії) інтегральних мікросхем; раціоналізаторські пропозиції; сорти рослин, породи тварин; комерційні (фірмові) найменування, торговельні марки (знаки для товарів і послуг), географічні зазначення; комерційні таємниці.

Оскільки на відміну від Конвенції 1967 р. ст. 420 ЦК України не вказує на те, що до об'єктів інтелектуальної власності належать «інші права, що стосуються інтелектуальної діяльності у виробничій, науковій, літературній і художній сферах», виникає питання, чи є перелік об'єктів, встановлений у ст. 420 ЦК України вичерпним чи ні?

Враховуючи ту обставину, що ст. 420 ЦК України починається зі слів: «До об'єктів права інтелектуальної власності, зокрема, належать...», можна зробити висновок, що перелік не вичерпний, оскільки інакше слово «зокрема» не несло б смислового навантаження.

Таким чином, як і Конвенція 1967 р., ЦК України визначає поняття об'єктів інтелектуальної власності шляхом невичерпного переліку результатів інтелектуальної діяльності, яким надається правова охорона.

Варто підкреслити, що об'єктом права інтелектуальної власності є не кожен результат творчої діяльності, а лише той, який відповідає вимогам закону. Будь-який твір літератури, науки і мистецтва, суміжні права підпадають під охорону права, якщо вони відповідають вимогам закону. Науково-технічним результатам правова охорона надається лише на підставі відповідної кваліфікації спеціальним державним органом управління і видачі правоохоронного документу. Правова охорона об'єктів права інтелектуальної власності обмежується лише територією України. Охорона прав на зазначені об'єкти на території інших держав здійснюється лише на підставі відповідних міжнародних конвенцій і договорів.

З розвитком техніки поруч з традиційними об'єктами права інтелектуальної власності, зокрема об'єктами авторського права, які є досить простими за своєю суттю, з'являються об'єкти, які не є традиційними і які саме під такою назвою залучені до кола об'єктів права інтелектуальної власності.

Крім цього, з'являються більш складні об'єкти, котрі, як правило, не можуть бути створені однією особою. Крім цього, вони є продуктом різномірної діяльності. До них належать, зокрема, такі складні об'єкти, як кінофільми, бренди тощо. Так, наприклад, складний правовий режим бренда пояснюється поєднанням у ньому різномірних об'єктів права інтелектуальної власності (результатів літературно-художньої та науково-технічної діяльності), що представлені у візуальній, звуковій, ароматній, тактильній та смаковій формі.

Розвиток комп'ютерних технологій спричиняє появу нових об'єктів, правовий режим яких ще потребує свого обґрунтування.

В цій статті була здійснена спроба дати загальне уявлення про такі важливі елементи правовідносин інтелектуальної власності, як суб'єкт та об'єкт. Кожен з зазначених об'єктів має певну специфіку і потребує глибокого та всебічного дослідження.

### Література

1. Гражданское право : учебник. Ч. 1 / под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. — М. : ТЕИС, 1996.
2. Иоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории хозяйственного права / О. С. Иоффе. — М. : Статут, 2000.
3. Клейменова С. М. Авторські правовідносини як форма реалізації правомочностей суб'єктів авторського права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / С. М. Клейменова. — К., 2004. — 20 с.
4. Харитонов Є. О. Цивільні правовідносини : навч. посіб. / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova. — К. : Істина, 2008.
5. Цивільне право України : підручник. У 2 кн. Кн. 1 / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — К. : Юрінком Інтер, 2002.

### Анотація

**Харитонova О. І.** Суб'єкти та об'єкти правовідносин інтелектуальної власності. — Стаття.

Ця стаття присвячена аналізу правовідносин інтелектуальної власності та їх елементів. Розкривається саме поняття таких правовідносин, як правовий результат реалізації норм права про інтелектуальну власність або ж як врегульовані юридичними нормами (або такі, що випливають із загальних принципів об'єктивного юридичного права) ідеологічні суспільні відносини, які виражаються у взаємних юридичних правах і обов'язках суб'єктів права. Особлива увага приділяється таким важливим елементам правовідносин інтелектуальної власності, як суб'єкт і об'єкт, розкривається їх значення і специфіка.

**Ключові слова:** цивільні правовідносини, правовідносини інтелектуальної власності, суб'єкт права, суб'єкт прав, суб'єкт правовідносин, суб'єкт об'єктивного права, суб'єкт суб'єктивного права, об'єкти цивільних прав, об'єкти цивільних правовідносин, об'єкти правовідносин інтелектуальної власності.

### Аннотация

**Харитонova Е. И.** Субъекты и объекты правоотношений интеллектуальной собственности. — Статья.

Эта статья посвящена анализу правоотношений интеллектуальной собственности и их элементов. Раскрывается само понятие таких правоотношений, как правовой результат реализации норм права об интеллектуальной собственности или же как урегулированы юридическими нормами (или такие, которые вытекают из общих принципов объективного юридического права) идеологические общественные отношения, которые выражаются во взаимных юридических правах и обязанностях субъектов права. Особое внимание уделяется таким важным элементам правоотношений интеллектуальной собственности, как субъект и объект, раскрывается их значение и специфика.

**Ключевые слова:** гражданские правоотношения, правоотношения интеллектуальной собственности, субъект права, субъект прав, субъект правоотношений, субъект объективного права, субъект субъективного права, объекты гражданских прав, объекты гражданских правоотношений, объекты правоотношений интеллектуальной собственности.

### Summary

**Haritonova O. I.** Subjects and Objects of Legal Intellectual Property. — Article.

This paper is devoted to legal analysis of intellectual property and their elements. Reveals the very notion of such relations as the legal result of the implementation of the law on intellectual property, or, as regulated by legal norms (or those that follow from general principles of objective legal right to) ideological social relations which are expressed in mutual legal rights and obligations of legal subjects. Special attention is given to such important elements of legal intellectual property as subject and object, reveals their importance and specificity.

**Keywords:** civil law, legal intellectual property right subject, the subject of rights, legal entity, an objective law, the subject of subjective rights, civil rights objects, objects civil law, legal objects of intellectual property.

### ПІРАТСТВО ЯК ПОРУШЕННЯ АВТОРСЬКИХ ТА СУМІЖНИХ ПРАВ

В умовах розвитку ринкової економіки активне залучення об'єктів авторського права і суміжних прав до господарського обігу України викликало цілий комплекс проблем, які полягають у неспроможності одних осіб відстоювати свої права, небажанні інших виплачувати їм винагороду за використання прав, пов'язаних з об'єктами авторського права та суміжних прав, та, звичайно, прагненні третіх осіб отримувати величезні прибутки від наведених суперечностей інтересів [3, 12].

На даний час ця проблема в Україні вже вийшла далеко за межі суто охорони прав суб'єктів авторського права та суміжних прав, яким завдається матеріальна шкода у великому та особливо великому розмірі від незаконного використання належних їм об'єктів авторського права та суміжних прав, та порушень їх прав.

Найбільш розповсюдженим порушенням авторських прав є неправомірне використання об'єктів без отримання дозволу автора (його правонаступників). Таке використання позбавляє автора можливості отримати належну винагороду, а способи використання творів суперечать меті, з якою вони створювались.

Проблема захисту прав інтелектуальної власності сьогодні в Україні постає у новому світлі. В останні роки значно активізувалося прагнення нашої держави якомога тісніше і ширше інтегруватися у світову спільноту, у зв'язку з чим і посилюються вимоги до поставленої проблеми, її законодавчого врегулювання на відповідному якісному рівні. Саме тут і виникає необхідність теоретичних досліджень нових для вітчизняного права явищ, категорій, понять. Для вітчизняної правової літератури поняття «піратство» є ще не достатньо розробленим.

Сучасний рівень інтелектуального піратства можна вважати, по суті, однією із нових форм злочинного бізнесу. Про це свідчать обсяги його поширення та розміри завданої правовласникам шкоди. Так, за даними МВС України, злочинці та організовані злочинні групи за рахунок порушень авторського права і суміжних прав в Україні отримують прибуток, який складає десятки мільйонів доларів США на рік [2, 18].

Отже, злочинні порушення завдають істотної шкоди не лише суб'єктам авторського права і суміжних прав, але і економіці України, її репутації, престижу на міжнародній арені. Справа в тому, що у переважній більшості випадків порушення авторського права і суміжних прав об'єктивно пов'язується зі скоєнням «інтелектуальними» злочинцями ряду інших злочинів, передбачених відповідними статтями КК України, які, зрештою, сприяють їх вчиненню.

На сьогодні, за даними міжнародних експертів, кожний третій музичний компакт-диск, що продається у світі, — піратський. За даними Міжнародної федерації фонографічної промисловості (IFPI), обсяги продажу піратської му-

зичної продукції, не менш ніж в 25 країнах, перевищують легальний ринок і становлять близько 4,5 млрд доларів. Серед умов становлення сучасного ринку авторського права і суміжних прав важливе місце посідає заборона піратства та боротьба з ним. Що ж таке піратство і як це поняття визначається міжнародним та вітчизняним законодавством? Як відомо, піратство зародилося в далекій давнині одночасно з розвитком морської справи та, як наслідок, торгівлі [8].

Проте ставлення юриспруденції до названого питання з часом змінювалось. На думку М. Мельникова, піратство — спосіб існування за рахунок творчості інших осіб.

Наведений термін знайшов застосування у сфері інтелектуальної власності: з одного боку, в промисловій власності, а з іншого — у авторському праві і суміжних правах. Надалі він був закріплений у Рекомендації R95 «Про заходи проти звукового та аудіовізуального піратства», прийнятій Комітетом міністрів Ради Європи [5, 72].

Термін «піратство» прийшов з англійської мови — «*piracy*» він означає порушення прав інтелектуальної власності. Протягом тривалого часу порушення прав позначають терміном «піратство». Ця назва стала сленгом і часто вживається в повсякденній розмовній мові. У законах, пов'язаних з порушенням прав, його позначають термінами «контрафакт» або «фальсифікат».

Відповідно до Закону України від 11 липня 2001 р. «Про внесення змін до Закону України «Про авторське право і суміжні права» [1] піратство у сфері авторського права і (або) суміжних прав — опублікування, відтворення, ввезення на митну територію України, вивезення з митної території України і розповсюдження контрафактних примірників творів (у тому числі комп'ютерних програм і баз даних), фонограм, відеограм, програм мовлення.

Так, регламентом № 3295/94 Ради Європейського співтовариства від 22 грудня 1994 р. передбачені заходи, спрямовані на заборону вільного розповсюдження, експорту або реекспорту і встановлення режиму тимчасової заборони для підроблених і піратських товарів. Останні визначаються як «товари, які є копіями або містять копії, виготовлені без згоди володільця авторських або суміжних прав, або володільця прав стосовно рисунка чи моделі, зареєстрованих у відповідному національному праві». Одна з угод, укладених у рамках Світової організації торгівлі, — TRIPS (Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності) [7] відносить до товарів, що порушують авторські права, «будь-які товари, які є копіями, зробленими без згоди правовласника або особи, належним чином їм уповноваженої у країні виробництва товару, і які прямо або опосередковано виготовлені з будь-якого виробу, якщо виготовлення такої копії стало порушенням авторського права або суміжних прав згідно з законодавством країни імпортування».

Таким чином, ознакою піратства є відтворення опублікованих творів або фонограм будь-яким способом для публічного розповсюдження без відповідного дозволу. Натомість у даному випадку немає необхідності робити примірники творів чи фонограм. Більш того, у цифрову епоху, в якій ми живемо, стало

поширеним копіювати твори і їх записи, не виготовляючи їх примірники, через Інтернет. Чи є це порушенням авторського права і суміжних прав піратством згідно із визначенням цього поняття в зазначеному Законі? Питання наразі лишається відкритим. Водночас Інтернет-піратство пов'язане з використанням глобальної мережі не лише для незаконного копіювання, а і для незаконного розповсюдження комп'ютерних програм. За визначенням Міжнародної федерації фонографічної промисловості (IFPI), до фонографічного піратства належить «неавторизоване виробництво і розповсюдження звукозапису». Відповідно до положень Закону звукозапис на матеріальному носії виконання або будь-яких звуків є фонограмою. Тому визначення поняття піратства в Законі загалом співпадає з визначенням, запропонованим IFPI. Важливо, що при спробі визначення поняття «піратство» часто береться до уваги саме комерційна сторона і протиправний аспект діяльності. Однією з основних ознак піратства є незаконне використання авторського права і суміжних прав без дозволу суб'єктів цих прав і як наслідок — без виплати їм винагороди. Потрібно зазначити, що метою незаконної діяльності є отримання прибутку від використання авторського права і суміжних прав (прямого або опосередкованого). Отримання прибутку передбачає також надання в прокат примірників, наприклад, відеокaset, дисків. Прокат примірників без дотримання прав авторів, суб'єктів суміжних прав до певної міри може впливати на зменшення продажу, і як наслідок не виплату авторської винагороди. Також один — єдиний прокатний примірник може бути неконтрольовано відтворений багато разів. Останнє міркування є особливо важливим щодо цифрових технологій, які забезпечують прості та недорогі способи відтворення і розповсюдження необмеженої кількості примірників твору без втрати якості. Законодавством передбачено, що прокат примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних на рівні з розповсюдженням, виробництвом має здійснюватися з дотриманням прав авторів, виконавців, виробників фонограм тощо. Однак на сьогодні положення стосовно прокату не відображено у визначенні поняття піратства.

У таких випадках при незаконному відтворенні та розповсюдженні творів науки, літератури та мистецтва, комп'ютерних програм та баз даних, а так само при незаконному відтворенні, розповсюдженні виконань, фонограм, відеограм і програм мовлення, їх незаконному тиражуванні та розповсюдженні на аудіо — та відеокасетах, дискетах, інших носіях інформації порушуються як майнові права авторів, легальних виробників матеріальних носіїв, на яких зафіксовані об'єкти авторського права та/або суміжних прав, так і порядок здійснення господарської діяльності, пов'язаної із виготовленням та розповсюдженням зазначених об'єктів інтелектуальної власності, через порушення відповідних приписів Закону України «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів та фонограм» [6] від 23 березня 2000 р. № 1587-III та інших норм чинного законодавства України.

«Піратство» є протиправною поведінкою, яка посягає безпосередньо на виключні права автора на відтворення творів і іншої культурної продукції. Воно

полягає у виготовленні, продажу і будь-якій формі комерційного поширення незаконних екземплярів (книг і взагалі друкарських матеріалів, дисків, касет і т. д.) літературних, художніх, аудіовізуальних, музичних творів або їх виконань, комп'ютерних програм і бази даних.

Згідно з Проектом типових положень ВОІС, виготовлення екземплярів складає піратське діяння в тому випадку, якщо ці екземпляри виготовляються в комерційних масштабах і без дозволу власника прав на твір або його виконання, на фонограму, що охороняється, або передачу до ефіру, залежно від конкретного випадку. Власник ліцензії може надавати дозвіл на відтворення лише в тій мірі, в якій таке право йому дає його договір на ліцензію.

Що стосується терміна «комерційні масштаби», то йдеться про «поняття, яке повинне застосовуватися з врахуванням обставин, які супроводжують виготовлення. До чинників, які судам слід брати до уваги, відноситься об'єм виготовленої продукції, характер її виготовлення, чи використовувалася вона, а також прагнення до здобуття прибутку» [4, 247].

Окрім вищеназваних дій піратськими вважаються наступні: виготовлення упаковки або сама упаковка; вивіз, ввезення і провезення; пропозиція відносно продажу, оренда, надання позики або будь-якої іншої форми поширення; володіння з наміром здійснення дій, передбачених в п. 1- 4 відносно піратських екземплярів, якщо лише дія здійснюється в комерційних масштабах і без дозволу власника права на літературний або художній твір, на його виконання, на фонограму або передачу до ефіру, залежно від конкретного випадку. Власник ліцензії може надати дозвіл, оскільки він має на це права через свою договірною ліцензію.

Масштаби негативних наслідків, які настають внаслідок піратства у сфері права інтелектуальної власності, обумовлює прийняття заходів щодо його попередження не лише на національному, а й міжнародному рівні. Так, Угода TRIPS WTO в ст. 61 зобов'язує сторони передбачити кримінальну відповідальність і покарання за умисне контрафактне використання фірмової марки або товарного знаку, а також за піратське використання творів, що охороняються авторським правом, що здійснюється в комерційних масштабах: «Покарання включає тюремне ув'язнення і досить серйозні штрафи, аби спонукати відмову від порушення, і співвідноситься з рівнем покарання, призначеного за кримінальні діяння. У деяких випадках покарання також включають арешт, конфіскацію і знищення товарів, про які йде мова, і всіх матеріалів і основного устаткування, використаного для здійснення правопорушення. Сторони можуть передбачити кримінальну відповідальність і міру покарання за інші діяння, що є посяганням на права інтелектуальної власності, особливо тоді, коли вони здійснюються умисне і в комерційних масштабах».

Від піратства особливо страждають шкільні підручники, технічні і наукові відкриття і літературні бестселери, записи музичних творів, аудіовізуальні твори, передачі до ефіру, комп'ютерні програми і бази даних. Піратство завдає збитки інтересам автора, видавця, а також власників суміжних прав.

Воно також заподіює збиток інтересам працівників індустрії культури, оскільки

ки, підміняючи збут законної продукції, воно веде до зниження легального виробництва; нарешті, воно завдає збитки інтересам держав, оскільки особи, що займаються піратством, завжди здійснюють свою діяльність підпільно. Особи, які займаються піратством, часто намагаються виправдати свою діяльність, стверджуючи, що, оскільки вони продають свої товари дешевше, це робить їх доступними для ширшої публіки, яка інакше не могла б собі їх дозволити. Проте, навіть недивлячись на те, що продукція піратів продається дешевше, це є не наслідком їх зусиль, а результатом того, що вони паразитують на творах, які з'являються без їх трудової діяльності. Вони нічого не вносять до національної творчості, а, навпаки, знищують основу місцевої індустрії і негативно впливають на її стосунки з іноземними видавцями і виробниками.

Діяльність вважається незаконною незалежно від того, яким способом виробляється виготовлення недозволених екземплярів.

Що стосується друкарських творів, то завдяки масовому розповсюдженню систем офсетного друку особи, які займаються піратством, відтворюють законні видання факсимільним чином шляхом випуску в продаж серії піратських екземплярів, або копіюючи оригінальні видання, або ставлячи на них свій власний фірмовий знак, уникаючи таким чином всіх робіт і витрат, пов'язаних з перекладом, набором і так далі. Частіше всього використовуються наступні форми виготовлення піратських екземплярів друкарських творів: фотографування законного видання і виготовлення серії екземплярів, що є факсимільними копіями оригінального видання; відтворення законного видання в пам'яті комп'ютера за допомогою сканера і його подальше факсимільне виготовлення; виготовлення шляхом фотокопіювання законного видання матриці, яка потім розмножується за допомогою малогабаритного офсетного устаткування швидкого друку; безпосереднє фотокопіювання законного видання, як правило — його окремих частин, з подальшим продажем виготовлених екземплярів в місцях, частіше всього розташованих поблизу від навчальних закладів.

При піратському виготовленні фонограм найчастіше використовуються такі засоби виготовлення незаконних копій: серійне дублювання в елементарній формі звукових записів на основі матриці або екземпляра фонограми на касетах, якщо зовнішні характеристики дозволяють їх легко відрізнити від законного запису і тим самим дають можливість з першого погляду констатувати, що йдеться про повторний запис; серійне дублювання в складнішій формі дорогої імітації законного запису, проте з іншим графічним оформленням, ніж на дозволених копіях; серійне дублювання в складній формі шляхом точної або практично точної імітації законного запису таким чином, щоб споживач не зрозумів, що йдеться про піратське відтворення; дублювання, що здійснюється таким ж дорогим, як і в попередньому випадку способом, проте з виключенням всіх посилань на прізвище автора, або фірмовий товарний знак або знак законного виробника; «кустарне» дублювання, яке здійснюється за замовленням приватної особи за винагороду; монтаж, що здійснюється працівниками радіо або особами, пов'язаними з музичним ринком.



При піратському виготовленні комп'ютерних програм, найчастіше одна копія програми виготовляється особами, які входять до складу виробничої бригади або мають доступ до джерел програм і до технічної документації як законні користувачі; тим самим вони отримують в своє розпорядження програму, що характеризується обмеженим тиражем і високою вартістю, або «замовлену» програму, а потім домовляються про виготовлення копії для третіх осіб, які хочуть отримати цю програму з неповною оплатою її вартості; екземпляри виготовляються контрафактним чином (тобто повністю копіюються в такий спосіб, що покупець не має можливості відрізнити їх від законних екземплярів) і продаються за більш низькими цінами, ніж законні екземпляри; копії надаються «безкоштовно» роздрібними продавцями комп'ютерного устаткування, які надають клієнтам замовлені програми або ті, які є найбільш вживаними, вводять їх в пам'ять комп'ютерів (на жорсткий диск) або записуються на дискети. В даному випадку надання піратських копій здійснюється з метою сприяння збуту комп'ютерів.

Таким чином, піратство у сфері авторського права і суміжних прав можна розглядати у вузькому та широкому розумінні. У вузькому — це законодавче визначення піратства: незаконне виробництво та введення в обіг саме контрафактних примірників творів, фонограм, відеограм, програм мовлення. Піратство у сфері авторського права і суміжних прав у широкому розумінні — це порушення прав шляхом використання творів або об'єктів суміжних прав без дозволу суб'єктів цих прав, при цьому основна мета такого використання — отримання прибутку. Таким чином, в Україні піратство визначається в законодавстві у вузькому значенні. А тому залишається питання віднесення до поняття піратства використання творів, фонограм, комп'ютерних програм, розповсюджених без виробництва їх копій, а також надання в прокат їх примірників із порушенням прав авторів, виконавців інших суб'єктів суміжних прав.

### Література

1. Про внесення змін до Закону України «Про авторське право і суміжні права»: Закон України від 11 лип. 2001 р.
2. Коваль А. Проблеми додаткової кваліфікації порушень авторського права і суміжних прав // Юридична газета. — 2005. — № 15. — С. 18.
3. Коваль А. М. Кримінальна відповідальність за порушення авторського права і суміжних прав: теорія та практика / А. М. Коваль — К.: Юстиніан, 2005. — 320 с.
5. Липчик Д. Авторское право и смежные права: [пер. с фр.] / Д. Липчик; [предисл. М. Федотова]. — М.: Ладомир; Изд-во ЮНЕСКО, 2002. — 788 с.
6. Мельников М. Піратство як злочин у галузі авторського права та суміжних прав: погляд на проблему // Право України. — 2003. — №4. — С. 72–75.
7. Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів та фонограм: Закон України від 23 берез. 2000 р. № 1587-III // Офіційний вісник України. — 2000. — № 16.
8. Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності: Угода Світової організації торгівлі від 15.04.1994р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon.nau.ua>.
9. Чеботарьов В. Піратство у сфері авторського права і суміжних прав [Електронний ресурс] / В. Чеботарьов, В. Троїцька. — Режим доступу: <http://patent.km.ua/ukr/articles/i299>.

### Анотація

**Бааджи П. П.** Піратство як порушення авторських та суміжних прав. — Стаття.

У статті проаналізовано такий випадок неправомірного використання авторських прав, як піратство. За аналізом деяких нормативно-правових актів дано визначення поняття «піратство», а також перелічені його ознаки.

**Ключові слова:** піратство, авторське право, суміжні права, незаконне виробництво, завдання шкоди.

### Аннотация

**Бааджи П. Ф.** Пиратство, как нарушение авторских и смежных прав. — Статья.

В статье проанализирован такой случай неправомерного использования авторских прав, как пиратство. По анализу некоторых нормативно-правовых актов дано определение понятия «пиратство», а также перечислены его признаки.

**Ключевые слова:** пиратство, авторское право, смежные права, незаконное производство, нанесение ущерба.

### Summary

**Baadgy N. P.** Piracy As a Violation of Copyrights and Neighboring Rights. — Article.

The article analyzed a case of misuse of copyright piracy. According to an analysis of certain legal acts is given the definition of piracy, and also lists its symptoms.

**Keywords:** piracy, copyright, neighboring rights, illegal, causing damage.

УДК 347.781.5.031

**Є. Ш. Гарєєв**

### ОПУБЛІКУВАННЯ ЯК СПОСІБ ВИКОРИСТАННЯ ТВОРУ

Першим способом використання твору, який згадує Цивільний кодекс України (далі — ЦК), є його опублікування або випуск його у світ. Цивільний кодекс визначає опублікування твору як повідомлення його невизначеному колу осіб. Таке визначення можна вважати неповним, оскільки таке повідомлення повинно здійснюватися вперше. Отже, опублікуванням твору слід вважати дії, які надають можливість невизначеному колу осіб вперше ознайомитись з твором.

Стаття 442 ЦК закріплює, що способами такого повідомлення твору є видання, публічне виконання, публічний показ, передача по радіо чи телебаченню, відображення у загальнодоступних електронних системах інформації.

Закон України «Про авторське право і суміжні права» (Закон) містить визначення поняття «оприлюднення», яким є здійснена за згодою автора чи іншого суб'єкта авторського права і (або) суміжних прав дія, що вперше робить твір доступним для публіки шляхом опублікування, публічного виконання, публічного показу, публічної демонстрації, публічного сповіщення тощо. Таким чином, під опублікуванням у ЦК фактично розуміється оприлюднення у Законі.

Закон розкриває також сутність деяких способів оприлюднення твору:

— опублікування твору, фонограми, відеограми — випуск в обіг виготовлених поліграфічними, електронними чи іншими способами примірників твору, фонограми, відеограми, шляхом їх продажу, здавання в майновий найм, побутового чи комерційного прокату, надання доступу до них через електронні системи інформації або передачі права власності на них чи володіння ними іншими способами. Опублікуванням твору, фонограми, відеограми вважається також депонування рукопису твору, фонограми, відеограми у сховищі (депозитарії);

— публічне виконання — це подання творів, виконань, фонограм, передач організацій мовлення шляхом декламації, гри, співу, танцю та іншим способом як безпосередньо (у живому виконанні), так і за допомогою будь-яких пристроїв і процесів (за винятком передачі в ефір чи по кабелях);

— публічний показ — будь-яка демонстрація оригіналу або примірника твору, виконання, фонограми, відеограми, передачі організації мовлення безпосередньо або за допомогою плівки, слайда, телевізійного кадру тощо (за винятком передачі в ефір чи по кабелях) або за допомогою інших пристроїв чи процесів;

— публічна демонстрація аудіовізуального твору, відеограми — публічне одноразове чи багаторазове представлення публіці аудіовізуального твору чи зафіксованого у відеограмі виконання або будь-яких рухомих зображень;

— публічне сповіщення — передача в ефір за допомогою радіохвиль (а також лазерних променів, гамма-променів тощо), у тому числі з використанням супутників, чи передача на віддаль за допомогою проводів або будь-якого виду наземного чи підземного (підводного) кабелю (провідникового, оптоволоконного та інших видів) творів, виконань, будь-яких звуків і (або) зображень, їх записів у фонограмах і відеограмах, програм організації мовлення тощо.

Усі дії щодо доведення твору до публіки повинні здійснюватись таким чином, щоб твір міг бути сприйнятий необмеженою кількістю осіб, які не належать до звичайного кола сім'ї чи близьких знайомих сім'ї автора. Перелік цих дій не є вичерпним.

Цивільний кодекс згадує також про такі способи доведення твору до публіки, як видання, передання по радіо чи телебаченню, відображення у загальнодоступних електронних системах інформації. Закон не містить визначення цих способів, але вони очевидно охоплюються способами, передбаченими Законом.

Головною вимогою до твору, який збираються опубліковувати, є відсутність у ньому відомостей, що можуть шкодити людині або державному порядку. Стаття 442 ЦК вимагає, щоб твір, який публікується, не порушував права людини на таємницю її особистого і сімейного життя, не завдав шкоди громадському порядку, здоров'ю та моральності населення.

Дане положення конкретизується у багатьох нормах національного законодавства шляхом надання особі прав на таємницю певної інформації, встановлення заборон на розповсюдження певних матеріалів та інформації на телебаченні, радіо, у засобах масової інформації, при виданні друкованої та електрон-

ної продукції та опублікування іншим чином, а також шляхом встановлення відповідальності за порушення цих прав та заборон.

Так, відповідно до Закону України «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні» вони не можуть бути використані для:

- закликів до захоплення влади, насильницької зміни конституційного ладу або територіальної цілісності України;
- пропаганди війни, насильства та жорстокості;
- розпалювання расової, національної, релігійної ворожнечі;
- розповсюдження порнографії, а також з метою вчинення терористичних актів та інших кримінально караних діянь.

Забороняється використання друкованих засобів масової інформації для:

- втручання в особисте життя громадян, посягання на їх честь і гідність;
- розголошення будь-якої інформації, яка може призвести до вказання на особу неповнолітнього правопорушника без його згоди і згоди його представника.

Відповідно до Закону України «Про інформацію» не підлягають розголошенню відомості, що становлять державну або іншу передбачену законодавством таємницю. Не підлягають розголошенню відомості, що стосуються лікарської таємниці, грошових вкладів, прибутків від підприємницької діяльності, усиновлення (удочеріння), листування, телефонних розмов і телеграфних повідомлень, крім випадків, передбачених законом.

Відповідно до Закону України «Про телебачення і радіомовлення» не допускається використання телерадіоорганізацій для:

- поширення відомостей, що становлять державну таємницю, або іншої інформації, яка охороняється законом;
- закликів до насильницької зміни конституційного ладу України;
- закликів до розв'язування війни, агресивних дій або їх пропаганди;
- необґрунтованого показу насильства;
- пропаганди винятковості, зверхності або неповноцінності осіб за ознаками їх релігійних переконань, ідеології, належності до тієї чи іншої нації або раси, фізичного або майнового стану, соціального походження;
- трансляції програм або їх відеосюжетів, які можуть завдати шкоди фізичному, психічному чи моральному розвитку дітей та підлітків, якщо вони мають змогу їх дивитися;
- розповсюдження і реклами порнографічних матеріалів та предметів;
- пропаганди наркотичних засобів, психотропних речовин з будь-якою метою їх застосування;
- поширення інформації, яка порушує законні права та інтереси фізичних і юридичних осіб, посягає на честь і гідність особи;
- здійснення інших вчинків, за якими наступає кримінальна відповідальність.

Положення ст. 442 ЦК можна також назвати неповним, оскільки воно захищає лише таємницю особистого і сімейного життя людини або громадський порядок, здоров'я та моральність населення. Однак цивільне законодавство фактично забороняє публікувати більш широкий спектр матеріалів.

Дуже розповсюдженою категорією судових справ на практиці є спростування недостовірної інформації про людину, яка порушує її особисті немайнові права. Недостовірною інформацією сама по собі може не порушувати таємницю особистого або сімейного життя людини, проте вона може зашкодити її немайновим правам, у даному випадку — честі, гідності, ділової репутації. Недостовірною інформацією може бути поширена шляхом опублікування будь-якого твору, який містить таку інформацію (книга, пісня, відео та ін.)

Так, відповідно до ст. 277 ЦК фізична особа, особисті немайнові права якої порушено внаслідок поширення про неї або членів її сім'ї недостовірної інформації, має право на відповідь, а також на спростування цієї інформації. Якщо вказана особа померла, право на відповідь, а також на спростування недостовірної інформації щодо особи, яка померла, належить членам її сім'ї, близьким родичам та іншим заінтересованим особам. Негативна інформація, поширена про особу, вважається недостовірною, якщо особа, яка її поширила, не доведе протилежного.

Цікавим є те, що честь та гідність — це категорії, які притаманні лише фізичній особі, а ділову репутацію може мати й юридична особа. Відповідно до ст. 94 ЦК юридична особа має право на недоторканність її ділової репутації, на таємницю кореспонденції, на інформацію та інші особисті немайнові права, які можуть їй належати. І ці права юридична особа може захищати встановленим законодавством способом, зокрема спростуванням недостовірної інформації або відповідною відповіддю. Таку позицію зайняв Верховний Суд України у своїй постанові від 27 лютого 2009 р. «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи».

Отже, напрошується висновок, що забороняється публікувати твори, які порушують права (у тому числі таємницю особистого та сімейного життя) людини, а також ті, що порушують особисті немайнові права юридичної особи, зокрема, право на ділову репутацію, право на таємницю кореспонденції та інші.

Суд може також заборонити публікувати твори ще до початку їх випуску у світ. Відповідно до ст. 278 ЦК у випадку, якщо особисте немайнове право фізичної особи порушене у газеті, книзі, кінофільмі, теле-, радіопередачі тощо, які готуються до випуску у світ, суд може заборонити розповсюдження відповідної інформації. Якщо вказані джерела вже опубліковані суд може заборонити (припинити) їх розповсюдження до усунення існуючого порушення, а якщо усунення порушення неможливе, — вилучити тираж газети, книги тощо з метою його знищення.

Забороняється також публікувати твори, які містять інформацію про особисте життя фізичної особи. Публікація таких творів можлива лише зі згоди особи, відомості про яку містяться у творі. Виняток становлять випадки встановлені законодавством, в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини.

Забороняється опублікування особистих паперів фізичної особи без її згоди. У тому випадку, коли особисті папери однієї особи стосуються особистого жит-

тя іншої, то для їх опублікування потрібна згода і цієї особи. Опублікування особистих паперів померлої людини дозволяється при наявності згоди вдови, дітей, а якщо останніх немає — зі згоди батьків, брата або сестри.

Кореспонденція, у тому числі листи, можуть бути опубліковані зі згоди особи, яка її направила, та адресата, а якщо вона стосується сторонньої особи — то і з її згоди.

Художні твори, на яких зображено фізичну особу, можуть бути опубліковані лише з її згоди, крім випадків позування за плату.

### Література

1. Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40–44. — Ст. 356.
2. Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23 груд. 1993 р. № 3792-XII // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 8. — Ст. 37.
3. Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні : Закон України від 16 листоп. 1992 р. № 2782-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 1. — Ст. 1.
4. Про інформацію : Закон України від 2 жовт. 1992 р. № 2657-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 48. — Ст. 650.
5. Про телебачення і радіомовлення : Закон України від 21 груд. 1993 р. № 3759-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — №10. — Ст. 43.
6. Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи : постанова Верховного Суду України від 27 лют. 2009 р. // Вісник Верховного суду України. — 2009. — № 3. — С. 7.

### Анотація

**Гареєв Є. Ш. Опублікування як спосіб використання твору. — Стаття.**

У статті розглядаються питання щодо використання твору шляхом його опублікування. Проаналізовані способи, якими може бути опублікований твір. Розглянуті випадки, коли забороняється публікувати твір, що порушує особисте життя людини, а також який посягає на громадський порядок, безпеку держави.

**Ключові слова:** твір, опублікування, особисте життя людини, немайнове право.

### Аннотация

**Гареєв Е. Ш. Опубликование как способ использования произведения. — Статья.**

В статье рассматриваются вопросы относительно использования произведения путём его опубликования. Проанализированы способы, которыми может быть опубликовано произведение. Рассмотрены случаи, когда запрещается публиковать произведение, которое нарушает личную жизнь человека, а также посягает на общественный порядок, безопасность государства.

**Ключевые слова:** произведение, опубликование, личная жизнь человека, неимущественное право.

### Summary

**Gareev E. Sh. Publication As a Way to Use the Work. — Article.**

The article examines the issues of using the work by its publication. The ways of publication the work are analyzed. Cases of prohibition of publishing the work which violates the privacy rights, and which encroaches upon public order or national security are considered.

**Keywords:** work, publication, privacy rights, non-proprietary right.

### ЩОДО ПРОБЛЕМИ СИСТЕМИ ПРИНЦИПІВ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ УКРАЇНИ

Актуальність обраної нами теми обумовлена відсутністю на теперішній час системи принципів права інтелектуальної власності держави, що є серйозними методологічною та правозастосовною проблемами. Необхідність розв'язання цих проблем спонукає до здійснення ґрунтовного наукового дослідження принципів права інтелектуальної власності України. Адже значення принципів права є великим, навіть у масштабах підгалузі цивільного права, якою є право інтелектуальної власності України, і полягає це значення в тому, що принципи права: 1) можуть та мають бути методологічною основою для формування гармонійної, цілісної та несуперечливої (внутрішньо узгодженої) системи права [1, 285; 2, 296; 3, 240; 4, 108; 5, 282; 6, 234]. Практично це виражається тим, що кожна норма права повинна відповідати принципам права як найвищим орієнтирам, певним сталим ідеям. Тому принципи права і називають основними засадами, фундаментом системи права, галузі, підгалузі, інституту права [7, 7]; 2) виражають сутність системи права [7, 7; 8, 151; 9, 215], галузі, підгалузі права, оскільки в концентрованому вигляді містять основні їх ідеї [10, 16 17]; 3) можуть бути ефективним інструментом втілення гуманістичних, демократичних цінностей, зміцнення правосвідомості окремих осіб та законності в суспільстві [11, 94; 12, 69; 2, 296]; 4) є надійним інструментом розв'язання конкретних юридичних справ у разі прогалин у праві (застосування аналогії права та аналогії закону) (проте, незважаючи на подібну можливість, насправді безпосереднє застосування принципів права українськими судами є досить рідкісне явище [13, 124]).

Аналіз публікацій доводить, що в Україні не розпочато систематизацію принципів права інтелектуальної власності. Проте така ситуація характерна не лише для України [14]. Дослідження принципів права інтелектуальної власності не носять комплексного характеру — увага авторів зупиняється лише на окремих принципах. Так, в літературі обговорюються принципи авторського права — принцип дуалізму інтелектуальної власності [14], принцип вичерпання прав на об'єкти інтелектуальної власності [15], принцип обмеження права інтелектуальної власності [14]. Проте недостатньо уваги приділено таким принципам, як принцип проголошення права інтелектуальної власності на результати інтелектуальної, творчої діяльності; непорушності права авторства; невідчужуваності особистих немайнових прав автора; проголошення об'єктів інтелектуальної власності об'єктами цивільного обігу; наближеності положень права інтелектуальної власності України до міжнародно-правових стандартів; принцип поєднання інтересів суспільства й творця; принцип матеріальної та моральної заінтересованості; принцип всебічної охорони прав і законних інтересів авторів; принцип національного режиму; принцип автоматичної охорони; прин-

цип незалежності охорони; також не досліджені повно та всебічно принципи патентного права. Залишилися поза увагою дослідників і внутрішні зв'язки принципів права інтелектуальної власності між собою як передумова створення системи принципів.

Враховуючи зазначені прогалини у наукових дослідженнях, метою цієї статті є з'ясування рівня сформованості та внутрішньої цілісності системи принципів права інтелектуальної власності України. Відповідно для досягнення мети автор поставив такі завдання: 1) формулювання власного визначення системи принципів права, яке відображає наукову та практичну доцільність існування такої категорії, як «система принципів права»; 2) дослідження джерел принципів права інтелектуальної власності України; 3) обрання ефективних методів дослідження принципів права інтелектуальної власності України; 4) окреслення подальших наукових перспектив (потенціалів) у разі здійснення конкретного дослідження системи принципів права інтелектуальної власності України.

Принципи права, як об'єктивні відправні засади, властиві як праву в цілому (правовій системі), так і окремим правовим галузям, а також підгалузям і навіть інститутам і субінститутам [16, 18]. У підручнику О. П. Сергєєва та Ю. К. Толстого зазначається, що всередині цивільного права можна виокремити шість підгалузей, серед яких є «право на результати творчої діяльності» [17, 29], а також вказується, що кожна із цих шести підгалузей має свій предмет та метод правового регулювання. Та ми можемо додати, що, окрім предмета й методу, підгалузі цивільного права мають свої особливі принципи, які додають їм структурної характерності, виконують важливі функції. Причому ці принципи орієнтуються на принципи цивільного законодавства України, проте не збігаються з ними. Також важливо зазначити, що «зміст визначає завжди система принципів, тобто певна сукупність основних і галузевих принципів. Окремі принципи можуть бути однойменними і навіть однаково відображеними в нормах різних галузей права, але конкретна система принципів властива завжди тільки одній певній галузі» [18, 80]. «Виділення системи принципів додає концептуальний характер праву і законодавству однієї галузевої приналежності, забезпечує системність і єдність правових норм у кожній галузі законодавства» [19, 21].

В літературі відзначається, що зазвичай джерела принципів права мають нормативний або доктринальний характер [20, 195–196]. Це означає, що принципи права або прямо закріплюються в нормативних актах, тобто виступають у вигляді правових норм, або їх можливо сформулювати шляхом тлумачення чинного національного законодавства та норм міжнародного права. «Наука лише виявляє, обґрунтовує, досліджує та систематизує їх. Вона не «вигадує», а «відкриває» закладені в праві принципи, показує їх роль, значення, зміст та функціонування» [21, 149–150]. Щодо джерел права в Україні: принципи права інтелектуальної власності України містяться в Конституції України, міжнародних договорах, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, галузевих кодексах, законах та інших підзаконних нормативно-право-



вих актах України. Також важливо зазначити, що локальні норми (тобто діючі в межах однієї організації чи структурного підрозділу та виражаючі характер, мету та специфіку діяльності конкретного колективу та направлені на стимулювання та впорядкування цієї діяльності [21, 372]) не містять принципи права, а якщо містять певні основоположні засади для певної організації, то ці засади є принципами правового регулювання відносин. Відповідно до висновків А. М. Колодія, який здійснив монографічне дослідження принципів права України, принципи права та принципи правового регулювання не можна ототожнювати. Принципи правового регулювання спрямовані на врегулювання конкретних життєвих ситуацій [10, 38–39].

Цивільний кодекс України книгою 4 регулює відносини інтелектуальної власності. Зокрема, глава 35 містить загальні положення про право інтелектуальної власності. Проте безпосереднього переліку його принципів не надає. Регулюванню тих чи інших аспектів інтелектуальної, творчої діяльності присвячені також окремі норми Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального кодексу України, Митного кодексу України, Кримінально-процесуального кодексу України, Господарського процесуального кодексу України, Кодексу законів про працю України, Цивільного процесуального кодексу України.

За нашими підрахунками, Україна ратифікувала та приєдналася до 33 міжнародних багатосторонніх конвенцій та угод в сфері інтелектуальної власності. Що стосується законів — з 4187 (3831 — чинних та 356 таких, що втратили силу) законів України 184 чинні закони України регулюють відносини інтелектуальної власності (при тому, різноманітні їх аспекти, що вказує на сегментарність системи принципів права інтелектуальної власності України).

На офіційному сайті Державної служби інтелектуальної власності України [22] до указів Президента України, якими регулюються відносини інтелектуальної власності, віднесено 9 указів. До постанов та розпоряджень Кабінету Міністрів України — 37 таких документів. Також розміщено 63 відомчих нормативно — правових акти.

На наш погляд, указана кількість нормативно — правових актів України, присвячених регулюванню відносин інтелектуальної власності, немала. Проте реальне життя свідчить, що це не сприяє прогресивному розвитку України та задоволенню потреб та ефективному захисту інтересів окремих осіб, а лише ускладнює систематизацію законодавства. Проте така систематизація з метою виведення принципів права має бути здійснена. Адже створення логічної, цілісної системи принципів права інтелектуальної власності допоможе здійснити ревізію у цій сфері. Право інтелектуальної власності є молодого підгалуззю, воно повинно мати у собі надійні, стабільні орієнтири для подальшої нормотворчості.

На наш погляд, для дослідження принципів права інтелектуальної власності доцільно використати такі методи: збір та обробка даних (тобто законодавства), квантифікація (розчленування матеріалу на певну кількість елементів), узагальнення, класифікація (типологізація). Також великої уваги слід при-

ділити діалектичному підходу до розгляду принципів права інтелектуальної власності. Також використовувати системний, формально-логічний, методи аналізу й синтезу, аналогії, порівняльно-правовий, структурно-правовий методи, методи обробки статистичних даних й судової практики, лінгвістичного аналізу, техніко-юридичний метод. Також вважаємо за доцільне зупинитися окремо на методі догматичної переробки норм, який, власне, і уособлює процес формулювання принципів права. Проф. Васьковський пише у своїй авторитетній праці, що «тлумаченням та логічним розвитком норм не обмежене дослідження діючого права. Коли тлумачення роз'яснило смисл наявних норм, а логічний розвиток витягнув з них ряд інших, прихованих, норм, в результаті збирається величезна маса матеріалу, в якій складно розібратися та яку ще складніше утримати в пам'яті. Внаслідок цього з'являється необхідність спростити, впорядкувати та перетворити цей матеріал. Цю задачу й переслідує догматика» [23, 316]. І далі автор продовжує: «Отже, догматична переробка законодавчого матеріалу призводить до повного спрощення та скорочення його: неоглядна груда норм перетворюється на струнку систему точних та визначених понять, складених з комбінацій порівняно невеликої кількості елементів» [23, 343]. Метод догматичної переробки норм саме спрямований на систематизацію законодавства з метою формулювання принципів права. Систематизація — це діяльність з формулювання принципів права інтелектуальної власності України, яка спирається на такі критерії вирішення цих категорій, як властивості та ознаки принципів права, оформлення принципів права інтелектуальної власності України в систему — логічну, конкретну, яка здатна змінюватись під впливом різних чинників, особливо, економічних, та впорядкування принципів права інтелектуальної власності України шляхом дослідження їх різних видів, сегментів системи (наприклад, принципів авторського права, патентного права тощо).

Як зазначає Н. Ю. Голубєва, «не будь-яке загальне нормативне положення може претендувати на роль принципу галузі права. Як принципи галузі можуть виступати лише такі положення, які характеризують найбільш стійкі і необхідні властивості предмету правового регулювання або необхідні й стійкі зв'язки його компонентів і мають загальне значення в межах всієї галузі права, для кожної її норми. Тому процес виведення й обґрунтування принципів галузі права є найскладнішим пізнавальним завданням» [24, 21]. Те ж саме можна сказати і про процес формулювання принципів підгалузі права. Відповідно до сказаного відзначимо, що для формулювання принципу права треба мати певні критерії, які дозволятимуть розпізнавати принципи права. На нашу думку, такими критеріями мають бути властивості та ознаки принципів права. Саме ці критерії дозволять відмежувати принципи права від таких суміжних понять, як презумпції права та аксіоми. Проте питання принципів права, їх властивостей та ознак досі викликає дискусії, оскільки саме явище принципів права є неоднозначним [10, 20–21]. І, все-таки, певні положення щодо принципів права мають статичний характер.

Відзначимо, що система принципів права має вже дещо інші загальні влас-

тивості, ніж окремий принцип права. Система принципів права має величезне значення у формуванні галузі чи підгалузі права, визначаючи їх специфіку та метод правового регулювання. Ми характеризуємо поняття системи принципів права інтелектуальної власності України як об'єднання об'єктивно існуючих принципів права інтелектуальної власності України, які взаємодіють, доповнюють один одного, формуються волею держави для втілення певної політики, закріплюються прямо чи опосередковано в законодавстві та разом визначають методи правового регулювання відносин інтелектуальної власності. Завдяки системі принципів права інтелектуальної власності України формується внутрішня узгодженість цієї підгалузі, яка входить до системи цивільного права України як галузі. Саме чітка, внутрішньо узгоджена система принципів права галузі чи підгалузі є індикатором відповідності регулювання певних суспільних відносин самій сутності цих відносин. Тому відсутність системи принципів права інтелектуальної власності України призводить до відсутності цілісного уявлення про цю відповідність, що, в свою чергу, ускладнює вибір адекватних, доцільних методів правового регулювання у конкретній сфері відносин.

Цікаве питання співвідношення методу галузі та її принципів порушила Н. Ю. Голубева [16, 20], зазначаючи, що «принципи цивільного права у своїй сукупності формують метод цивільно-правового регулювання» [16, 20–21]. Підгалузі права також формуються завдяки принципам галузі та своїм, особливим, принципам, які для того повинні бути оформлені в систему. Отже, питання співвідношення предмета, методу та системи принципів підгалузі права несе в собі науковий потенціал подальших досліджень.

Також нам видається цікавою можливість наукової розробки питання створення ефективного законодавства завдяки правильному підходу до розуміння права інтелектуальної власності держави [25, 41], коли завдяки розумінню стислих основоположних ідей можливо краще зрозуміти сутність права інтелектуальної власності.

### Література

1. Кельман М. С. Загальна теорія держави і права : підручник / М. С. Кельман, О. Г. Мурашин, Н. М. Хома. — Л. : Новий Світ, 2000.
2. Любашиц В. Я. Теория государства и права / В. Я. Любашиц, М. Б. Смолянский, В. И. Шепелев. — Ростов н/Д : Феникс, 2003. — (Серия «Учебники и учебные пособия»).
3. Скакун О. Ф. Теория государства и права : учебник / О. Ф. Скакун. — Х. : Консум : Ун-т внутр. дел, 2000.
4. Загальна теорія держави і права / за ред. В. В. Копейчикова. — К. : Юрінком, 1997.
5. Голубева Н. Ю. Загальна характеристика принципів цивільного права України // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. — 2007. — Вип. 34.
6. Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав / В. П. Грибанов. — М., 2000.
7. Харитонов Є. О. Принципи цивільного права України: до постановки проблеми // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. — 2008. — Вип. 38.
8. Байтин М. И. Сущность права // Теория государства и права : курс лекций / под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Юрист, 2000.
9. Хропанюк В. Н. Теория государства и права / В. Н. Хропанюк. — М., 2003.
10. Колодій А. М. Принципи права України : монографія / А. М. Колодій. — К. : Юрінком Інтер, 1998.

11. Толстенко В.Л. Принципы права як невід'ємний структурний елемент сучасної правової ідеології // Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2009. — № 1 (87).
12. Оніщенко Н. М. Правова система: проблеми теорії : монографія / Н. М. Оніщенко. — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2002.
13. Погребняк С. П. Роль основоположних принципів у застосуванні права // Проблеми філософії права. — 2009. — Т. VI–VII.
14. Судариков С. А. Фундаментальные принципы интеллектуальной собственности // Право интеллектуальной собственности. — 2007. — № 2.
15. Евков А. Особенности применения принципа исчерпания прав на объекты интеллектуальной собственности, вытекающие из его правовой природы // Підприємництво, господарство і право. — 2005. — № 1.
16. Голубева Н.Ю. Принципы гражданского права як методологічна основа цивільного права України // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. — 2007. — Вип. 33.
17. Гражданское право : учебник. Т. I / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — Изд. 4-е, перераб. и доп. — М. : Проспект, 1999.
18. Чечина Н. А. Принципы советского гражданского процессуального права и их нормативное закрепление // Правоведение. — 1960. — № 3.
19. Кленова Т. В. Принципы уголовного права и принципы кодификации в уголовном праве // Государство и право. — 1997. — № 1.
20. Вишневский А. Ф. Общая теория государства и права : учеб. пособие / А. Ф. Вишневский, Н. А. Горбатов, В. А. Кучинский ; под общ. ред. В. А. Кучинского. — 2-е изд., доп. — Минск : Амалфея, 2004.
21. Теория государства и права : курс лекций / под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. — М. : Юрист, 2004.
22. [http://www.sdip.gov.ua/ua/normative\\_acts.html](http://www.sdip.gov.ua/ua/normative_acts.html).
23. Васильковский Е. В. Цивилистическая методология. Ч. 1. Учение о толковании и применении гражданских законов / Е. В. Васильковский. — О., 1901.
24. Голубева Н. Ю. Класифікаційні критерії для побудови системи принципів цивільного права України // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. — 2008. — Вип. 43.
25. Саглаєва Н. О. Особливості цивільно-правового регулювання права інтелектуальної власності в Україні // Актуальні проблеми права інтелектуальної власності : зб. матеріалів I Всеукр. наук.-практ. конф., присвяч. 10-й річниці святкування Міжнар. дня інтелектуальної власності 16 черв. 2010 р.

### Анотація

**Саглаєва Н. О.** Щодо проблеми системи принципів права інтелектуальної власності України. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду проблеми систематизації та створення системи принципів права інтелектуальної власності України. На підставі опублікованих наукових розробок дослідників автор формулює та пропонує власні визначення понять систематизації та системи принципів права інтелектуальної власності України.

**Ключові слова:** принципи права, система принципів права інтелектуальної власності України, систематизація принципів права інтелектуальної власності.

### Аннотация

**Саглаева Н. А.** О проблеме системы принципов права интеллектуальной собственности Украины. — Статья.

Статья посвящена рассмотрению проблемы систематизации и создания системы принципов права интеллектуальной собственности Украины. На основании опубликованных научных разработок исследователей автор формулирует и предлагает собственные определения понятий систематизации и системы принципов права интеллектуальной собственности Украины.

**Ключевые слова:** принципы права, система принципов права интеллектуальной собственности Украины, систематизация принципов права интеллектуальной собственности.

### Summary

*Saglayeva N. O. About the Problem of System of Principles of Law of Intellectual Property of Ukraine. — Article.*

The article is devoted to the problem of systematization and creation system of principles of law of intellectual property of Ukraine. Based on the published scientific research works of other scientists the author formulates and proposes her own definitions of terms of systematization and system of principles of law of intellectual property of Ukraine.

*Keywords:* principles of law, system of principles of law of intellectual property of Ukraine, systematization of principles of law of intellectual property.

УДК 347.734:336.02

*Т. А. Латковська*

### ФІНАНСОВА ПОЛІТИКА ДЕРЖАВИ У СФЕРІ БАНКІВСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Фінансово-економічна криза, яка торкнулася більшої частини промислово розвинутих країн світу, підтвердила визначну роль держави у сфері банківської діяльності. Боротьба з кризою стала саме тим випадком, коли прикладне значення нормативно-правового регулювання проявилось найбільш наглядно.

Всі правові заходи, які були застосовані в останні роки, а це прийняття Закону України «Про першочергові заходи щодо запобігання негативним наслідкам фінансової кризи та про внесення змін до деяких законодавчих актів України» [1], указу Президента «Про заходи щодо забезпечення відновлення стабільності у банківській системі» [2], Постанови Верховної Ради «Про діяльність Національного банку України в період фінансової кризи та стан виконання рішень Верховної Ради України з цих питань» [3], спрямовувалися на забезпечення гарантування економічної безпеки держави, мінімізацію можливих збитків для фінансової системи від фінансової кризи та стабілізацію банківської системи.

Україна відбулася як суверенна та незалежна, заснована на сучасних демократичних цінностях держава, однак по багатьох чинниках залишилася проблемною. Реальне політико-правове життя не один раз демонструвало, якими суперечливими бувають різні дії, що здатні погасити або посилити паніку у суспільстві. Можуть реалізовуватися заходи, що приведуть до підвищення процентної ставки за кредитами, або навпаки, до її пониження. Можна досягти підвищення купівельної спроможності населення, а можливо й понизити її. Політична діяльність держави особливо яскраво проявляється у фінансово-правовій політиці. Фінансова політика у сфері банківської діяльності, як правило, віддзеркалює інтереси політичних сил, тут особливо яскраво простежується прагнення задовольнити, у першу чергу, інтереси владних структур.

Криза у нашій країні якісно відрізняється від світової кризи тому, що для розвинутих країн це криза перевиробництва, в той час коли для нашої країни

це криза економіки, яка не мала достатніх ресурсів для свого розвитку, для якої характерна наявність застарілих основних фондів. Наслідки кризи і сьогодні спостерігаються в усіх сферах життя. Особливо болючими вони залишаються у соціальній сфері. Безробіття досягло найвищої за останні десять років позначки. Невирішеність багатьох проблем банківської системи є джерелом постійного дефіциту кредитування. Тому нарізла необхідність перегляду доктрини фінансової політики держави у сфері банківської діяльності.

Не менш важливе значення для фінансової політики у сфері банківської діяльності відіграють конкретні історичні умови. Фінансова політика повинна враховувати специфіку кожного етапу розвитку суспільства, особливості як внутрішнього, так і міжнародного стану, фінансову можливість держави. Прийняті рішення у фінансовій діяльності держави (зокрема, у банківській), яка, з одного боку, носить правовий характер, з іншого — пов'язана з державним управлінням, завжди зачіпають будь-які політичні, соціальні та економічні інтереси.

Фінансова політика, головною метою якої є створення необхідних фінансових умов для соціально-економічного розвитку країни, виступає однією із складових частин економічної політики держави. Сьогодні багато існує підтверджень тому, що спад в економіці розвинутих країн був викликаний, перш за все, кризою банківської системи. Банківська сфера є найважливішим сектором економіки будь-якої країни, яка здійснює суттєвий вплив на всі ключові його складові.

Тісний зв'язок фінансових відносин та політики спричиняє необхідність проведення фінансової політики як оптимальної моделі їх взаємодії. З початку проведення реформ фінансових відносин банківські установи стали практично єдиним інститутом, який здійснював перерозподіл фінансових ресурсів на ринкових принципах. У зв'язку з цим, особливого соціально-економічного значення набуває банківська діяльність, в рамках якої і відбувається безпосередній перерозподіл фінансових ресурсів. Формування сучасної фінансової політики держави у сфері банківської діяльності дозволить стабілізувати фінансову систему у цілому.

Складність правових змін, що відбувалися взагалі у фінансовому, зокрема, банківському, законодавстві, вимагають їх наукового осмислення, а наслідки фінансової кризи заставляють державу посилити свою роль у банківській сфері та здійснити певні заходи зміцнення банківської системи. Сучасний стан розвитку суспільства характеризується етапом формування нових правових понять та категорій, серед яких останнім, як найбільш загальним фундаментальним поняттям, належить особлива ланка у понятійному апараті. Що ж являє собою категорія «фінансова політика у сфері банківської діяльності»?

Перш ніж проаналізувати дану категорію, з'ясуємо, що таке «фінансова політика» і що таке «банківська діяльність».

Категорія «фінансова політика» давно відома і не є новою ні для фінансового законодавства, ні для фінансової науки, однак її розуміння викликане різними науковими підходами до її інтерпретації і тільки доводить відсутність уніфіко-

ваного тлумачення. Звернення до економічної науки дозволяє виділити такі визначення фінансової політики:

— фінансова політика це сукупність державних заходів, спрямованих на мобілізацію фінансових ресурсів, їх розподіл та використання для виконання державою своїх функцій [4, 6];

— фінансова політика — діяльність держави, підприємства щодо цілеспрямованого використання фінансів. Зміст фінансової політики полягає в тому, щоб розробляти концепцію розвитку фінансів, визначати основні напрями їхнього використання й заходи, спрямовані на досягнення оптимальної моделі перерозподілу фінансових ресурсів з метою стимулювання матеріального виробництва та соціального захисту населення [5, 460; 6, 266];

— фінансова політика — сукупність методологічних принципів, форм організації та методів використання фінансів [7, 42];

— фінансова політика — сукупність державних заходів з використання фінансових відносин для виконання державою своїх функцій. Фінансова політика розглядається як складова частина економічної політики держави, як відносно самостійна сфера діяльності держави, найважливіший засіб реалізації політики держави у будь-якій сфері суспільної діяльності [8, 528–529].

Не дивлячись на різні погляди у підходах до визначення сутності фінансової політики, складається парадоксальна ситуація, коли на законодавчому рівні доволі часто застосовуваний у правових актах термін до сих пір не знайшов законодавчого визначення.

У прийнятому недавно Податковому кодексі [9] у ст. 14 «Визначення понять» відсутнє поняття податкової політики. У Бюджетному кодексі [10] відсутнє поняття бюджетної політики, хоча даний термін зустрічається у різних статтях (наприклад, у гл. 6 ст. 33 «Визначення бюджетної політики на наступний бюджетний період»; у гл. 17 «Контроль за дотриманням бюджетного законодавства»). У законі «Про Регламент Верховної Ради України» від 10 лютого 2010 р. також у ст. 20 згадується про бюджетну політику держави. Однак жодного пояснення щодо вказаного терміна не дається законодавцем у названих правових актах, не зустрічається воно і у інших законодавчих актах. Цікавим є той факт, що на відміну від вищеназваних кодексів, у Митному кодексі, який був прийнятий 11 липня 2002 р., надається визначення такого виду політики, як митна політика (ст. 2).

Ситуація, яка склалася у правовому полі держави, не залишається поза увагою вчених юристів, які все частіше у своїх публікаціях відображають дослідження даного питання, підкреслюючи актуальність даної проблематики та необхідність вивчення фінансової політики в рамках галузі фінансового права. Саме фінансове право є інструментом оформлення та проведення фінансово-правової політики.

Для фінансово-правової політики властива подвійна природа, оскільки, з однієї сторони, представляє собою частину соціально-економічної політики, яка визначає мету, завдання, принципи та способи правового регулювання, а значить має правове оформлення, а з іншої сторони, визначає форми діяль-

ності суб'єктів фінансового права у сфері акумуляції, розподілу та використання публічних фондів коштів з метою ефективного впливу на розвиток економіки країни.

За своєю сутністю фінансово-правова політика держави представляє діяльність, в основі якої знаходиться правове закріплення принципів, ідей, програм та перспектив фінансового розвитку держави.

Фінансово-правову політику більш раціонально розглядати через фінансову діяльність, яка у загальному вигляді виражає прояв всіх функцій держави, оскільки реалізація будь-якої функції неможлива без відповідного фінансового забезпечення, як одного з головних механізмів публічної влади.

Говорячи про необхідність визначення фінансової політики на законодавчому рівні, виникає потреба у розробці та прийнятті закону «Про фінансову політику», який би включав базові положення, зміст та значення, принципи, види та механізми, що регулюють дану сферу суспільних відносин, а також завдання та основні напрямки фінансової політики держави.

Найбільш розповсюдженою класифікацією напрямків фінансової політики є її поділ в залежності від структури фінансової системи. Тому, виділяють бюджетну політику, податкову, політику у сфері банківської діяльності, політику у сфері державного страхування, державного боргу, валютну політику.

У науковій літературі зустрічається і інша класифікація напрямів фінансової політики. Так, залежно від мети виокремлюють стратегічну, тактичну, перспективну фінансову політику, в залежності від типу — класичну, регулюючу, планово-директивну; залежно від напрямку її проведення — фіскальну та регулюючу; залежно від змісту — законодавчу та правозастосовну фінансово-правову політику.

Таким чином, нормативно-правове визначення фінансової політики можна визначити так: фінансова політика це складова частина соціально-економічної політики, яка визначає мету, завдання, принципи та способи правового регулювання, форми діяльності суб'єктів фінансового права у сфері акумуляції, розподілу, управління та контролю за використанням публічних фондів коштів з метою ефективного впливу на розвиток економіки країни.

У сучасних умовах особливого соціально-економічного значення набуває банківська діяльність, оскільки зачіпає інтереси і фізичних, і юридичних осіб, інтереси державних органів та органів місцевого самоврядування, інтереси держави у цілому. Розвиток банківської системи свідчить про посилення ролі держави у сфері банківської діяльності, що пов'язане, перш за все, з впливом фінансової кризи. Поняття «банківська діяльність» належить до числа тих категорій банківського права, які використовуються в багатьох правових галузях, що пов'язане з комплексним характером банківського законодавства як галузі законодавства та суттєвим чином визначає предмет його правового регулювання. Недивлячись на те, що ця правова категорія давно використовується різними галузями права, уперше визначення банківської діяльності з'явилося в законодавстві у зв'язку з прийняттям нової редакції Закону України «Про банки і банківську діяльність» [11]. Згідно зі ст. 2 вказаного Закону поняття



«банківська діяльність» розкривається через перелік сукупності трьох виключно банківських операцій, тобто таких, які можуть здійснювати тільки такі юридичні особи, як банки, — це залучення у вклади грошових коштів фізичних і юридичних осіб, видання кредитів та здійснення розрахунків.

Поняття «банківська діяльність» тісно пов'язане з поняттям «банк», особливість якого в порівнянні з іншими фінансовими інститутами полягає в тому, що банк є особливим фінансовим інститутом, який покликаний здійснювати банківську діяльність, що має виключний характер. Не тому діяльність банківська, що нею займається банк, а банк тому банк, що він здійснює банківську діяльність.

Сучасна банківська діяльність характеризується різними параметрами, перше, законодавчими параметрами, по-друге, сутнісними параметрами.

Параметри законодавчі визначені Законом України «Про банки і банківську діяльність», вони вказують на те, що право здійснювати банківську діяльність належить банку тільки після отримання банківської ліцензії, яка надається Національним банком України на підставі клопотання банку за наявності визначених законодавством документів.

Параметри сутнісні характеризують зміст та способи здійснення банківської діяльності. Зміст її полягає в тому, щоб залучати кошти з метою їх надання на взаємовигідних умовах. Способами здійснення банківської діяльності є укладення договорів банківського вкладу, банківського рахунка та кредиту.

В юридичній літературі існують різні підходи до визначення поняття «банківська діяльність». Вважається, що визначати банківську діяльність необхідно виходячи з визначення меж тієї сфери соціально-економічного життя чи тих суспільних відносин, регулювання яких повинне здійснюватися самим банківським правом. До банківської діяльності пропонується відносити і конструювання банківської системи, а оскільки банківська система включає в себе певні структурні елементи, то необхідно узгоджувати взаємодію всіх її елементів. Тоді банківську діяльність можна визначити як систему правових дій спеціальних суб'єктів, як учасників єдиної банківської системи.

Банківську діяльність можна охарактеризувати як особливий вид господарської діяльності. Особливий, виключний режим банківської діяльності надає сформульована в Законі «Про банки і банківську діяльність» (ст. 48) заборона діяльності у сфері матеріального виробництва, торгівлі (за винятком реалізації пам'ятних, ювілейних і інвестиційних монет) та страхування, крім виконання функцій страхового посередника. Це означає, що набуття статусу банку «окреслює зовнішні параметри» його діяльності, передбачає обмеження правоздатності. Така заборона перетворює банки на комерційні юридичні особи зі спеціальною компетенцією, оскільки вони можуть здійснювати тільки ті угоди, які прямо передбачені законом чи угодою, що забезпечують вказані. Можна стверджувати, що банківська діяльність є особливою, оскільки вона не припускає можливості об'єднання її з іншими видами господарської діяльності. Особливість банківської діяльності необхідна для досягнення двох цілей: виділення із загальних господарюючих суб'єктів — спе-

ціальних, які обслуговують грошовий обіг, та забезпечення державного контролю за цими суб'єктами.

Поняття «банківська діяльність» можна розглядати і у вузькому, і у широкому розумінні. У вузькому розумінні, визначаючи банківську діяльність, можна говорити тоді, коли діяльність спрямована на виконання певної сукупності банківських операцій, за умови надання дозволу, на виконання яких юридична особа отримує статус банку. До числа таких операцій належать залучення у вклади грошових коштів фізичних та юридичних осіб; розміщення їх від власного імені, на власних умовах та на власний ризик; відкриття та ведення банківських рахунків фізичних та юридичних осіб. У широкому розумінні банківська діяльність включає не тільки комплекс банківських операцій, але й порядок організації та функціонування банків, тобто відносини з приводу функціонування банківської системи, виникнення та розвитку її елементів.

Вважаємо, що широке розуміння банківської діяльності повинно включати не тільки комплекс банківських операцій, але й комплекс банківських послуг. Тоді банківську діяльність можна визначити так: банківська діяльність є підлягаюча ліцензуванню Національним банком України сукупність банківських операцій та наданих банківських послуг спеціальними суб'єктами (банками), здійснюваних систематично, спрямованих на функціонування та розвиток банківської системи, реалізацію грошово-кредитної політики держави.

Таким чином, фінансова політика у сфері банківської діяльності є складовою державної фінансової політики, яка представляє собою діяльність держави в собі уповноважених державних органів та організацій, що діють у публічних інтересах з розробки, правового регулювання та реалізації концепції, основних напрямків, конкретних заходів у сфері акумуляції, розподілу, управління та контролю за використанням публічних фондів коштів при здійсненні банківської діяльності з метою розвитку та зміцнення банківської системи.

Фінансова політика в сфері банківської діяльності повинна розглядати зниження інфляції не як самоціль, а як інструмент, що забезпечує можливість ефективного розвитку підприємництва. Досягти цього без пониження кредитних ставок неможливо. Інакше кажучи, низька інфляція та низька процентна ставка за кредитами це два взаємопов'язаних фактора забезпечення реальної ефективності економіки.

З метою модернізації банківської системи необхідні суттєві зміни у розробці фінансової політики у сфері банківської діяльності, які були б орієнтовані на збалансоване економічне зростання. Криза особливо загострила проблему довіри між банками та позичальниками. Недосконалість нормативно-правової бази, методології оцінки кредитором позичальника привели до того, що кредитори, як правило, залишаються беззахисними у випадку відмови недобросовісних позичальників платити за зобов'язаннями.

Отже, основними напрямками для реалізації фінансової політики у сфері банківської діяльності повинні стати: 1) розвиток банківського кредитування як основного напрямку банківської діяльності; 2) організація належного фінансового контролю; 3) удосконалення банківського нагляду.

Перше, на що повинна спрямовуватися фінансова політика, — це підвищення рівня життя громадян, їх соціальної захищеності та упевненості у тому, що держава існує для того, щоб забезпечити захист своїх громадян. Особливу увагу необхідно приділити фінансово-правовим інструментам держави, оскільки від того, як вони будуть побудовані, наскільки ефективно буде здійснюватися функція обігу фінансових ресурсів країни, настільки буде залежати розвиток української банківської системи та стійкість України як держави.

### Література

1. Про першочергові заходи щодо запобігання негативним наслідкам фінансової кризи та про внесення змін до деяких законодавчих актів України : Закон України № 639-VI від 31 жовт. 2008 р.
2. Про заходи щодо забезпечення відновлення стабільності у банківській системі : указ Президента № 813/2009 від 8 жовт. 2009 р.
3. Про діяльність Національного банку України в період фінансової кризи та стан виконання рішень Верховної Ради України з цих питань : Постанова Верховної Ради № 904-VI від 26 січ. 2009 р.
4. Финансовая политика России / под ред. Р. А. Набиева, Г. А. Тактарова, Р. К. Арыкбаева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Финансы и статистика, 2008. — 400 с.
5. Теорія фінансів / за заг. ред. О. Д. Василика. — К. : Центр навч. л-ри, 2005. — 480 с.
6. Галицкая С. В. Деньги. Кредит. Финансы / С. В. Галицкая. — М. : Изд-во Эксмо, 2005. — 496 с.
7. Финансы и кредит / под ред. М. В. Романовского, Г. Н. Белоглазовой. — М. : Юрайт-Издат, 2003. — 575 с.
8. Финансы / под ред. Г. Б. Поляка. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2007. — 703 с.
9. Податковий кодекс України від 12 грудня 2010 р. № 2755-VI.
10. Бюджетний кодекс України від 8 липня 2010 р. № 2456-VI.
11. Про банки і банківську діяльність : Закон України від 7 груд. 2000 р. № 2121-III.

### Анотація

*Латковська Т. А. Фінансова політика держави у сфері банківської діяльності. — Стаття.*

Відсутність законодавчого визначення фінансової політики викликає необхідність вивчення даного питання. Досліджуючи сучасну фінансову політику держави у сфері банківської діяльності, автор наводить власні визначення фінансової політики, банківської діяльності, фінансової політики у сфері банківської діяльності та визначає основні напрямки реалізації фінансової політики у сфері банківської діяльності.

*Ключові слова:* фінансова політика; банківська діяльність, фінансова політика у сфері банківської діяльності.

### Аннотация

*Латковская Т. А. Финансовая политика государства в сфере банковской деятельности. — Статья.*

Отсутствие законодательного определения финансовой политики вызывает необходимость изучения данного вопроса. Исследуя современную финансовую политику государства в сфере банковской деятельности, автор приводит собственные определения финансовой политики, банковской деятельности, финансовой политики в сфере банковской деятельности и определяет основные направления реализации финансовой политики в сфере банковской деятельности.

*Ключевые слова:* финансовая политика, банковская деятельность, финансовая политика государства в сфере банковской деятельности.

### Summary

*Latkovska T. The Financial State Policy in the Sphere of Banking Activity. — Article.*

The lack of a legislative definition of the financial policy calls for need to consider the issue under discussion. The author gives her own definitions of financial policy, banking activity, financial policy in banking activity and determines the major trends of the realization this policy in the sphere of banking activity taking into consideration the up-today status of the state financial policy.

*Keywords:* financial policy, banking activity, financial policy in the sphere of banking activity.

УДК 347.781.5

*А. В. Кирилюк*

### ДИНАМІКА ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ЗА ЛІЦЕНЗІЙНИМ ДОГОВОРОМ НА ВИКОРИСТАННЯ ЛІТЕРАТУРНИХ ТВОРІВ

Характеризуючи динаміку відносин за ліцензійним договором на використання літературних творів, варто приділити увагу тому, що норми ЦК України щодо укладення, зміни та припинення цивільно-правових договорів поширюються і на договори у сфері інтелектуальної власності.

Відповідно до ст. 627 ЦК України сторони ліцензійного договору є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог ЦК України, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. Як вірно зазначається у цивілістичній літературі, процес укладення договорів визначений самою природою відповідної конструкції: якщо сенс договору полягає у досягненні згоди, то тим самим його укладення передбачає волевиявлення кожної зі сторін і його збіг [1, 154].

Первинною стадією (етапом) існування будь-якого договірного зобов'язального правовідношення, як правило, є стадія укладення договору, функціонально наділена правоутворюючим характером і перетворенням фактичних дій у зобов'язально-правові відносини, які виникають із договору.

Укладання договору — це нормативно закріплені взаємні дії сторін, спрямовані на встановлення договірних відносин та визначення змісту договірного зобов'язання [2, 165].

Укладення договору передбачає вчинення сторонами взаємних дій по визначенню та узгодженню умов договору. Договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору (ст. 153 ЦК УРСР, ст. 628 ЦК України).

Процес укладення договору є діяльністю, по-перше, по вибору сторони майбутнього договору; по-друге, по узгодженню істотних умов договору; по-третє, по оформленню договору, якщо законом встановлена певна форма [3, 7].

Розглядаючи питання про зміну договору, слід звернути увагу на те, що ст. 625 ЦК України надав сторонам можливість самостійно передбачати в договорі такі підстави.

Припинення ліцензійного договору на використання літературного твору означає припинення зобов'язального правовідношення, що виникло між автором і користувачем твору на основі укладеного ними ліцензійного договору, що приводить до скасування прав та обов'язків його учасників, а іноді навіть до покладення на одного з них негативних наслідків вказаного юридичного факту.

Слід зазначити, що Закон України «Про авторське право і суміжні права» не містить ніяких спеціальних підстав для припинення ліцензійних договорів, тому це питання регламентується в основному нормами ЦК України.

Договори можуть припинятися з різних підстав. Одні з них настають незалежно від волі сторін, інші, навпаки, припускають прояви волі сторін, кожна з яких користується наданим їй правом.

Найбільш поширеною підставою для припинення дії ліцензійних договорів є закінчення строку їх дії або їх виконання. Оскільки найчастіше за цей період сторони виконують свої обов'язки за договором, то виконання є самостійною підставою припинення договору. Проте, як відзначає О. П. Сергєєв, сторони додатковим договором можуть продовжити строк дії договору, але якщо автор проти цього, заперечує, договір припиняється [4, 97].

На практиці можливі випадки, коли видавництво, що опублікувало твір, може бути не зацікавлене в його перевиданні, недивлячись на те, здійснило перевидання меншу кількість разів, ніж мала на це право згідно з договором в межах строку його дії. В цьому випадку може передбачатися умова про можливість дострокового припинення його дії.

Підставою припинення договору може виступати неможливість його виконання через обставини, що не залежать від автора. Такими обставинами можуть бути різні події — стихійне лихо, деякі явища громадського життя, війна тощо. Ліцензійний договір буде припинений і в тому разі, коли літературний твір випадково загинув без вини автора, — передавати користувачеві немає чого, але автор в цьому не винен, тому він звільняється від відповідальності.

Підставою для припинення чинності ліцензійного договору можуть бути смерть автора, ліквідація юридичної особи без правонаступництва.

Необхідно відзначити, що смерть автора тягне різні наслідки. Ліцензійний договір на використання літературного твору може бути припинений у зв'язку зі смертю автора тільки за відсутності спадкоємців. Визначаючи момент, з якого слід вважати договір припиненим, за загальним правилом слід керуватися нормою, згідно з якою зобов'язання вважаються припиненими з моменту досягнення згоди сторонами про розірвання договору, а при розірванні договору в судовому порядку — з моменту вступу до законної сили рішення суду про розірвання договору.

У разі ліквідації юридичної особи без правонаступництва взаємні претензії сторін (по поверненню виплаченого авторові авансу і так далі) приймаються в певні строки.

Припинення ліцензійного договору можливе шляхом його розірвання за ініціативою сторін. Сторони можуть достроково розірвати договір за взаємною

згодою у письмовій формі з повідомленням про це відповідний орган, що здійснив реєстрацію. «Свобода» договору, мабуть, говорить сама за себе, дозволяючи сторонам самим вирішувати і це питання. Думається, що розірвання договору повинно бути пов'язано з поведінкою сторін. Істотне порушення умов договору, пов'язане з невиконанням або неналежним виконанням умов договору, є підставою для його розірвання. Якщо договір був розірваний внаслідок істотного порушення його умов однією зі сторін, інша сторона має право вимагати відшкодування збитків, заподіяних розірванням договору. Договір слід вважати припиненим з моменту, коли автор довів до відома користувача про своє бажання розірвати договір.

Законодавством передбачено окремі способи, за допомогою яких сторони за згодою між собою можуть змінити чи розірвати договір. Наприклад, шляхом новації (ст. 604 ЦК України), наданням їм виконання відступного (ст. 600 ЦК України). Утім законом чи договором право сторін на розірвання (зміну) договору за згодою між собою може бути обмежене. Так, наприклад, відповідно до ч. 3 ст. 636 ЦК України, якщо інше не встановлено договором або законом, сторони, які уклали договір на користь третьої особи, з моменту вираження цією третьою особою наміру скористатися своїм правом, не можуть розірвати або змінити договір без її згоди.

Законодавством передбачені підстави для одностороннього розірвання договору. При цьому не вказується на необхідність звернення до суду. У подібних ситуаціях за стороною визнається певне право, яким вона може самостійно розпорядитися. Для цього сторона не потребує рішення суду, при розірванні договору на вимогу однієї зі сторін, якщо інше не передбачене в Законі або договорі.

Ліцензіат має право розірвати договір у випадку, якщо на момент укладення ліцензіар (автор) на має авторського права на об'єкт договору. При розірванні договору за даною підставою ліцензіар зобов'язаний повернути всю суму винагороди, отриману за договором.

Ліцензіар має право розірвати договір в наступних випадках:

- повторного порушення ліцензіатом обов'язку виплачувати винагороду ліцензіару;
- ненадання ліцензіатом можливості ліцензіару ознайомитися з документами про використання літературного твору;
- перевищення територіально-галузових меж переданих ліцензіату прав на використання літературного твору чи за використання не визначеним в договорі способом.

Від розірвання (зміни) договору треба відрізнити односторонню повну або часткову відмову від виконання договору. Одностороння відмова від виконання договору (в повному обсязі або частково) здійснюється без звернення до суду, і, відповідно, в силу самого факту її здійснення договір вважається розірваним, а при частковій відмові — зміненим. Одностороння відмова від договору і виконання договору можливі лише у випадках, коли вони прямо передбачені законом або договором.

Як правило, можливі дві ситуації для односторонньої відмови від договору. По-перше, коли ліцензіат почав використання об'єкта до настання права на це і, по-друге, коли ліцензіат своєчасно не почав використання об'єкта.

Підстава для односторонньої відмови ліцензіаром від договору у разі порушення ліцензіатом встановленого договором строку початку використання об'єкта права інтелектуальної власності доречна за наявності однієї з двох умов: видачі виключної ліцензії або ж, коли розмір ліцензійних платежів залежить від обсягу використання об'єкту. Усі інші екстрені випадки з урахуванням конкретних обставин сторони самі можуть передбачити у договорі [5, 159].

Змінити або розірвати договір, якщо згода сторін про це не досягнута, можна на вимогу зацікавленої сторони лише у судовому порядку і лише за наявності певних підстав.

Такими підставами можуть бути: істотне порушення договору другою стороною та інші випадки, встановлені договором або законом. Істотним слід вважати таке порушення договору, яке тягне для другої сторони неможливість досягнення мети договору.

До другої групи підстав, що надають право вимагати зміни або припинення договору, належать підстави, прямо передбачені ЦК України, іншими актами законодавства або договором.

Не повинно бути ніяких сумнівів відносно права ліцензіата розірвати договір, якщо своїх обов'язків за договором не виконав хоча б один з співавторів. Ліцензіат вправі розраховувати на те, щоб отримати готовий до використання твір. Частина твору, створена співавторами, які виконали свої обов'язки, має бути схвалена і прочитана у якості виконання лише у тому випадку, якщо ліцензіат згоден змінити договір, зокрема скорегувати його об'єкт. Те саме стосується і творів, що створюються при нероздільному співавторстві. Якщо будь-хто з співавторів участі у їх створенні не приймав, а рештою співавторів був наданий закінчений твір, вимагається згода ліцензіата на зміну умов договору.

Слід також звернути увагу на можливість визнання правочину недійсним. На відміну від укладеного договору правочину недійсний правочин це акт, який здійснився, однак в силу наявних у нього недоліків не має правової сили. Неукладений правочин ніколи не існував та існувати не міг, тому правової сили не мав. Визнання правочину недійсним сід також чітко вдмежовувати від розірвання договору та визнання його неукладеним. Зокрема, підставою для розірвання правочину недійсним слугує невідповідність вимогам закону, а підставою для розірвання правочину — неналежне виконання або невиконання його умов чи умов, встановлених для такого правочину законом. В останньому випадку договір на момент його укладення не містить порушення закону. Слід зазначити, з неукладеного правочину не виникають договірні зобов'язання і він не породжує жодних цивільних правовідносин. У свою чергу, недійсний правочин не породжує тих правових наслідків, які притаманні правочинам даного виду, але разом з тим, він породжує правові наслідки, які випливають з його недійсності, зокрема, його наслідками є те, що сторони зобов'язані повернути все те, що одержали на виконання цього пра-

вочину, а в разі неможливості такого повернення — відшкодувати вартість того, що одержано [6, 132–133].

У разі невиконання або неналежного виконання своїх зобов'язань за ліцензійним договором на використання літературного твору, сторони несуть відповідальність за порушення авторського права.

Враховуючи цивільно-правову природу ліцензійних договорів, за їх порушення переважно настає цивільно-правова відповідальність, яка передбачена чинним законодавством, так і встановлена сторонами договору безпосередньо в договорі. Її можна визначити як міру державного примусу майнового характеру, що застосовується з метою відновити порушений стан і задовольнити потерпілу сторону а рахунок сторони, яка порушила договірне зобов'язання.

У юридичній літературі підставою цивільно-правової відповідальності традиційно визнається правопорушення, під яким прийнято розуміти таку, що суперечить закону дію або бездіяльність, що іноді об'єднується одним терміном «протиправна поведінка».

Елементами правопорушення є: об'єкт — суспільне відношення, врегульоване нормами цивільного права; об'єктивна сторона — наявність шкоди, протиправна поведінка та причинний зв'язок між протиправною поведінкою (бездіяльністю) правопорушника і шкодою, що настала; суб'єкт — учасники правовідносин; суб'єктивна сторона — вина (провина).

Аналіз всіх норм ЦК України, які передбачають положення про відповідальність за невиконання або неналежного виконання зобов'язань, що регламентують заходи відповідальності, що підлягають застосуванню за різні порушення конкретних видів зобов'язань, дозволяє зробити висновок про те, що українське цивільне право, а відповідно і авторське, виходить з наявності двох форм вини: умисел та необережності. Ст. 1193 ЦК України виділяє поняття грубої необережності і ступені провини правопорушника. Частина 1 ст. 1167 ЦК України передбачає наявність вини як необхідної підстави для відповідальності.

Як вже наголошувалося, норми цивільного права безпосередньо розповсюджуються на авторські відносини. У питаннях відповідальності за порушення зобов'язань законодавець як раніше, так і нині дотримується правила, що у разі невиконання або неналежного виконання зобов'язання боржником він зобов'язаний відшкодувати кредиторів заподіяні ним збитки. Для притягнення боржника до цивільно-правової відповідальності у формі відшкодування збитків необхідно, щоб ці збитки виникли [7, 278].

Особливістю відповідальності за порушення авторських прав є можливість автора відповідно до ч. 1 ст. 51 Закону України «Про авторське право і суміжні права» обирати способи захисту своїх авторських прав.

Для договорів про відчуження прав, ліцензійних договорів і договорів авторського замовлення (а не тільки договорів авторського замовлення, як це зазвичай передбачено Законом України «Про авторське право і суміжні права»), укладених автором, ЦК України встановлюються особливі правила відносно відповідальності автора за невиконання або неналежне виконання своїх обов'язків.



По-перше, відповідальність автора буде обмежена сумою реального збитку, заподіяного іншою стороною (договором можна обмежити відповідальність автора ще більше).

По-друге, автор відповідає тільки за наявності вини.

По-третє, відносно договору авторського замовлення автор в якості підстави звільнення себе від відповідальності може посилатися на те, що порушення ним договору було викликано творчою невдачею (але наявність творчої невдачі треба буде довести, якимось проілюструвати складнощі із створенням твору, а не просто заявити про таку невдачу).

Ще одне питання, пов'язане з обігом прав на твір, це можливість звернення на них стягнення. За загальним правилом, на таке майно може бути звернене стягнення, і ЦК України прямо говорить про це. Проте для автора і його спадкоємців зроблено виняток — на належні їм виключні права звернення стягнення не допускається. Це не стосується прав вимоги автора до інших осіб по укладених договорах, а також доходів, отриманих від використання твору, — вони можуть бути предметом стягнення. Якщо автори живуть за рахунок своїх творів, то суспільство зацікавлене в тому, щоб забезпечити їм можливість отримання такого доходу і тим самим стимулювати їх творчу діяльність.

Крім відшкодування збитків цивільно-правова відповідальність, яка настає за невиконання чи неналежне виконання договору передбачає сплату неустойки (штрафу, пені). Згідно з частиною другою ст. 551 ЦК України, якщо предметом неустойки є грошова сума, її розмір встановлюється договором або актом цивільного законодавства. Розмір неустойки, встановлений законом, може бути збільшений у договорі.

Тобто відповідно до вимог чинного законодавства сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд, тому встановлена сторонами у договорі відповідальність за прострочення виконання зобов'язання у більшому розмірі не суперечить матеріальному праву України та відповідно не тягне за собою правових наслідків у вигляді визнання договору недійсним.

Основною метою відповідальності за ліцензійним договором є відновлення порушених прав і законних інтересів потерпілої сторони за рахунок порушника.

### Література

1. Брагинский М. И. Договорное право. Общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. — М. : Статут, 1997. — 682 с.
2. Бервено С. М. Проблеми договірної права України : монографія / С. М. Бервено. — К. : Юринком Інтер, 2006. — 392 с.
3. Дерезьянко Г. Ф. Договор / Г. Ф. Дерезьянко. — Новосибирск, 1966. — 22 с.
4. Сергеев А. П. Гражданское право : учебник. Ч. 3 / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстова. — М. : Проспект, 1998. — 553 с.
5. Крижна В. М. Правове регулювання ліцензійного договору за законодавством України // Вісник господарського судочинства. — 2004. — № 4. — С. 155–159.
6. Жеков В. І. Деякі питання визнання договору недійсним або неукладеним // Університетські наукові записки. — 2005. — № 3 (15). — С. 129–133.
7. Харитонов Є. О. Цивільні правовідносини : навч. посіб. / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova. — К. : Істина, 2008. — 304 с.

### Анотація

*Кирилюк А. В. Динаміка зобов'язань за ліцензійним договором на використання літературних творів. — Стаття.*

У статті приділяється увага питанню укладення, зміни та припинення ліцензійного договору на використання літературних творів. Досліджено порядок притягнення до відповідальності за порушення авторських прав. Визначено особливі правила притягнення до відповідальності автора за невиконання або неналежне виконання своїх обов'язків.

*Ключові слова:* динаміка відносин, ліцензійний договір, літературні твори, укладення договору, зміна договору, припинення договору, відповідальність, автор, невиконання договору, неналежне виконання договору, збитки, неустойка.

### Анотация

*Кирилюк А. В. Динамика обязательств по лицензионному договору. — Статья.*

В статье уделяется внимание вопросу заключения, изменения и прекращения лицензионного договора по использованию литературных произведений. Исследован порядок привлечения к ответственности за нарушение авторских прав. Определены правила привлечения к ответственности автора за неисполнение или ненадлежащее исполнение своих обязанностей.

*Ключевые слова:* динамика отношений, лицензионный договор, литературные произведения, заключение договора, изменение договора, прекращение договора, ответственность, автор, невыполнение договора, ненадлежащее выполнение договора, убытки, неустойка.

### Summary

*Kirilyuk A. V. Dynamics of Obligations Under the License Agreement. — Article.*

The article focuses on the issue of making, modifying, and terminating the license agreement for the use of literature. Studied order suing for copyright infringement. Defined specific rules to bring the author for failure or improper performance of duties.

*Keywords:* dynamic relations, the license agreement, literary, contract, change agreement, termination, liability, author, contract failure, improper performance of contract, damages, penalties.

УДК 347.77

*А. С. Колісник*

### СПЕЦИФІКА ВИКОРИСТАННЯ ЛІЦЕНЗІЙНИХ УГОД КОМП'ЮТЕРНОГО ПРОГРАМНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

В умовах формування ринку інтелектуальної власності значення договірних відносин виходить на перший план як основний засіб реалізації права на розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

Під тиском інформаційних технологій формується нова структура розповсюдження та використання договорів (ліцензійних угод), особливо на базі мережних комунікацій. Ефективність авторського права в цифровому середовищі падає, у зв'язку з цим власники авторського права й інші розповсюджувачі програм починають усе більше покладатися на захист своїх інтересів за допомогою договору, а в деяких випадках, в залежності від виду програмного забезпечення, ще й на технічні засоби захисту.

В матеріальному світі користувач, використовуючи твір, досить рідко вступає у формальні відносини на основі договірної ліцензії. На відміну від мате-

ріального світу в цифрових мережах електронні ліцензії стали нормою. Доступність культурного або інформаційного змісту забезпечується простим натисканням клавіші, що одночасно означає згоду на укладення ліцензійного договору — йдеться про газети, музику, інформацію, що міститься в базі даних, програмному забезпеченні або книгах.

Авторське право має у своєму розпорядженні досить великий набір способів надання ліцензій користувачеві, які здатні кардинально змінювати підходи до специфікації програмного забезпечення, захисту авторських прав і як наслідок — його використання. В залежності від вибраного типу ліцензування програмного забезпечення визначається спосіб використання, організаційна модель розробки (якість і технічні параметри програм), структура витрат на різних етапах життєвого циклу програм і як наслідок — модель, яка формує ринок програмного забезпечення в цілому.

Юридична природа ліцензій програмного забезпечення до цих пір викликає багато спорів стосовно визначення їх поняття, видів, форми, змісту, класифікації. Теоретична класифікація видів ліцензійних угод і з'ясування їх характерних рис та відмінностей має важливе значення для нормативного регламентування договірних відносин в авторському праві. При цьому необхідно зазначити, що не існує загальноприйнятої класифікації авторських договорів, які стосуються розпорядження програмного забезпечення. Головна проблема такої класифікації і визначення видів авторських договорів полягає у специфічності об'єкта договору. Сам факт, що об'єктом є результат творчої діяльності людини, який є річчю нематеріальною, річчю, яка може існувати у безлічі примірників і, як наслідок, належати необмеженому колу осіб, з одного боку, і те, що автором об'єкта інтелектуальної власності може бути лише людина, яка на свій твір має не тільки майнові, але й особисті немайнові права — з іншого, зумовлює можливість виокремлення ряду класифікацій авторських договорів.

Найбільш поширеним видом договору про використання майнових прав на програми є ліцензійний договір.

За ліцензійним договором одна сторона (ліцензіар) надає другій стороні (ліцензіату) дозвіл на використання програмного забезпечення на умовах, визначених за взаємною згодою сторін з урахуванням вимог законодавства [1].

При передачі авторських прав на комп'ютерні програми можна виділити досить значну кількість різноманітних варіантів договірних відносин. Крім традиційних позицій, як-от авторський договір чи договір про передачу майнових прав або їх частини, практика використання такого специфічного об'єкта захисту, як програмне забезпечення, виробила особливі форми угод, без яких зараз майже неможливо уявити розповсюдження комп'ютерних програм [2, 78].

Одним із найбільш поширених методів передачі прав на комп'ютерні програми в матеріальному світі є обгорткові ліцензії. Законодавство більшості технологічно розвинених держав світу допускає при продажу і представленні масовим користувачам особливий порядок укладення договорів, як-от викладення типових і основних умов договору на примірниках програми, що передаються кінцевому споживачеві. Такий вид угод можна класифікувати як конк-

людентний, коли поведінка особи спрямована на встановлення правовідносин щодо програмного забезпечення і коли, виходячи з неї, можна зробити висновок про такий намір, замінює будь-які усні чи письмові волевиявлення. Як правило, умови таких угод виписуються на зовнішній стороні обкладинки носія з програмою. Згідно з зазначеним варіантом, перед тим, як використовувати програму, особа має ознайомитися з умовами таких дій, правами і обов'язками, що стануть їх наслідком. Відтак, коли користувач розкриває упаковку, він вважається таким, який, ознайомившись з умовами конклюдентної угоди, висловив згоду на її укладення.

Ще одним видом ліцензійних угод можна вважати інсталяційну угоду, яка за своєю природою найбільш яскраво відображає специфіку комп'ютерних програм як об'єкта авторського права. Полягає вона в тому, що її текст з'являється в процесі інсталяції, тобто при встановленні програми в комп'ютерну систему, на якій її планується використовувати. Під текстом ліцензії, як правило, знаходиться дві кнопки із написами «Згоден» і «Не згоден» (чи їх аналоги), і користувач, в залежності від того, буде чи не буде він укладати угоду з розробником на визначених умовах, має натиснути відповідну кнопку. У випадку відмови процес інсталяції стає неможливим. Звичайно, такий вид угоди є технічно досить простим щодо можливого порушення системи вибору права укладати її [3, 17]. Суть інсталяційної угоди полягає в тому, що у випадку використання конкретної програми в будь-яких цілях особа, яка її використовує, вважається такою, що все ж дала згоду на укладення угоди на визначених умовах.

В матеріальному світі при розповсюдженні примірників програм досить часто застосовується поєднання обгорткової та інсталяційної ліцензії. Пояснюється така практика тим, що обгортковий та інсталяційний види ліцензійних угод є найбільш вдалим у боротьбі з комп'ютерним піратством. Зазвичай, контрафактні примірники носіїв програми, в переважній більшості, втрачають оригінальне оформлення. Що ж стосується видалення з програмного коду тексту інсталяційної угоди, яка відповідає за вчинення користувачем програми конклюдентних дій, є досить кропіткою роботою, якою зазвичай нехтують, зважаючи на її практичну умовність. Але при інсталяції контрафактної копії програми користувач, по-перше, може не здогадуватися про нелегальне походження копії, що ним використовується, а по-друге, навіть за умисних дій, натиснувши кнопку «Згоден», він не лише приймає основні правила щодо програми, але й визнає те, що використовує програмне забезпечення незаконно [4, 71]. Зазначений варіант укладення угоди вбачається одним з найбільш оптимальних і є одним з найвагоміших засобів захисту інтелектуальної власності у сфері інформаційних технологій.

Природа інсталяційних та обгорткових ліцензій, а також їх поєднання, вважається одним із основних свідчень своєрідності об'єктної природи програмного забезпечення, як елемента системи авторсько-правової охорони. Їх виникнення, існування і розвиток обумовлені прогресом безпосередньо комп'ютерних програм. Практика застосування такого виду оформлення авторських прав

є настільки поширеною, що дозволила сформувати їх приблизний зміст, який підходить фактично для будь-яких програмних продуктів. Зрештою, як повноцінний договір комп'ютерні ліцензії сприймати не можна, однак варто визнати, що аналогів на сьогодні їм не існує, як не існує і більш ефективної системи оформлення їх передачі.

Ще одним видом ліцензійних угод, з точки зору традиційних поглядів, є OEM-угоди (Original Equipment Manufacturer). В основі зазначеного виду угод лежить своєрідне поєднання інтересів основних суб'єктів галузі комп'ютерних технологій. Мова йде про ситуацію, коли компанії, що займаються розробкою комп'ютерних програм, укладають угоди з безпосередніми виробниками комп'ютерів та комп'ютерного обладнання. Таким чином, на комп'ютер, що йде у продаж, вже встановлено певний «базовий» набір програмного забезпечення. Як правило, до зазначеного програмного забезпечення належать програми, які призначені для забезпечення початкового функціонування машини. Найбільш поширеними серед останніх є операційні системи, що на сьогодні являють собою широкий набір досить різних за своїм функціональним призначенням програм. Такі програми не даруються кінцевому користувачеві — він сплачує за них кошти, адже вартість зазначеного програмного забезпечення включається до загальної ціни комп'ютера, що продається. Тобто користувач фактично примушений купувати програми, навіть якщо він не зацікавлений у цьому. На таке програмне забезпечення поширюються всі без виключення застереження щодо авторських прав, якби його було куплено окремо [5, 95]. Цей вид ліцензійних угод набув значного поширення в США, Канаді та Австралії.

На сучасному етапі розвитку інформаційних технологій є декілька форм ліцензування програмного забезпечення та розподілу програм. Головними критеріями поділу та відмінності ліцензійних угод є доступність вихідного коду програми та ціна програмного забезпечення [6, 11]:

1. Пропріетарне програмне забезпечення.
2. Програмне забезпечення з відкритим вихідним кодом.

Пропріетарне програмне забезпечення (*proprietary software*) — це модель ліцензування та розподілу програм, яка базується на пропріетарній концепції, тобто розглядається охорона інтелектуальних досягнень з позицій категорії власності. Слово «*proprietas*» означає власність, завдяки чому й виникла назва цієї групи концептуальних моделей. Пропріетарний підхід заснований на досить вразливому для критики ототожненні права творця на досягнутий ним результат із правом власності особи, що створила матеріальний об'єкт. До основних причин, що породили використання саме даної категорії, відносять прагнення творців інтелектуальних досягнень мати право на плоди своєї праці, аналогічні правам власників речей, прагнення використати фундаментальні основи ключового інституту цивільного права — права власності — у сфері творчої й іншої інтелектуальної діяльності.

Програмне забезпечення з відкритим вихідним кодом (Open Source Software (OSS)). Вихідний текст цього програмного забезпечення доступний. Його поділяють на комерційні OSS (наприклад, програмне забезпечення GNU Ada зав-

жди розповсюджується на умовах GNU GPL, і кожна копія цього програмного забезпечення вільна, але розробники цієї системи продають послуги супроводу) і не комерційне програмне забезпечення, яке розміщується на сайтах для вільного доступу (вільного копіювання) користувачами і може вільно розповсюджуватися в цифрових мережах.

Ідея, що лежить в основі поняття «Open Source» (програмне забезпечення з відкритим вихідним кодом), знайшла своє відображення в документі «Open Source Definition» [7]. Цей документ регламентує всі сторони ліцензування програмного забезпечення, що підпадає під визначення «Open Source». Основні положення якого зводяться до такого:

1. Вільна дистрибуція. Ліцензія не може містити ніяких обмежень на продаж або безкоштовне поширення програмного продукту, або його частини. Крім того, в ліцензії не може обмовлятися винагорода за продаж або поширення продукту.

2. Вихідний текст повинен бути включений до складу програмного продукту і має бути дозволено його поширення.

3. Цілісність авторського вихідного тексту. Ліцензія може обмежувати поширення зміненого авторського вихідного тексту тільки в тому випадку, якщо в ній передбачено дозвіл на поширення patch-файлів з вихідним текстом для зміни продукту при компіляції.

4. Ліцензія не повинна завдавати шкоди іншим програмам, які поширюються разом із продуктом, що ліцензується. Зокрема, в ліцензії не повинно міститися вимог, щоб ці програми також були Open Source Software.

На ринку програмного забезпечення є велика кількість ліцензій OSS, які відрізняються характером та об'ємом прав, що надаються користувачам цих програм.

Термін «програмне забезпечення з відкритим вихідним кодом» (OSS) є не досить визначеним, щоб описувати конкретну програмну ліцензію. Найбільш важливою частиною авторських прав у програмній справі є надання іншим особам ліцензій на копіювання, розподіл і створення похідного програмного забезпечення. Ліцензії OSS мають два загальних критерії: обмежене право на одержання прибутку від продажу ліцензій і включена умова доступності вихідного тексту програми.

Головна різниця ліцензій OSS — принцип Copyleft. Принцип Copyleft полягає в тому, що користувач одержує можливість вільного та безоплатного використання програми з обов'язковим дотриманням особистих немайнових прав, за умови, що поширення похідних програм буде здійснюватися відповідно до тієї ж самої ліцензії. Найбільш поширеною у використанні ліцензією Copyleft є GNU GPL.

Обмеження і права, які надаються в ліцензійних угодах, збалансовані таким чином, щоб задовольнити потреби клієнта (користувача) та інтереси автора або власника авторських прав. Для точного визначення критеріїв поділу програмного забезпечення необхідно розглянути найбільш важливі моделі його ліцензування:

Пропріетарне/закрите програмне забезпечення (Proprietary/Closed Software) — це модель ліцензування програмного забезпечення, за якої автор (власник) зберігає за собою ряд виключних прав, а користувач отримує лише право на використання програми. Умови ліцензійної угоди забороняють виготовлення копій програмного забезпечення, внесення будь-яких змін до програми, розповсюдження тощо. Автор або власник авторських прав на програмне забезпечення надають користувачеві примірник програми тільки в об'єктивному коді при збереженні комерційної таємниці на вихідний текст, що унеможливорює або принаймні ускладнює задачу модифікації програм під визначені потреби. Поняття «Closed Software» (програмне забезпечення із закритим вихідним кодом) пов'язане з поставкою цього програмного забезпечення на ринок виключно у бінарній формі.

Програмне забезпечення загального використання (Shareware) — це різновид використання пропріетарного програмного забезпечення. Програмне забезпечення цієї форми ліцензування є вільним протягом визначеного (початкового) періоду використання, але після закінчення періоду випробувань, користувач повинен придбати ліцензію на його використання. Програмне забезпечення загального використання має вбудований механізм, що блокує роботу програм після закінчення терміну випробувань. Після закінчення випробного періоду, який може бути обмежений кількістю запусків або часом роботи, користувач за бажанням може придбати ліцензію для подальшого використання програми або відмовитись від її використання. Механізм блокування роботи призначений для примусового стягнення винагороди за надання права подальшого використання програми. Розповсюджується тільки в бінарній формі.

Програмне забезпечення, яке вільно розповсюджується (Freeware) — за цією моделлю ліцензування користувач отримує право вільно розповсюджувати та використовувати програмне забезпечення. Програма надається тільки в бінарній формі. За використання програми виплати винагороди не вимагається.

Стандартна суспільна ліцензія GNU (GNU General Public License) — ліцензія програмного забезпечення з відкритим вихідним кодом, яка найбільш широко використовується. Найвідоміші приклади використання цього типу ліцензування є проект GNU і Linux.

Проект GNU був організований у 1984 р. для розробки завершеної UNIX-подібної операційної системи GNU (GNU — це рекурсивна аббревіатура для «GNU's Not UNIX»). На даний момент операційна система GNU використовує ядро Linux, завдяки чому одержала назву GNU/Linux. Умови розповсюдження програмного забезпечення, які передбачаються в проекті GNU, були сформульовані в GNU General Public License [8].

У відповідності до ліцензії GNU GPL будь-який користувач, що придбав примірник програми, автоматично здобуває також право на відтворення необмеженої кількості її копій, їхнє поширення на будь-якому носії (у тому числі шляхом продажу, при цьому ціна примірника програми не повинна перевищувати вартість виготовлення копії) і на модифікацію програми на свій розсуд. Кожен користувач разом із примірником програми одержує по ліцензії GPL

невияткові майнові права на неї, не виплачуючи за це власникові ніякої винагороди.

Berkeley Software Distribution License (BSD License). Ліцензія BSD встановлює більш прагматичний підхід до ліцензування програмного забезпечення, на відміну від ліцензії GNU GPL. У відповідності до ліцензії BSD користувач отримує право на безкоштовне одержання копії програмного забезпечення, включаючи додаткові матеріали, а також право на комерційне використання програмного забезпечення. Дозволяється розповсюдження і використання програмного забезпечення у вихідній і бінарній формах. Цей тип програмного забезпечення вимагає дозволу автора на подальше поширення й модифікацію, при цьому також дозволяється введення додаткових обмежень. Якщо програма є вільною відповідно до ліцензії BSD, але не підпадає під дію ліцензії GNU GPL, то ліцензії деяких копій або модифікації можуть взагалі втратити можливість вільного розповсюдження. Комп'ютерні компанії можуть скопіювати цю програму (як змінену, так і оригінал) і поширювати її як пропрієтарний програмний продукт.

Кожен вид ліцензійної угоди програмного забезпечення є вигідним одним учасникам ринку комп'ютерних технологій, тоді як іншим учасникам він здається абсолютно не прийнятним.

Питання договірних відносин, що виникають у процесі ліцензування програмного забезпечення практично не знайшли відображення у сучасній юридичній літературі України. Ці види ліцензійних угод тільки починають впроваджуватися, і практика їх використання знаходиться на початковому етапі. Проте, визначеність цього питання є необхідною умовою для нормального функціонування ринку інтелектуальної власності та подальшого розвитку інформаційних технологій. Необхідною умовою для функціонування ринку програмного забезпечення є наявність адекватного правового режиму, який наділяє учасників обігу суб'єктивними цивільними правами, що закріплюють належний їм товар і надають можливість розпоряджатися цим товаром. Відносини, що виникають у зазначеній сфері, є досить складними, оскільки потребують поєднання реалізації принципу свободи договору з гарантією дотримання прав авторів, власників та користувачів, з одного боку, та із захистом інвестицій, які вкладаються в розробку цього програмного забезпечення, — з іншого.

### Література

1. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40. — Ст. 356.
2. Калятин В. О. Интеллектуальная собственность (Исключительные права): учеб. для вузов / В. О. Калятин. — М. : НОРМА, 2000. — 480 с.
3. Хаметов Р. Предмет доказывания по делам о нарушениях авторских прав // Хозяйство и право. — 1997. — № 9–10. — С. 12–19.
4. Громова М. Правовая характеристика программного обеспечения как объекта интеллектуальной собственности / М. Громова. — Ростов : Дом Книги, 2001. — 92 с.
5. Пущин В. С. Правовая охрана программного обеспечения ЭВМ / В. С. Пущин. — М. : ООО «Новый мир», 2001. — 190 с.
6. Free/Libre and Open Source Software: Survey and Study (FLOSS) [Електронний ресурс]. —



- Режим доступу : [http://www.infonomics.nl/FLOSS/report/report Part3\\_basics\\_oss\\_markets\\_and\\_business\\_models.htm](http://www.infonomics.nl/FLOSS/report/report%20Part3_basics_oss_markets_and_business_models.htm).
7. Текст Open Source Definition [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.opensource.org/>
8. Текст ліцензії GNU General Public License [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.gnu.org/copyleft/gpl.html>

### Анотація

**Колісник А. С. Специфіка використання ліцензійних угод комп'ютерного програмного забезпечення.** — Стаття.

У статті розглядаються особливості захисту комп'ютерного програмного забезпечення різними типами ліцензійних угод, їх роль і місце в регулюванні ринку програмного забезпечення.

**Ключові слова:** комп'ютерне програмне забезпечення, ліцензійна угода, вихідний код.

### Аннотация

**Колесник А. С. Специфика использования лицензионных соглашений компьютерного программного обеспечения.** — Статья.

В статье рассматриваются особенности защиты компьютерного программного обеспечения разными типами лицензионных соглашений, их роль и место в регулировании рынка программного обеспечения.

**Ключевые слова:** компьютерное программное обеспечение, лицензионное соглашение, исходный код.

### Summary

**Kolisnyk A. S. Specific of license agreements usage of the computer software.** — Article.

The article is devoted to the peculiarities of the computer software protection by different types of licensing agreements, their role and place in the regulation of the software market.

**Keywords:** computer software, license agreement, source code.

УДК 347.191

*Ю. В. Кривенко*

## ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ ПРО РЕЛІГІЙНІ ОРГАНІЗАЦІЇ ЯК ЮРИДИЧНІ ОСОБИ

Відокремлення церкви від держави не означає того, що закони, де втілено загальнодержавну волю і волю інших політичних суб'єктів, взагалі не регулюють відносини між церковними організаціями і державними органами. Така постанова питання не відповідала б соціальній природі релігійно-церковного комплексу. Релігія є складовою частиною суспільства. Релігійні відносини виступають змістовним елементом неполітичних стосунків громадянського суспільства, тому держава зобов'язана захищати і надійно регулювати такі відносини. Але суспільство складається з релігійних і нерелігійних груп населення, тому держава через законодавство також регулює відносини між цими категоріями громадян.

При цьому на перше місце виступає надання з боку держави можливості сповідати будь-яку релігію за умов, що відправлення певного релігійного культу

не порушує законів, не посягає на права інших громадян і не зашкоджує здоров'ю людей.

Законодавство про релігійні організації в Україні обумовлено певними чинниками та мало в усі часи певну специфіку. Це пов'язано з тим, що впродовж тривалого часу не було визначено належним чином цивільно-правового статусу релігійних організацій.

Правове становище релігійних організацій як юридичних осіб не достатньо досліджено у правовій літературі та визначено в законодавстві. У вітчизняній науці і практиці відсутній єдиний підхід до вирішення питання про правовий статус релігійних організацій та про їх місце в організації суспільства. Законодавство, юридична література не містять визначення поняття релігійних організацій, оскільки фундаментальні дослідження їх правової природи відсутні. Зокрема, у цивільному законодавстві України питання походження формування правового статусу релігійних осіб розглядалися у статтях та монографіях: І. Кучеренко [1], В. Піддубної [2], Г. Сергієнко [3] та ін.

Дещо більше уваги приділялося цій проблематиці в цивілістиці Російської імперії, де традиційно було прийнято дослідження інститутів сучасного права починати зі встановлення чинників та обставин їхнього походження, подібність або відмінність від аналогічних інститутів цивільного права інших країн.

Разом з тим слід зазначити, що до Жовтневої революції такими дослідженнями займалися вчені Н. Суворов — «Курс Церковного права», Л. Дашевич — «Юридична особа, її походження і функції в римському приватному праві», А. Павлов — «Курс Церковного права», П. Соколов — «Церковно-майнове право у греко-римській імперії». Досвід історико-юридичного дослідження: В. Мімотін — «Про нерухоме майно духовенства в Росії», І. Попов — «Короткий курс з Церковного права». Православна Церква у дореволюційній Росії мала статус державної релігійної організації, діяльність і навіть відправлення культу якої визначалося державними законами. Законодавство царської Росії про церкву входило до «Зводу законів Російської імперії», встановлювало провила про права і обов'язки православного духовенства, про майнові права церкви, її адміністративні, судові, фінансові й інші функції, про ведення церквою актів цивільного стану, про цензуру духовну, про запобігання і припинення злочинів проти віри і церкви [4, 107]. Існувала окрема галузь науки, яка мала назву «церковне право» Під ним слід розуміти сукупність релігійних і юридичних норм, які регулюють структуру та діяльність церкви. З відміною дореволюційного законодавства ці юридичні норми втратили силу. Отже, зважаючи на вище викладене, вважаємо, що тема дослідження є актуальною і потребує як наукового аналізу, так і законодавчого вирішення.

Донині недостатньо уваги приділено важливим питанням, пов'язаним з аналізом законодавства, відповідно до якого визначався та визначається на сьогоднішній день цивільно-правовий статус релігійних організацій. В зв'язку з цим виникає необхідність системного підходу в розумінні та цивільно-правовому регулюванні релігійних організацій як юридичних осіб.

Наведеним обумовлена мета даної статті, яка полягає у дослідженні законодавства, яке визначає цивільно-правовий статус релігійних організацій.

Відповідно до постановленої мети було сформовано таке завдання: проаналізувати розвиток законодавства яке визначає цивільно-правовий статус релігійних організацій.

Науково-теоретичною базою є наукові роботи вчених-цивілістів, теоретиків, теологів: С. Н. Братуся, М. Ю. Варяса, А. Колодного, Г. О. Друзенка, В. І. Єленського, Є. О. Харитонова, В. О. Ципіна та ін.

Об'єктом дослідження виступають цивільно-правові відносини, учасником яких є релігійна організація як юридична особа з урахуванням становлення та розвитку.

Предметом дослідження є вивчення та аналіз нормативно-правових актів, які визначали цивільно-правовий статус релігійних організацій починаючи з 1917 р.

Окрему групу джерел, які підлягають детальному вивченню, складають нормативні акти та документи, а також їхні проекти, в яких: визначається цивільно-правовий статус релігійних організацій, їх типи, створення та реєстрація, припинення та заборона, а також контроль за діяльністю релігійних організацій та правове регулювання окремих видів діяльності.

Тимчасовим урядом від 2 серпня 1917 р. була видана постанова «Про свободу совісті», згідно з якою громадяни мали право сповідувати будь-яку релігію, без переслідувань та обмежень, дозволявся вільний перехід до інших релігій без спеціальних дозволів, становище громадянина в суспільстві не залежало від його віросповідання.

Так відповідно до Декрету РНК РРФСР від 23 січня 1918 р. «Про відокремлення церкви від держави і школи від церкви» «ніякі церковні і релігійні товариства не мають права володіти власністю. Правами юридичних осіб вони не наділяються». Цей же Декрет визначав, що все рухоме і нерухоме майно релігійних організацій визначалось народним надбанням. До категорії «народного надбання» були віднесені культові будівлі і предмети богослужбового призначення, які надавалися державою в безоплатне користування релігійним організаціям. У цьому Декреті вперше проголошувалося, що всі релігії повинні бути в рівному становищі і що кожен громадянин має право сповідувати будь-яку релігію або не сповідувати ніякої. Таким чином, у цьому документі вперше принцип свободи совісті одержав сучасну форму — він означав не тільки свободу вибору віросповідання, а й свободу не сповідувати ніякої релігії [5].

Період Гетьманської республіки характеризується проголошенням Православної Церкви «первенствующою» конфесією Української держави.

Гетьманський уряд тримав руку на пульсі релігійного життя. У «Законі про тимчасовий державний устрій України» (29 квітня 1918 р.) другий розділ називався «Про віру». У першому його параграфі закріплювалося пріоритетне становище в суспільстві Православної Церкви, а в другому проголошувалося, що «всі не належні до православної віри громадяни Української держави, а та-

кож всі мешканці на території України користуються... свободним відправленням їх віри і богослужіння по обряду оної».

1 січня 1919 р. РНМ ухвалила Закон «Про Верховну Владу в Українській Автокефальній Православній Миротворчій Церкві». Проголошуючи автокефалію УПЦ, її незалежність від Московської патріархії, автори Закону вказували, що Верховна Церковна влада в Україні має належати Всеукраїнському Собору. Законом передбачалося, що церковна влада УАПЦ разом зі своїм адміністративним апаратом буде утримуватися на кошти з фондів державної скарбниці [6].

22 січня 1919 р. Тимчасовим Робочо-Селянським Урядом України був прийнятий декрет «Про відокремлення церкви від держави і школи від церкви». В основу його був покладений ленінський декрет РНК РРФСР від 23 січня 1918 р.

8 квітня 1929 р. була прийнята постанова «Про релігійні об'єднання», яка формально стосувалася лише Росії, але з певними модифікаціями розповсюджувалася і на союзні республіки та визначала правове становище Церкви в нашій державі упродовж 60 років. В постанові законодавчо було закріплено, що релігійні товариства не мали права займатися будь-якою діяльністю, крім як задоволення потреб віруючих, переважно в рамках молитовного дому, також необхідно витіснити релігійні об'єднання з усіх сфер суспільства, де вони до цього діяли, та заборонити взагалі їм «вихід» в суспільство. Діяльність релігійних організацій була обмежена, а саме:

Релігійні з'їзди і їх виконавчі органи не мають прав юридичної особи і, крім того, не можуть:

- а) створювати які б то не було центральні каси для збору добровільних пожертвувань віруючих;
- б) встановлювати будь-які примусові зібрання;
- в) володіти культовим майном або отримувати його по договору, або набувати таке майно шляхом купівлі або оренди приміщення для молитовних зібрань;
- г) укладати які б то не були договори та угоди» [7].

1 вересня 1929 р. НКВС РРФСР розробив інструкцію № 328 «Про права і обов'язки релігійних об'єднань. Для реєстрації релігійних общин або релігійних груп у виконавчий орган влади вимагалось подати в двох примірниках заяву і списки засновників общини. Органи влади зобов'язані були в місячний термін прийняти рішення про реєстрацію або відмовити в реєстрації релігійної общини. Відмова в реєстрації релігійної общини була можлива в тому випадку, коли форми і методи діяльності релігійної організації суперечили законам РРФСР погрожували суспільному порядку і породжували національну ворожнечу. Після реєстрації релігійне товариство або релігійна група повинні були в 7-денний строк повідомити в органи влади про склад виконавчих і ревізійних органів. Нагляд за діяльністю релігійних товариств був покладений на адміністративні органи, а в селах на сільські ради.

1 вересня 1929 р. НКВС РРФСР прийняв постанову № 329 «Про реєстрацію релігійних об'єднань. Згідно з нею релігійні організації повинні були до 1 травня 1930 р. пройти нову перереєстрацію [8].

Конституція СРСР 1936 р. також декларувала свободу «відправлення релігійних культів» (але не релігійної проповіді). Крім того, в ній вперше проголошувалося рівноправ'я всіх громадян, в тому числі і «служителів культу» [9]. Стаття 124 Конституції 1936 року стосувалася питання свободи совісті та проголошувала: «з метою забезпечення за громадянами свободи совісті Церква в СРСР відокремлена від держави і школа від Церкви, свобода відправлення релігійних культів і свобода антирелігійної пропаганди визнається за всіма громадянами» [10].

В 1943–1945 рр. Радою Народних комісарів СРСР було прийнято біля 20 постанов і розпоряджень, які стосувалися регулювання діяльності релігійних об'єднань. Серед них: «Про порядок відкриття церков» (1943, 1944); «Про відкриття банківських рахунків Московської патріархії, єпархіальних управлінь і церковних приходів в Держбанкові СРСР для зберігання церковних коштів» (1944); «Про звільнення від призову і мобілізації священнослужителів»; «Про відкриття і дію молитвеник будинків» (1943, 1945); «Про надання релігійним товариствам враховуючи монастирі, права юридичної особи в частині оренди, будівництва та придбання у власність для церковних потреб будинків, будівель, транспорту, та збіжжя» (1945); «Про порядок оподаткування доходів монастирів і підприємств при єпархіальних управліннях» (1945) [11–13].

В 1975 р. Президія Верховної Ради СРСР своїм Указом внесла зміни в Постанову ВЦВК і РНК РРФР (Рус. ВЦИК і СНК РСФСР) 1929 р. «Про релігійні об'єднання», що зберігала силу. Ці зміни, головним чином, торкнулися майнових прав Церкви. Указом відмінялося формулювання Постанови 1929 р.: «Релігійні об'єднання й групи віруючих не користуються правом юридичної особи». У той же час у ньому не декларувалося й присвоєння релігійним об'єднанням такого права. Замість цього в указі говорилося про те, що «релігійні об'єднання мають право придбання церковної утварі (тобто всього необхідного для відправи церковної служби), предметів релігійного призначення, транспортних засобів, оренди, будівництва та купівлі будівель для своїх потреб у встановленому законом порядку». Однак інші доповнення, внесені указом, ще більше звужували коло дозволеної законом церковної діяльності: «Релігійні об'єднання мають право робити складчини й збирати добровільні пожертвування тільки з метою вирішення справ, пов'язаних з утриманням молитовного будинку, культового майна, наймання служителів культу й утриманням виконавчих органів. Релігійні ходи, здійснення релігійних обрядів і церемоній під відкритим небом, а також у квартирах і будинках віруючих допускається з особливого щораз дозволу виконавчого комітету районної, міського Ради депутатів трудящих» [14, 128].

Нічого нового в радянське законодавство, що стосувалося статусу релігійних громад, не вносила й прийнята в 1977 р. чергова Конституція СРСР, 52-я стаття якої говорила: «Громадянам СРСР гарантується свобода совісті, тобто право сповідати будь-яку релігію або не сповідати ніякої, відправляти релігійні культу або вести атеїстичну пропаганду. Порушення ворожнечі й ненависті у зв'язку з релігійними віруваннями забороняється. Церква в СРСР відділена

від держави й школа від Церкви» [14, 141]. Нерівноправність громадян СРСР залежно від їхнього відношення до релігії очевидною мірою впливала з цієї статті Конституції, незважаючи на задекларований в інших місцях цього документа принцип рівності всіх громадян СРСР незалежно від національності, раси, статі, відношення до релігії. Громадяни з атеїстичними переконаннями, відповідно до Конституції, могли вільно пропагувати їх, а віруючим надавалося лише право «відправляти релігійні культи».

1 жовтня 1990 р. був прийнятий Закон СРСР «Про свободу совісті і релігійні організації» [14, 320], який затвердив за окремими приходами і церковними установами, в тому числі і Патріархією, право юридичної особи. У Церкві з'явилося право набувати на праві власності нерухомість, захищати свої інтереси в судовому порядку, релігійні організації могли тепер брати участь в суспільному житті і користуватися засобами масової інформації [15].

Закон України «Про свободу совісті та релігійні організації» 23 квітня 1991 р. на відміну від Положення про релігійні організації в УРСР, передбачав права громадян не лише поділяти, але й поширювати релігійні погляди; навчатися релігії у релігійних громадах, школах тощо, у тому числі й за кордоном; претендувати на альтернативну службу; встановлювати й підтримувати зв'язки одновірцями інших країн; здійснювати паломницькі подорожі; одержувати й перевозити релігійну літературу.

Законопроекти, що були розглянуті у Верховній Раді, не розв'язують принципово проблем, які існують у зв'язку з отриманням релігійними організаціями статусу юридичної особи, а саме з логічним порядком набуття статусу. Було підготовлено п'ять законопроектів, але вони в більшості випадків повторюють ті норми, які існують в чинному законодавстві.

Отже, проаналізувавши законодавство, яке визначало цивільно-правовий статус релігійних організацій, слід зробити такі висновки: визначення статусу юридичної особи для релігійних організацій має не лише теоретичне, а й практичне значення, так як лише після отримання статусу юридичної особи релігійна організація стає повноцінним учасником цивільних правовідносин. Але незважаючи на начебто вирішену проблему, слід звернути увагу на особливості створення та реєстрації релігійних організацій, які на сьогоднішній день мають відмінності від створення та реєстрації інших юридичних осіб.

### Література

1. Кучеренко І. М. Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права : монографія / І. М. Кучеренко. — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2004.
2. Піддубна В. Щодо спеціальної правосдатності релігійних організацій // Право України. — 2004. — № 11. — С. 112–115.
3. Сергієнко Г. Питання правового статусу релігійних організацій в Україні // Юридична Україна. — 2004. — № 9.
4. Колодний А. Релігієзнавчий словник / А. Колодний, Б. Лобовик. — К., 1996.
5. Отечественное законодательство 11–20 веков : пособие для семинаров. Ч. 2 (20 в) / под ред. О. И. Чистякова. — М. : Юрист, 2000. — С. 98.
6. Рубльов О. С. Українські визвольні змагання 1917–1921 рр. / О. С. Рубльов, О. П. Реєнт. — К. : Вид. дім «Альтернативи», 1999. — С. 187.

7. Документ был опубликован в качестве приложения к изданию: Гидулянов П. В. Отделение церкви от государства : систематизированный сборник действующего в СССР законодательства. — М., 1989. — С. 42, 43.
8. Катунин Ю. А. Психологические и идеологические аспекты борьбы с религией в Крыму в 1929–1930 годах // Ученые записки Таврического национального университета. — 2002. — Т. 13, № 1. — С. 67.
9. Васильева О. Ю. Русская Православная Церковь в 1927–1943 годах // Вопросы истории. — 1994. — № 4. — С. 54.
10. Кукушкин Ю. С. Очерки истории Советской Конституции / Ю. С. Кукушкин, О. И. Чистяков. — М. : Политиздат, 1987. — С. 97.
11. Одинцов М. И. Государство и религиозные организации в СССР накануне и в годы Великой Отечественной войны 1941–1945 гг. / М. И. Одинцов. — М., 1995. — С. 45.
12. Шкаровский М. Русская Православная Церковь при Сталине и Хрущеве : государственно-церковные отношения в СССР в 1939–1964 годах / М. Шкаровский. — С. 198.
13. Бережний Я. Державно-церковні відносини та свобода совісті у СРСР та УРСР : історичний аспект // Вісник прокуратури. — 2002. — № 5. — С. 30.
14. Русская Православная Церковь в советское время (1917 — 1991). Материалы и документы по истории отношений между государством и Церковью. Кн. 1. — М.: 1995 — С. 128 — 141 — 280 — 285.
15. Закон СССР о свободе совести и религиозных организациях. Раздел первый, ст. 5 // Православный вестник. — 1991. — № 51. — С. 40.

### Анотація

**Кривенко Ю. В.** Законодавство України про релігійні організації як юридичні особи. — Стаття.  
У статті проаналізовано ряд нормативних актів, які визначали основні етапи еволюції законодавства відносно надання статусу юридичної особи релігійним організаціям.  
**Ключові слова:** релігійні організації, законодавство про релігійні організації, цивільно-правовий статус релігійної організації, юридичні особи.

### Аннотация

**Кривенко Ю. В.** Законодательство Украины о религиозных организациях как юридических лицах. — Статья.  
В статье проанализированы нормативные акты, определяющие основные этапы эволюции законодательства относительно предоставления статуса юридического лица религиозным организациям.  
**Ключевые слова:** религиозные организации, законодательство о религиозных организациях, гражданско-правовой статус религиозной организации, юридические лица.

### Summary

**Krivenko Y. V.** Ukraine's Legislation on Religious Organizations As Legal Entities. — Article.  
This article analyzed the normative acts which determine the main stages of the evolution of legislation regarding the provision of legal status to religious organizations.  
**Keywords:** religious organizations, the law on religious organizations, civil and legal status of religious organizations, legal entities.

### РИСИ НЕДОБРОСОВІСНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ КРАЇН СВІТУ

Недобросовісна конкуренція має місце в країнах із розвинутою ринковою економікою. Тим більше вона поширена в державах із перехідною економікою, коли закони ринку не завжди діють і в розпорядженні споживачів немає розвинутої інфраструктури, яка б дозволила їм захистити свої права.

Легальні визначення недобросовісної конкуренції містяться як у законодавстві зарубіжних країн, так і міжнародних договорах.

Відповідно до Міжнародного договору про проведення узгодженої антимонопольної політики, недобросовісною конкуренцією є будь-які спрямовані на придбання переваг у підприємницькій діяльності дії (бездіяльність) господарюючих суб'єктів, що суперечать національному антимонопольному законодавству, звичаям ділового обігу і можуть заподіяти або заподіяли збитки іншим господарюючим суб'єктам, або завдати шкоди їхній діловій репутації [1].

Поняття «недобросовісна конкуренція» у РФ має правові рамки, отримало в російському законодавстві легальне визначення. Відповідно до ст. 4 Закону РФ «Про конкуренцію та обмеження монополістичної діяльності на товарних ринках» [2] недобросовісною конкуренцією визнаються будь-які спрямовані на придбання переваг у підприємницькій діяльності дії господарюючих суб'єктів, що суперечать положенням чинного законодавства, звичаям ділового обігу, вимогам добропорядності, розумності і справедливості і можуть заподіяти або заподіяли збитки іншим господарюючим суб'єктам — конкурентам або завдати шкоди їхній діловій репутації.

У російській юридичній літературі пропонується визнавати недобросовісною конкуренцією будь-які винні дії, що суперечать діловим звичаям, професійній етиці або добропорядності при здійсненні господарської діяльності з метою конкуренції, що заподіює або може заподіяти шкоду (загальна заборона недобросовісної конкуренції, тобто генеральний делікт). Загальну заборону недобросовісної конкуренції передбачається деталізувати в переліку конкретних недобросовісних конкурентних дій (так називаних сингулярних, тобто спеціальних деліктів).

При визначенні поняття «недобросовісна конкуренція» зарубіжне законодавство широко використовує такі моральні критерії, як «добрі вдачі», «добра совість», «чесні звичаї», що служать інтеграції правових і моральних норм, підсилює регулюючу дію права, включаючи в правовий механізм елементи позадержавного, морального примусу.

От деякі витяги із зарубіжного права. Переслідується: «Всяка поведінка або комерційна практика, що вводять у оману або у будь-який інший спосіб суперечать звичаям доброї торгової практики або мають місце у відносинах між конкуруючими суб'єктами чи у відносинах суб'єктів комерційної діяль-



ності з клієнтурою» — ст. 2 швейцарського Закону про недобросовісну конкуренцію від 19 грудня 1986 р. «Діяльність торговця, що суперечить добрим діловим звичаям і яка завдає або може завдати шкоди торгівцю, іншій юридичній особі і споживачу» — ст. 30 югославського Закону про торгівлю від 8 серпня 1990 р. «Всяка дія або поведінка при здійсненні господарської діяльності, що суперечить добросовісній торговій практиці і завдає або може завдати шкоди інтересам конкурентів у відносинах між ними або в їхніх відносинах із споживачами» — ст. 12 болгарського Закону про захист конкуренції від 2 травня 1991 р. Сходні критерії використані в законодавстві Німеччини, Чехословаччини, Румунії [3, 73].

У Польщі згідно із Законом «Про боротьбу з недобросовісною конкуренцією» актом недобросовісної конкуренції вважається протиправне або таке, що порушує добрі звичаї, діяння, якщо воно загрожує правам іншого підприємця або клієнта чи порушує їх [4].

Визначення нечесної конкуренції, надане в ст. 1382 Цивільного кодексу Франції, досить розпливчато. У французькій правовій літературі зустрічаються широкі формулювання. Наприклад, вказується, що в якості недобросовісної конкуренції повинні кваліфікуватися будь-які дії, що полягають у використанні облудних засобів в економічному суперництві. При цьому підкреслюється, що недобросовісна конкуренція є необхідним доповненням до правової регламентації будь-якого виду промислової власності. Є і, навпаки, більш вузькі визначення недобросовісної конкуренції. Так, затверджується про наявність недобросовісної конкуренції тоді, коли один торговець вчиняє у ході своєї комерційної діяльності стосовно іншого торговця, який займається подібною діяльністю, акт або винну дію, що може заподіяти останньому шкоду, і все це з метою залучити на свою сторону його клієнтуру. У багатьох джерелах, як судових, так і літературних, підкреслюється трудність точного і усеосяжного визначення поняття недобросовісної конкуренції у французькому праві [5, 23].

У російській юридичній літературі К. Ю. Тот'єв визначає недобросовісну конкуренцію як дії господарюючих суб'єктів, спрямовані на придбання переваг у підприємницькій діяльності. Навряд чи можна погодитися з таким визначенням, оскільки воно за своїм змістом охоплює і правомірну поведінку в сфері конкуренції, без урахування того, що недобросовісна конкуренція є правопорушенням.

У законодавстві багатьох держав установлені законодавчі обмеження конкуренції. Так, відповідно до ст. 2595 Цивільного кодексу Італії конкуренція має здійснюватися таким чином, щоб не заподіювати шкоду інтересам національної економіки й у межах обмежень, установлених законом і корпоративними нормами.

У зарубіжному законодавстві і практиці недобросовісна конкуренція, що не допускається в ході звичайної чесної господарської практики, відрізняється від тих конкурентних прийомів, що спрямовані на монополізацію ринку і захоплення на ньому домінуючого становища. Останні повсюдно є предметом

антимонопольного, антитрестовського законодавства (за термінологією США і ряду європейських держав) або про обмежувальну ділову практику (за французькою термінологією). Однак настільки суворе розмежування в законодавстві здійснюється не занадто часто. «Класичний» Закон про недобросовісну конкуренцію від 7 червня 1909 р. (Німеччина), мабуть, не знаходить повних адептів. Прийняті в останні 10–15 років у ряді країн законодавчі акти, що регулюють конкурентні відносини, як правило, включають норми як антимонопольного характеру, так і правила про припинення недобросовісної конкуренції. Яскравим прикладом тому служить французький Закон 1966 р. Аналогічний підхід спостерігається в угорському Законі 1990 р., у югославському Законі 1990 р. і в болгарському Законі 1991 р. [3, 73–74].

Слід відрізнити недобросовісну конкуренцію від забороненої конкуренції. Хоча і та, і інша конкуренція є неправомірною, між ними є істотна різниця. При недобросовісній конкуренції мова йде про зловживання належним суб'єкту господарювання правом вільно і чесно конкурувати з іншими суб'єктами на шкоду конкурентам і споживачам, а також суспільним інтересам. Заборонена конкуренція означає участь у конкуренції з порушенням установлених законодавством заборон конкурувати у певних сферах (наприклад, у сфері дії природних монополій) або певним суб'єктам (наприклад, що не мають необхідних атрибутів легітимації), або стосовно певних видів діяльності (де діє державна монополія), або порушення договірних зобов'язань про стримування від конкуренції з певним суб'єктом господарювання.

Подібне відмежування недобросовісної конкуренції від інших неправомірних дій у конкуренції провадиться в зарубіжних державах.

Так, у правовій літературі Франції підкреслюється різниця між недобросовісною конкуренцією у власному змісті й інших видів обмежень у сфері конкурентних відносин. Причому головна різниця провадиться між недобросовісною, або неправомірною, конкуренцією (*concurrence deloyale ou illicite*) і забороненою, або недозвеною, конкуренцією (*concurrence in-terdite ou non-autorisee*) [6, 28–30].

У 50–60-х роках в правовій доктрині іноземних держав разом з поняттям «недобросовісна конкуренція» розпочав використовуватись термін «обмежувальна ділова практика» — *Restrictive practices, pratiques restrictives*.

Міжнародно-правове визнання це поняття одержало на Конференції ООН з обмежувальної ділової практики в 1980 р., коли був прийнятий, за участю колишнього СРСР, «Комплекс узгоджених на багатосторонній основі справедливих принципів і правил щодо контролю за обмежувальною діловою практикою». У тому ж році Генеральна Асамблея ООН схвалила цей Документ, який рекомендував урядам керуватися ним у своїй діяльності, спрямованій проти обмежувальної ділової практики.

Таким чином, у правовому регулюванні іноземних держав співіснують два поняття з питання ведення торгівлі недозволеними методами, що порушують принципи рівності, справедливості і взаємної вигоди, — недобросовісна конкуренція і обмежувальна ділова практика.

Під обмежувальну ділову практику підпадає головним чином антимонопольне (у США — антитрестівське) законодавство. Обмежувальна ділова практика являє собою заходи захоплення ринків збуту усередині країни і за кордоном шляхом створення або злиття великих монополістичних об'єднань і груп у різних правових формах (трестів, синдикатів, консорціумів, холдингів тощо).

Але монополізація ринків здійснюється й іншими методами, яких безліч. У згаданому вище «Комплексі», схваленому ООН, дається офіційне визначення обмежувальної ділової практики — це «дії чи поведінка підприємств, які шляхом зловживання домінуючим становищем на ринку або придбанням цього положення та зловживання ним обмежують доступ до ринку або іншим чином невинуватено стримують конкуренцію, що негативно впливає чи може негативно вплинути на міжнародну торгівлю або які за допомогою офіційних чи неофіційних письмових чи усних угод або домовленостей створюють аналогічний вплив».

У цьому ж документі наведені загальні види обмежувальної ділової практики, до яких відносяться: укладання угод групами компаній про встановлення експортних чи імпорتنих цін як у бік їх завищення, так і в бік зниження, що може з'явитися фактичним усуненням з ринку даного товару конкурентів; укладання угод про розподіл ринків чи покупців товарів або послуг, наприклад, розподіл маршрутів перевезень вантажів морським шляхом і (або) встановлення підвищених або знижених фрахтових ставок у порівнянні з конкурентними світовими ставками; використання монопольного становища та встановлення в контрактах з торговими партнерами дискримінаційних цін, а також комерційних і правових умов тільки в інтересах монополіста; створення великого попиту на даний імпорتنий товар шляхом обмеження його продажу з наступним збільшенням цін для отримання надприбутку; дискримінаційний, незаконний бойкот товарів або фірм при закупівлі чи поставці товарів по імпорту або експорту; дискримінаційний бартер; створення транснаціональних компаній, що монополізують ринки збуту продукції та послуг і ряд інших.

Цей перелік різних форм обмежувальної ділової практики, звичайно, не є вичерпним. У праві іноземних держав діє цілий ряд законів, які регулюють питання конкуренції і обмежувальної ділової практики. Серед них є закони, які безпосередньо стосуються обмежувальної ділової практики:

ФРН — Закон проти обмежень конкуренції (1957 р., з доповненнями);

Великобританія — Закон про обмежувальну торговельну практику (1997 р.);

Данія — Закон про контроль за монополіями і обмежувальною практикою (1955 р.);

Іспанія — Закон про заборону обмежувальної торговельної практики (1963 р.).

До законів, які регулюють питання обмежувальної ділової практики, відносяться також закони про патенти, товарні знаки, митне законодавство, закони про авторські права і т.п. У кримінальному законодавстві іноземних держав, як і в Україні, передбачається також кримінальна відповідальність за використання у господарюванні деяких форм обмежувальної ділової практики, наприклад в Кримінальному кодексі Франції (ст. 419).

У правовій літературі розмежовують застосування законодавства про інтелектуальну власність і законодавства про захист від недобросовісної конкуренції.

Власник інтелектуальних продуктів може звертатися за захистом прав на цей продукт, використовуючи норми кількох законів, які мають різний характер регулювання та різні підстави для застосування. Охорона об'єктів промислової власності, зареєстрованих відповідно до спеціальних законів, при одночасному застосуванні законодавства про захист від недобросовісної конкуренції має кумулятивний характер, тобто комерційний інтелектуальний продукт охороняється одночасно кількома законами. У випадку, коли власник інтелектуального продукту не може отримати охорону цього продукту відповідно до спеціальних законів внаслідок їх неохороноздатності, він може отримати захист відповідно до законодавства про захист від недобросовісної конкуренції [7, 7].

Аналізований вид правопорушень пов'язаний із недобросовісною експлуатацією результатів роботи або ринкових зусиль конкурентів.

Результати роботи або спотворюючи зусилля підприємця можуть бути захищені відповідно до застосовуваного права про інтелектуальну власність, зокрема, патентом, найменуванням або законами про авторське право. Якщо такого захисту ні, то кожний, у принципі, вільний відтворювати, копіювати товари конкурента. Відповідно до законодавства про недобросовісну конкуренцію, така поведінка суб'єкта господарювання підпадає під дію цього законодавства, тільки якщо його потенційний результат стосовно конкурента, а також його дії і наміри охоплюються поняттям «недобросовісна конкуренція».

У цьому складі правопорушення недобросовісна конкуренція збігається з порушенням виключного права на об'єкти інтелектуальної власності (у тому числі винаходи, корисні моделі, знаки для товарів і послуг, назви місць походження товарів, фірмові найменування).

Департамент інтелектуальної власності України зазначив, що позначення, що вводять в оману — це позначення, що породжують у свідомості споживача асоціації, пов'язані з певною якістю, географічним походженням товарів і послуг, або з певним виробником, і які у дійсності не відповідають цьому.

Подібні дії є забороненими й у зарубіжному законодавстві.

Так, відповідно до ст. 2596 Цивільного кодексу Італії до числа актів, що є недобросовісною конкуренцією, відноситься використання найменувань і розрізняльних знаків, що здатні ввести в оману щодо імен і розрізняльних знаків, правомірно використовуваних іншими, або близько імітують товари конкурента, або здійснюють, за допомогою інших засобів, дії, що здатні ввести в оману щодо товарів і діяльності конкурента.

У ФРН це називається імітацією розрізняльних знаків конкурента [8, 124]. Мова йде про товарні знаки, зовнішнє оформлення товарів (послуг), імена власні, фірмові найменування, особливі позначення підприємств, назви друкарських робіт.

У Франції відповідні положення розроблені судовою доктриною.

Паразитична конкуренція полягає в тому, що будь-яка особа «паразитичним» способом живе за рахунок іншої особи, використовуючи репутацію її імені, діяльності, товарів або послуг. При цьому не відбувається прямого копіювання товарів (послуг) іншої особи або дискредитації останньої. Дії правопорушника полягають у запозиченні ним досягнень іншої особи без очевидного, на перший погляд, порушення її прав. В інших випадках дії правопорушника, узяті окремо, не можуть бути визнані неправомірними, але їхнє повторення веде до паразитичної конкуренції. Під паразитичною конкуренцією, наприклад, розуміються дії торговця, який користується або намагається покористуватися з репутації, придбаної законним шляхом іншою особою, навіть якщо в нього (торговця) не було наміру шкодити цій особі [5, 24].

Стаття 1(1) Закону Японії №14 про запобігання недобросовісній конкуренції від 1934 р. (із наступними змінами) серед шести видів дій, що підпадають під недобросовісну конкуренцію, називає, по-перше, використання позначення, ідентичного або подібного з ім'ям, фірмовим найменуванням, товарним знаком, контейнером або упаковкою товарів, або іншого позначення, що ідентифікують товари іншої особи, загальновідомі в межах території, на яку поширюється дія цього Закону, або продаж, поширення чи експорт товарів, на яких розміщене і таке позначення, унаслідок чого відбувається змішування з товарами цієї особи. У п. 2 цієї статті мова йде про недобросовісне використання позначення, ідентичного або подібного до імені, фірмового найменування, знака або іншого позначення, що ідентифікує ділові операції іншої особи, загальновідомі на території дії Закону, унаслідок чого публіка вводиться в оману щодо місця ділових операцій або діяльності згаданої особи [9, 13–14].

У постсоціалістичних країнах захист відмітних позначень регулюється, у принципі, традиційним способом, як захист від застосування чужих фірмових або особливих позначень, товарних знаків і символів, що вводять в оману, наприклад, у таких положеннях: ст. 12 абз. 1 п. 6 болгарського, ст. 5 (позначення фірми, що вводять в оману), ст. 6 (погроза переплутати при однойменності), а також ст. 7 (плутанина при зміні підприємців) польського, ст. 5 абз. 1а румунського, ст. 10 п. 4 латиського, ст. 7 п. 4 молдовського законів; ст. 13 абз. 3 п. 10 словенського (де, із погляду небезпеки введення в оману несуттєвим вважається навіть згода власника відповідного чужого позначення); параграф 47 чехословацького і параграф 7 угорського законів [10, 73].

### Література

1. Міжнародний договір про проведення узгодженої антимонопольної політики від 25.01.2000 г. // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — 2001. — № 1. — С. 361–379.
2. О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках. Закон РСФСР от 22 марта 1991 г. // Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. — 1991. — № 16. — Ст. 499.
3. Как быть с недобросовестным конкурентом // Закон. — 1993. — № 1. — С. 73–75.
4. Форнальчик Г. Роль Антимонопольного Комитета і суду у запровадженні закону про конкуренцію (Польський досвід) // Матеріали міжнародної конференції з питань антимонопольної політики. Київ, 23–27 жовт. 1995 р.

5. Еременко В. И. Пресечение недобросовестной конкуренции по французскому праву // Вопросы изобретательства. — 1990. — № 4. — С. 22–28.
6. Еременко В. И. О пресечении недобросовестной конкуренции // Вопросы изобретательства. — 1992. — № 1–2. — С. 27–30.
7. Безух О. В. Захист від недобросовісної конкуренції у сфері промислової власності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / О. В. Безух. — Донецьк, 2001. — 19 с.
8. Андрощук Г. А. Защита от недобросовестной конкуренции / Г. А. Андрощук. — К. : НЦЭО, 1998. — 396 с.
9. Еременко В. И. Японское законодательство о пресечении недобросовестной конкуренции // Вопросы изобретательства. — 1990. — С. 13–17.
10. Развитие законодательства о пресечении недобросовестной конкуренции в капиталистических странах // Материалы семинара «Защита от недобросовестной конкуренции». Киев, 21–25 апр. 1997 г. — К., 1997. — 124 с.

### Анотація

**Кулибаба В. С.** Риси недобросовісної конкуренції за законодавством країн світу. — Стаття.

У статті розглядаються основні характеристики недобросовісної конкуренції, властиві законодавству різних країн. При цьому будь-яке тлумачення загального правила стосовно визначення недобросовісної конкуренції ґрунтується на принципах чесної і добросовісної конкуренції, звичаях ділового обігу.

**Ключові слова:** конкуренція, недобросовісна конкуренція обмежувальна ділова практика, добрі звичаї ділового обігу.

### Аннотация

**Кулибаба В. С.** Черты недобросовестной конкуренции по законодательству стран мира. — Статья.

В статье рассматриваются основные характеристики недобросовестной конкуренции, присущие законодательству разных стран. При этом любое толкование общего правила касательно определения недобросовестной конкуренции основывается на принципах честной и добросовестной конкуренции, обычаях делового оборота.

**Ключевые слова:** конкуренция, недобросовестная конкуренция, ограничительная деловая практика, добрые обычаи делового оборота.

### Summary

**Kulibaba V. S.** Lines of Unfair Competition Are on the Legislation of the World Countries. — Article.

The article is devoted basic descriptions of unfair competition, inherent to the legislation of different countries. Thus any interpretation of general rule concerning the decision of unfair competition is base on principles of honest and conscientious competition, customs of business turn.

**Keywords:** competition, unfair competition, restrictive business practice, kind customs of business turn.

### ОЗНАКИ ТА ОСОБЛИВОСТІ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПРАВОПОРУШЕННЯ У СФЕРІ КОРПОРАТИВНИХ ВІДНОСИН

У правовій науці питання щодо поняття «відповідальність за правопорушення у сфері корпоративних відносин» чи «корпоративна відповідальність» є відносно новим. Це питання привертає увагу, його розглядали деякі вчені: О. Р. Кібенко, В. М. Кравчук, Н. В. Козлова, Я. М. Шевченко, Б. В. Шуба та інші. Однак проблеми відповідальності за порушення у сфері корпоративних правовідносин є недостатньо вивченими. Незважаючи на широке вживання категорії «відповідальність за правопорушення у сфері корпоративних відносин» в різних галузях права, розроблення концепцій, які визначають її суть та зміст, загальноприйнятого визначення цієї категорії до цього часу не існує, тому вважаємо за доцільне приділити увагу цьому питанню.

Ще в XIX ст. І. Т. Тарасов зробив висновок, що «только правильно выработанная система ответственности самой акционерной компанией и ее органов может оградить акционеров и третьих лиц от тех нарушений, которые являются почти неизбежными не только вследствие явных злоупотреблений, но и вследствие невозможности определить законом, уставами и инструкциями со всей полнотой и точностью границы компетенции каждого органа» [1, 536].

А. Е. Молотников зазначає, що правове регулювання деяких аспектів акціонерних відносин, яке існує в умовах сьогодення, не можна визнати задовільним. Зокрема, мова йде про інститут відповідальності в акціонерному товаристві [2, 111].

Погоджуючись з необхідністю вивчення питання відповідальності акціонерних товариств, на наш погляд, слід розглядати дану проблему відносно до всіх організаційно-правових форм, а саме відповідальності за правопорушення у сфері корпоративних відносин.

Слід погодитись з думкою В. М. Кравчука, який вважає, що корпоративній відповідальності притаманні ті ж ознаки, що і юридичній відповідальності в цілому з певними особливостями: підставою корпоративної відповідальності є порушення норм права, які можуть бути встановлені як в загальних, так і в корпоративних правових актах; корпоративна відповідальність полягає в позбавленні правопорушника певного права або покладенні на нього додаткового обов'язку; корпоративна відповідальність може бути застосована лише у встановленому в корпоративних або загальних правових актах процесуальному (процедурному) порядку; притягнення до корпоративної відповідальності пов'язане із застосуванням корпоративного примусу [3, 317].

Метою цієї статті є виявлення суті, ознак та особливостей відповідальності за правопорушення у сфері корпоративних відносин. Для досягнення цього завдання необхідно з'ясувати її місце серед інших видів юридичної відповідальності та виявити правову природу цієї відповідальності.

Згідно зі ст. 92 Конституції України є чотири види юридичної відповідальності: адміністративна, кримінальна, цивільна та дисциплінарна [4].

Щодо кримінальної відповідальності за порушення прав у корпоративних відносинах однозначного підходу за законодавством зарубіжних країн не сформовано. Особливо це стосується кримінальної відповідальності юридичних осіб як учасників корпоративних відносин.

Відповідальність корпорацій не визначає кримінальне законодавство Японії, Швейцарії та ряду інших країн, де корпорація не визнається юридичною особою.

У Франції ордонанс 1670 р. вже передбачав відповідальність за злочини, які здійснювалися товариствами та корпораціями. Найбільш ядро кримінальна відповідальність юридичної особи виявляється за чинним Кримінальним кодексом Франції (1992), який визначає, що кримінальну відповідальність несуть всі юридичні особи, крім держави.

Діюче федеральне кримінальне законодавство і законодавство окремих штатів США також визнають інститут відповідальності корпорацій і визначають, що корпорації при певних обставинах можуть нести кримінальну відповідальність поряд з фізичними особами чи самостійно [5, 26–27].

Українське законодавство визначає суб'єктом кримінальної відповідальності лише фізичні особи. У сфері корпоративних відносин ст. 223 Кримінального кодексу України передбачає відповідальність за порушення порядку випуску (емісії) і обігу цінних паперів [6]. Суб'єктом цього злочину законом визначений громадянин чи посадовець суб'єкта господарювання. Співучасниками виступають і відповідні працівники юридичних осіб — особи, які торгують цінними паперами, а також особи, які ведуть реєстр власників цінних паперів у випадку, якщо вони внесли в реєстр дані без належної реєстрації.

Адміністративна відповідальність є видом юридичної відповідальності і їй властиві такі ознаки: виступає як вид державного примусу; наступає на підставі правових норм та за порушення правових норм; конкретизується юрисдикційними актами компетентних державних органів чи посадових осіб [7, 228].

Так, Кодексом України про адміністративні правопорушення у ст. 163 передбачена відповідальність за порушення вимог законодавства по емісії цінних паперів [8].

Матеріальна та дисциплінарна відповідальність застосовується виключно в межах трудових правовідносин, підставою виникнення яких є трудовий договір. Так, можливо притягнення до відповідальності посадовців юридичної особи, якщо вони знаходяться з нею в трудових відносинах.

У науковій юридичній літературі існують різні позиції з питання визначення цивільно-правової відповідальності. Так, деякі вітчизняні вчені вважають, що за допомогою цивільно-правової відповідальності, по-перше, забезпечується і гарантується захист цивільних прав і інтересів суб'єктів цивільного права, а по-друге, здійснюється карально-виховний вплив на правопорушників [9, 102].

Інші вчені-юристи висловлюють думку, що цивільно-правова відповідальність не може бути охарактеризована як засіб покарання боржника і не придатна



для виконання каральної функції, оскільки це б суперечило принципу юридичної рівності учасників цивільних відносин [10, 108].

О. І. Харитонова та Є. О. Харитонов визначають цивільно-правову відповідальність як правове відношення, що виникає внаслідок порушення цивільних прав, встановлених законом або договором, зміст якого має вияв у обов'язку винного порушника зазнати невігідних для нього наслідків порушення та праві потерпілої особи на поновлення порушеного права і компенсацію завданої шкоди, забезпечених можливістю застосування державного примусу [11, 269].

Так, наприклад, у випадках, якщо неправомірним рішенням органів юридичної особи були заподіяні збитки учаснику юридичної особи, то має місце притягнення до цивільної відповідальності.

Таким чином, кримінальна та адміністративна відповідальність мають чітко виражений публічно-правовий характер і в багатьох випадках притягнення до цих видів відповідальності є обов'язком уповноважених органів публічної влади і не залежить від інтересів окремих осіб. Притягнення до кримінальної та адміністративної відповідальності спрямоване на охорону суспільних інтересів.

Цивільна відповідальність має приватно — правовий характер. Цивільна відповідальність може застосовуватися як до юридичної особи, так і до фізичної.

Існує чіткий поділ цивільної відповідальності на договірну та не договірну. В свою чергу, в залежності від виду порушення договору, договірна відповідальність може бути за невиконання та за неналежне виконання зобов'язань; в залежності від розподілу відповідальності між боржниками в зобов'язаннях можлива часткова, солідарна та субсидіарна відповідальність.

Але застосування цивільно-правових санкцій не завжди можливе до з'ясування відносин, з яких виникають корпоративні права та обов'язки суб'єктів. Якщо відповідальність є відповідальністю суб'єктів за порушення корпоративних прав і обов'язків, які перебувають у корпоративних правовідносинах, то мова йде про особливий різновид відповідальності у сфері корпоративних відносин. Наприклад, виключення учасника з господарського товариства, визнання недійсними засновницьких документів, примусова ліквідація господарського товариства — всі ці санкції не є характерними для цивільної відповідальності. Але якщо порушуються умови цивільного договору між товариством та учасником, то виникає договірна відповідальність, властива для цивільної відповідальності.

На практиці однією протиправною дією одночасно порушуються норми, наприклад, адміністративного і цивільного права, що приводе до поєднання відповідних видів юридичної відповідальності, але це не свідчить про передачу функцій від одного виду відповідальності другому, а свідчить про те, що кожен із цих видів юридичної відповідальності, окрім загальних цілей, переслідує досягнення тільки своїх специфічних цілей. Таким чином можна констатувати, що у сфері юридичної відповідальності існують міжгалузеві функціональні зв'язки, що дуже важливо при вивченні питання щодо корпоративної відповідальності.

З погляду на проблему визначення відповідальності за порушення корпоративних прав і обов'язків О. Р. Кібенко вважає, що така відповідальність за своїм характером може бути цивільною, адміністративною та кримінальною [12, 184–185].

Т. В. Кашаніна визначає таке поняття, як юридична відповідальність корпорацій, у яку входять як адміністративна відповідальність, пов'язана з порушеннями корпоративних прав у сфері операцій з цінними паперами, цивільно-правова відповідальність, матеріальна відповідальність [13, 164–165].

В юридичній літературі вказується, що відповідальність учасників господарського товариства — будь-то безпосередньо перед кредиторами товариства, будь-то у вигляді компенсаційного обов'язку перед товариством — є важливим інструментом захисту майнових інтересів кредиторів, який дозволяє компенсувати ризики, що виникають у зв'язку з використанням правової форми господарського товариства в цивільному обороті [14, 15].

І. Спасибо-Фатеева та Д. Луспеник визначають, що відповідальність юридичної особи є одним із цікавих і складних питань як для теорії, так і для практики, і пропонують нагадати про важливі принципи для застосування відповідальності, які мають неперевершене значення для застосування відповідних норм та реалізації права на захист.

Принцип повного відшкодування шкоди існує поряд і пов'язаний із принципом поступового обмеження відповідальності засновників юридичної особи залежно від ускладнення її організаційно-правової форми. Принцип рівної відповідальності незалежно від суб'єкта права власності (юридичної особи публічного та приватного права) пов'язаний із проявом принципу збереження майна, необхідного для державних та суспільних потреб, внаслідок чого деякі державні юридичні особи (казенні підприємства, державні установи) не відповідають усім своїм майном за власними зобов'язаннями, а субсидіарну відповідальність за них несе держава. Принципи відповідальності є складними і такими, що взаємопов'язані та мають взаємоузгоджуватися [15, 29].

Інші науковці, аналізуючи питання з приводу визначення правової природи відповідальності за правопорушення у сфері корпоративних відносин доходять висновку, що ця відповідальність є корпоративною і є особливим видом цивільної відповідальності [3, 320]. Ця група дослідників підтримує можливість існування корпоративної відповідальності та робить спробу надати визначення корпоративної відповідальності.

В. М. Кравчук вважає, що корпоративна відповідальність є санкцією, що застосовується в межах корпоративних відносин юридичною особою до її учасників або учасниками до юридичної особи за порушення корпоративних обов'язків, яка має наслідком позбавлення правопорушника певного права або покладення на нього додаткового обов'язку [3, 317].

На думку О. Белікова, комплексний характер корпоративних правовідносин, де пов'язані як публічні, так і приватні інтереси, що вимагають правового захисту, обумовлений тим, що за здійснення правопорушень у сфері корпоративних правовідносин особа може бути притягнута до різних видів відпові-

дальності — починаючи від адміністративної і закінчуючи кримінальною. Він зазначає, що корпоративна відповідальність є санкцією, яка застосовується у межах корпоративних правовідносин юридичної особи за порушення корпоративних обов'язків і є різновидом цивільної відповідальності [16, 101].

Інші науковці вважають, що корпоративна відповідальність — це застосування до осіб, які вчинили правопорушення, засобів примусу, передбачених законодавством та нормативно-правовими актами юридичної особи, прийнятими відповідно до законодавства. Такими засобами можуть бути позбавлення правопорушника певного права або покладення на нього додаткового обов'язку [17, 619].

Ми підтримуємо прихильників позиції, що корпоративна відповідальність є різновидом цивільно-правової відповідальності з певною специфікою в силу складної правової природи корпоративних відносин. Корпоративна відповідальність має місце там, де є юридична особа корпоративного типу, у засновників та учасників якої є певні корпоративні права та обов'язки. Так, на сьогоднішній час Цивільний кодекс України є основним нормативно-правовим актом, в якому містяться норми, які регулюють питання щодо визначення, ознак, функцій юридичної особи. Також в загальних нормах ЦК України передбачені заходи цивільно-правової відповідальності органів, посадових осіб, засновників та учасників юридичної особи.

Але, якщо говорити про джерела законодавства, які визначають правила корпоративної відповідальності, крім загальних правових актів можна зазначити ще корпоративні правові акти і локальні акти юридичних осіб корпоративного типу. Така особливість виникає на підставі виключного характеру корпоративних правовідносин.

На думку О. Ю. Тичкової, витoki локального регулювання лежать у площині приватного права, завдяки чому центр ваги зміщується з їх державного регулювання на нижчий рівень, локальний, більш наближений до суб'єктів цих відносин [18, 9]. Слід погодитись з цією думкою.

На нашу думку, локальні нормативні акти виконують роль допоміжного механізму регулювання правовідносин та забезпечують встановлення прав та обов'язків, які входять до сфери діяльності і компетенції юридичних осіб, а також конкретизують законодавчі норми, які забезпечують подолання прогалин у праві.

Таким чином, досліджуючи питання корпоративної відповідальності, можна зазначити про особливість даного виду відповідальності, а саме: вона регулюється як законодавчо встановленими нормативними актами, так і локальними актами, а саме корпоративними нормами, де корпоративне (приватноправове) примушення використовується як засіб охорони корпоративних правовідносин.

Таким чином, аналіз різних точок зору щодо визначення поняття відповідальності за правопорушення у сфері корпоративних відносин дозволяє виділити як загальні, так і спеціальні риси такої відповідальності.

Безперечно, відповідальність у сфері корпоративних відносин є юридичною відповідальністю, але не можна її розглядати, як окремий вид юридичної відпо-

відальності. Відповідальність за правопорушення у сфері корпоративних відносин має риси цивільно-правової відповідальності: 1) корпоративна відповідальність має ознаки юридичної відповідальності — це санкція, яка покладається на правопорушника за вчинення ним протиправних дій, що веде до позбавлення його певних прав чи покладення додаткових обов'язків; 2) має приватно-правовий характер; 3) передбачає можливість притягання до неї юридичних осіб та фізичних осіб.

Також можна визначити особливості даного виду юридичної відповідальності за такими критеріями:

- 1) за сферою існування;
- 2) за суб'єктами відповідальності: є юридичні особи корпоративного типу та їх учасники;
- 3) за джерелами регулювання: регулюється як законодавчими актами, так і корпоративними (локальними) актами;
- 4) за об'ємом відповідальності (наприклад, повна відповідальність учасників повного товариства та повних учасників командитного товариства).

Термін «корпоративна відповідальність» вважаємо спірним. Більш прийнятним, на наш погляд, є вживання терміна «відповідальність у сфері порушення корпоративних прав та обов'язків» чи «відповідальність за правопорушення у сфері корпоративних відносин», що розуміється як застосування до правопорушника встановлених законом або установчими документами санкцій за порушення зобов'язань щодо своїх корпоративних прав і обов'язків, що тягне за собою негативні наслідки у вигляді позбавлення прав чи покладання на порушника додаткових обов'язків унаслідок порушення законних прав та інтересів інших осіб та несприятливих наслідків майнового характеру.

Здається, що питання стосовно визначення особливостей та правової природи відповідальності за правопорушення у сфері корпоративних відносин є дуже складним, не вивченим, але дуже цікавим, тому необхідно продовжити наукові дослідження у цієї сфері.

### Література

1. Тарасов И. Т. Учение об акционерных компаниях / И. Т. Тарасов ; [редкол.: В. С. Ем, Н. В. Козлова, С. М. Корнеев и др.]. — М. : Статут, 2000. — 666 с.
2. Молотников А. Е. Ответственность в акционерных обществах : [монография] / А. Е. Молотников. — М. : Волтерс Клувер, 2006. — 240 с.
3. Кравчук В. М. Корпоративне право: науково-практичний коментар законодавства та судової практики / В. М. Кравчук. — К. : Істина, 2005. — 720 с.
4. Конституція України : прийнята Верховною Радою України 28 черв. 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
5. Иванов А. А. О юридических лицах как субъектах юридической ответственности / А. А. Иванов, М. К. Керимов // Закон и право. — Вып. 10. — 2008. — С. 26–27.
6. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 25–26. — Ст. 131.
7. Адміністративне право України : підручник / [за заг. ред. С. В. Ківалова]. — О. : Юрид. л-ра, 2003. — 920 с.
8. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 р. // Відомості Верховної Ради Української РСР. — 1984. — Дод. до № 51. — Ст. 1122.

9. Канзафарова І. С. Теорія цивільно-правової відповідальності : [монографія] / І. С. Канзафарова. — О. : Астропринт, 2006. — 261 с.
10. Примак В. Д. Цивільно-правова відповідальність юридичних осіб : [монографія] / В. Д. Примак. — К. : Юрінком Інтер, 2007. — 432 с.
11. Харитонов Є. О. Цивільні правовідносини : навч. посіб. / Є. Харитонов, О. Харитонova. — К. : Істина, 2008. — 304 с.
12. Кибенко Е. Р. Корпоративное право : учеб. пособие / Е. Р. Кибенко. — Х. : Эспада, 1999. — 474 с.
13. Кашанина Т. В. Корпоративное (внутрифирменное) право / Т. В. Кашанина. — М. : Норма, 2006. — 320 с.
14. Шуба Б. В. Відповідальність учасників господарського товариства як засіб захисту інтересів його кредиторів (порівняльно-правовий аналіз німецького і українського права) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Б. В. Шуба. — Х., 2005. — 20 с.
15. Спасибо-Фатеева І. Проблеми відповідальності в акціонерних товариства / І. Спасибо-Фатеева, Д. Луспеник // Юридичний радник. — 2006. — № 3. — С. 29.
16. Беліков О. Майнові суперечки в корпоративних правовідносинах // Юридичний журнал. — 2007. — № 2. — С. 98–101.
17. Суб'єкти цивільного права / [Я. М. Шевченко, І. М. Кучеренко, М. В. Венеска та ін.] ; за заг. ред. Я. М. Шевченко. — Х. : Харків юрид., 2009. — 632 с.
18. Тичкова О. Ю. Локальні корпоративні норми у цивільно-правовому регулюванні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / О. Ю. Тичкова. — Х., 2009. — 20 с.

### Анотація

**Симонян Ю. Ю.** Ознаки та особливості відповідальності за правопорушення у сфері корпоративних відносин. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду ознак, особливостей та правової природи відповідальності у сфері порушення корпоративних прав і обов'язків. Доведено, що така відповідальність є юридичною відповідальністю, має риси цивільно-правової відповідальності. Визначено, що відповідальність за правопорушення у сфері корпоративних відносин має особливості за такими критеріями: за сферою існування, за суб'єктами відповідальності, за джерелами правового регулювання та за обсягом відповідальності.

**Ключові слова:** відповідальність за правопорушення у сфері корпоративних відносин, цивільно-правова відповідальність, корпоративна відповідальність, корпоративні (локальні) акти.

### Аннотация

**Симонян Ю. Ю.** Признаки и особенности ответственности за правонарушения в сфере корпоративных отношений. — Статья.

Статья посвящена рассмотрению признаков, особенностей и правовой природы ответственности в сфере нарушения корпоративных прав и обязанностей. Проанализировано, что такая ответственность является юридической ответственностью, имеет черты гражданско-правовой ответственности. Определено, что ответственность за правонарушение в сфере корпоративных отношений имеет особенности по таким критериям: по сфере существования, по субъектам ответственности, по источникам правового регулирования и по объему ответственности.

**Ключевые слова:** ответственность за правонарушение в сфере корпоративных отношений, гражданско-правовая ответственность, корпоративная ответственность, корпоративные (локальные) акты.

### Summary

**Symonyan U. U.** Signs and Features of Responsibility in the Sphere of Infringement of Corporative Relations. — Article.

The article is devoted consideration of signs, features and legal nature of responsibility in the sphere of infringement corporative rights and duties. It is well-proven that such responsibility is legal responsibility, has lines of civil liability. Responsibility in the sphere of infringement of corporative relations has features after the sphere of existence, after the subjects of responsibility, on the sources of the legal adjusting and on the volume responsibility.

**Keywords:** responsibility in the sphere of infringement of corporative relations, civil liability, corporative responsibility, corporative (local) acts.

### ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПЕРЕДАЧІ КОМЕРЦІЙНОЇ ТАЄМНИЦІ У ДОГОВОРАХ КОМЕРЦІЙНОЇ КОНЦЕСІЇ

Сьогодні досить поширеною формою передачі прав інтелектуальної власності є «франчайзинг», в українському законодавстві відомий як «комерційна концесія». Дана неузгодженість термінів породила не мало дискусій серед вітчизняних вчених. Термін «франчайзинг» об'ємніший «комерційної концесії», яка є по суті способом передачі прав. Більше того, з практичної точки зору виникло теж не мало труднощів, так як закордонним контрагентам не був відомий з міжнародного та з національні законодавства термін «комерційна концесія», а вживався «франчайзинг». Однак це не завадило популярності та симпатії українських підприємців до франчайзингу в Україні.

Слово франчайзинг походить від французького *franchir*, яке означає «звільняти», «пільга». Сьогодні воно має кілька різних значень залежно від галузі. Деякі навіть називають франчайзинг галуззю самою по собі, як ніби це товар або послуга. Однак типова франшиза являє собою договір між продавцем і покупцем — договір, який дозволяє покупцеві (франчайзі, франшизодержателю, франшизіару) продавати товар чи послугу продавця (франшизера, франшизодавця).

Одна з історичних версій виникнення франчайзингу свідчить, що піонерами франчайзингового руху стали наприкінці 40-х років брати Макдональд, власники невеликого при шляхового кафе, які вирішили поліпшити обслуговування клієнтів і збільшити дохід. З цією метою вони скоротили число найменувань страв до трьох, стандартизували технологію їх приготування і уніфікували рецептуру. Така реорганізація значно підвищила ефективність і знизила витрати, а однакове меню McDonald's створило нове покоління клієнтів, які знали, що в будь-якому ресторані McDonald's їх чекає швидке обслуговування і звичний набір страв.

На відміну від даної теорії, інша група дослідників базується на тому, що франчайзинг не виник разом з різким розквітом франчайзингових підприємств харчування швидкого приготування (*fast-food franchises*) типу ресторанів «Макдоналдс» у 1950-х роках. Швидше за все, його поява відноситься до початку 1800-х років. Сучасний франчайзинг випробував свій перший дійсний підйом в 1898 р., коли компанія «Дженерал моторс» почала застосовувати франчайзингове дилерство.

Аналогічні франшизні системи були створені компаніями «Рексолл» в 1902 р. і «Говард Джонсон» в 1926 р., як і багато інших нафтових, бакалійних, мотельних закладів на початку століття. З цього часу франчайзинг розвивався настільки швидко, що проник у більшість галузей.

Даний договір укладається стосовно певної сфери підприємницької діяльності (продажу товарів, отриманих від правовласника чи вироблених користу-

вачем, виконання робіт, надання послуг) і передбачає використання ділової репутації і в певному обсязі комерційного досвіду правовласника. Комерційна інформація і комерційний досвід, що надаються користувачеві за договором, включають зазвичай документацію по веденню бізнесу (документи, інструкції, стандарти та ін.), а також професійне навчання персоналу, спеціальний інструктаж протягом усього періоду дії договору з різних аспектів організації господарської діяльності (управління, ведення обліку та звітності, обслуговування клієнтури і ін.). За домовленістю сторін комерційною інформацією можуть бути визнані відомості економічного, методичного та іншого характеру з різних аспектів організації та здійснення господарської діяльності правовласника, у тому числі конфіденційна інформація (комерційна таємниця).

За фіксовану плату типовий франчайзі отримує кваліфіковану допомогу, яка в іншому випадку була б надто дорогою для його окремого підприємства, за різними напрямками:

- стратегія маркетингу з акцентом на рекламу;
- початкове навчання працівників і підготовка в галузі управління;
- дизайн магазину і закупівля обладнання;
- уніфікована політика та процедури;
- централізовані закупівлі за зниженими цінами;
- постійне консультування з питань управління;
- вибір місця і рекомендації з розміщення підприємства;
- надання оренди;
- фінансування.

Згідно з інформацією, наданою статистичними компаніями, приблизно 85 % новостворених підприємств зазнають краху, але якщо підприємство починає роботу на умовах франчайзингу, то ця цифра істотно знижується — до 15–17 %, це є яскравим доказом того, що схеми реалізації бізнесу за допомогою франчайзингу допомагають утриматися на плаву і витримати конкуренцію підприємцям, які починають свій шлях в конкурентній боротьбі за ринок приблизно раз на 5 більше, ніж у звичайного підприємця.

Однак, як показує практика, тільки та франшиза буде ефективна, яка може зацікавити франчайзі працювати з франчайзером завдяки так званим «гачкам утримання партнера в мережі». Такими гачками можуть бути перш за все бренд, поставки товару, підключеного до будь-якої ІТ-системи, постійна генерація нових ідей франчайзером, постійне навчання співробітників франчайзі та інші гачки в залежності від сфери діяльності. Якщо франчайзер вичерпав свої гачки, він стає нецікавим франчайзі, і останній задумується про те, щоб «зістрибнути», позбутися тягара періодичних платежів та контролю франчайзера, причому вже володіючи усією технологією роботи франчайзера. Таким чином, починаючи франчайзингову програму, необхідно обов'язково подбати про те, щоб франчайзі завжди був у залежності від франчайзера, продумавши систему гачків утримання партнера в мережі.

В Україні відносини з комерційної концесії регулюються в рамках глави 36 Господарського [1] та глави 75 Цивільного кодексів України [2].

Одним з договорів, у яких збереження комерційної таємниці має найбільш важливе значення, є договір комерційної концесії (франчайзингу). Згідно зі ст. 366 ГК України за договором комерційної концесії одна сторона (правоволоділець) зобов'язується надати другій стороні (користувачеві) на строк або без визначення строку право використання в підприємницькій діяльності користувача комплексу прав, належних правоволодільцеві, а користувач зобов'язується дотримуватися умов використання наданих йому прав та сплатити правоволодільцеві обумовлену договором винагороду. Деяке інше визначення договору комерційної концесії міститься в ст. 1115 ЦК України. Однак ні в Господарському кодексі, ні в Цивільному кодексі України не передбачені положення про збереження комерційної таємниці за цим договором.

Особлива важливість збереження комерційної таємниці в цьому договорі обумовлена, на наш погляд, тим, що, як справедливо відзначається в літературі, одним з обов'язкових елементів предмета франчайзингової угоди є передача франчайзером франчайзі розробленої і перевіреної на практиці конкурентоздатної системи організації й ведення певної підприємницької діяльності (комерційної таємниці). Проблема збереження в таємниці основних елементів системи є однією з основних проблем при укладанні й реалізації договору франчайзингу [3, 13–14].

Як ми бачимо, першочерговим та найбільш уразливим місцем при веденні переговорів, а також при укладанні договору комерційної концесії є обмін інформацією між потенційними сторонами. Чим більше майбутні партнери будуть знати один про одного, тим вірніше виявиться рішення про доцільність укладення договору.

Модельний закон UNIDROIT про розкриття інформації про франшизу містить положення, відповідно до яких мінімум за 14 днів до підписання договору франчайзер повинен надати інформацію про себе, дані про досвід і термін експлуатації франшизи, про судові процеси, включаючи процеси з банкрутства та кримінальні справи у відношенні посадових осіб франчайзера, про існуючі франчайзі і про тих, хто розірвав франчайзингові договори, із зазначенням причин розірвання, про фінансову сторону договору, умови припинення та продовження договору, права і обов'язків за договором.

У багатьох країнах, таких як США, Франція, Іспанія, регулювання переддоговірних відносин присвячені окремі закони або положення законів про франчайзинг. Ці документи передбачають види інформації і терміни, в які вона повинна бути надана претенденту. Такі положення повинні бути і в українському законодавстві.

На думку З. Опейди, при укладенні договору комерційної концесії визначення дійсного волевиявлення сторін є надзвичайно важливим аспектом. Головним об'єктом, що передається за договором комерційної концесії, є певна секретна інформація, що стає відома користувачеві лише після укладення угоди. Отже, на момент її укладення він має лише загальне уявлення про неї. Переконатися, наскільки вона відповідає дійсності, користувач може лише після того, як він почне працювати за франчайзинговою схемою та вкладе в



неї свої кошти [4, 34]. Як справедливо зазначає Г.Цірат, беручи до уваги наявність елементів конфіденційного характеру про франшизу, користувач може мати хибне уявлення про неї, діяти під впливом помилки або обману зі сторони правоволодільця [5, 112].

Практика свідчить, що саме на цьому етапі відбувається значна кількість зловживань. По-перше, самі дії користувача можуть бути недобросовісні. У цьому випадку договір комерційної концесії може служити лише «ширмою» для отримання секретної інформації, оскільки після укладання договору користувач може вчинити позов про визнання договору недійсним на тій підставі, що його було укладено внаслідок помилки [6, 34].

Приймаючи це до уваги, деякі країни встановили спеціальні правила укладання договору франчайзингу, які передбачають обов'язкове оприлюднення франшизіаром певної інформації, на основі якої франшизіат буде мати уявлення про істотні обставини, що мають значення для договору франчайзингу [6, 18–19].

Міжнародний інститут уніфікації приватного права (УНІДРУА) уніфікував підходи до визначення обсягу інформації, що розкривається, у розробленому ним Типовому законі про розкриття інформації про франшизу, прийнятому 25 вересня 2002 р. Управляючою радою УНІДРУА [7].

Однією із правомочностей суб'єкта господарювання, що володіє комерційною таємницею, є право розпорядження належною йому інформацією. Це означає не тільки можливість розкриття такої інформації, а й її передачі іншим суб'єктам на договірних засадах.

У процесі розвитку ринкових відносин формування нових господарських зв'язків підприємств призводить до виникнення проблеми взаємного захисту комерційної таємниці торговельних партнерів. У практиці роботи зарубіжних фірм передбачений порядок спеціальних договорів щодо взаємного захисту інформації, переданої один одному в ході ділового співробітництва. Для ув'язування інтересів продавця (не бажаного повідомляти яку-небудь інформацію про товар до підписання контракту на постачання) з інтересами покупця (не бажаного здобувати товар, повна інформація про який поки відсутня) практикується застосування так званої опціонної угоди. Її суть у тому, що покупець за певну плату і на умовах конфіденційності здобуває додаткову інформацію про товар, до складу якої можуть входити відомості, що містять комерційну таємницю [8, 636].

У світовій практиці умови конфіденційності, що включаються в договір про співробітництво, мають певний ступінь автономності. Це означає, що вони, з одного боку, можуть передувати укладенню договорів про створення спільних підприємств, передачі ноу-хау, ліцензій тощо, а з іншого — можуть і повинні дотримуватися протягом певного терміну після завершення дії основного договору.

На думку М. Чепелюка, підприємство має бути зацікавленим не лише в нерозголошенні конфіденційної інформації, а й у її невикористанні особою, якій вона надається у зв'язку з отриманням певних послуг. Саме тому вважаємо, що досить дієвим механізмом забезпечення нерозголошення конфіденцій-

ної інформації та її невикористання може бути угода, в якій визначатиметься перелік конфіденційної інформації; обов'язки отримувача конфіденційної інформації; коло осіб, на яких поширюються вимоги угоди, термін її дії, відповідальність за порушення умов угоди тощо [9, 90].

На думку Г. К. Нікіфорова та С. С. Нікіфорова, з метою застереження можливого розголошення комерційної таємниці угод, які укладаються між суб'єктами господарювання в межах України, у них доцільно передбачити окремий розділ, у якому слід відобразити:

- конкретні відомості, які складають комерційну таємницю угоди;
- види матеріальних носіїв, у яких містяться такі відомості (документи, вироби, і т.д.);
- вимоги щодо захисту відомостей, що складають комерційну таємницю;
- права сторін на використання інформації, що містить комерційну таємницю;
- зобов'язання сторін про нерозголошення (неправомірної передачі) відомостей, що охороняються;
- санкції за розголошення, неправомірну передачу або використання відомостей, що складають комерційну таємницю.

В умовах договору доцільно обумовити можливість припинення його дії у випадку невиконання (неналежного виконання) вимог однією із сторін по захисту комерційної таємниці, а також звернення з позовом про відшкодування шкоди в арбітраж або суд загальної юрисдикції [10, 64–65].

На наш погляд, слід розробити примірну угоду про конфіденційність і нерозголошення комерційної таємниці, де установити порядок передачі, умови використання та інші питання, що стосуються конфіденційної інформації, у тому числі комерційної таємниці, що стає відомою одержуючій стороні в результаті її передачі розкриваючою стороною.

В Примірній угоді доцільно передбачити, що сторони погоджуються обмінюватися конфіденційною інформацією, у тому числі комерційною таємницею, з метою розвитку партнерських відносин і співробітництва в галузі технічного управління, інформаційних технологій тощо.

Вважаємо важливим вказати в Угоді, що одержуюча сторона має право використовувати конфіденційну інформацію, у тому числі комерційну таємницю, розкриту їй відповідно до угоди, виключно з метою співробітництва з розкриваючою стороною, якщо інше не передбачено письмовою угодою сторін.

У зазначеній угоді слід передбачити певні заборони й обов'язки одержуючої сторони, зокрема заборону розкривати отриману відповідно до угоди конфіденційну інформацію, у тому числі комерційну таємницю, третім особам, а також використовувати у власних цілях і для здійснення конкуруючої господарської діяльності стосовно розкриваючої сторони, якщо інше не передбачено письмовою угодою сторін.

Крім того, варто передбачити низку обов'язків одержуючої сторони, у тому числі:

- дотримуватися такого ж ступеня таємності і приймати всі необхідні за-

ходи для захисту отриманої конфіденційної інформації щоб уникнути її розголошення або будь-якого іншого несанкціонованого використання, які одержуюча сторона звичайно приймає щодо своєї власної конфіденційної інформації;

- негайно сповістити розкриваючу сторону про будь-яку спробу третіх осіб одержати несанкціонований доступ до отриманої конфіденційної інформації;
- сприяти розкриваючій стороні у захисті конфіденційної інформації;
- не здійснювати копіювання, відтворення в будь-якій формі конфіденційної інформації і на першу вимогу розкриваючої сторони повернути всі матеріальні цінності та їхні копії, що містять конфіденційну інформацію.

Також доцільно передбачити в зазначеній угоді, що отримана конфіденційна інформація, у тому числі комерційна таємниця, може бути повідомлена тільки співробітникам одержуючої сторони і лише в тому обсязі, у якому це необхідно для виконання ними їхніх трудових (службових) обов'язків.

В Угоді варто передбачити відповідальність одержуючої сторони за розголошення конфіденційної інформації, у тому числі комерційної таємниці, розкриваючої сторони, зокрема, у вигляді відшкодування завданих таким порушенням збитків, у тому числі упущеної вигоди відповідно до чинного цивільного законодавства України.

Також вважається можливим регулювати переддоговірні відносини перед укладанням договору комерційної концесії. Суб'єкт господарювання зобов'язується у певний термін, але не пізніше одного року з моменту укладення попереднього договору, укласти основний господарський договір на умовах, передбачених попереднім договором. Попередній договір повинен містити умови, які дозволяють визначити предмет, а також інші істотні умови основного договору. Доречно в рамках цього попереднього договору улагодити відносини стосовно розкриття та передачі відомостей, які є комерційною таємницею.

Обмін інформацією — найбільш ризиковий момент у відносинах між контрагентами, адже немає гарантій того, що інформація, яка розголошується для укладення договору, не буде використана і в інших цілях.

Згодом у договорі про комерційну концесію в пункті про нерозголошення інформації, отриманої відповідно до договору, слід згадати також і про інформацію, отриману сторонами на переддоговірній стадії.

### Література

1. Господарський кодекс України // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18–22. — Ст. 144.
2. Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40–44. — Ст. 356.
3. Килимник І. І. Особливості правового регулювання договору комерційної концесії (франчайзингу): автореф. дис. ... канд. юрид. наук / І. І. Килимник. — Х., 2003. — 22 с.
4. Опейда З. Розкриття інформації про комплекс прав, що передається за договором комерційної таємниці // Правничий часопис Донецького університету. — 2003. — № 1. — С. 34–39.
5. Цират А. Франчайзинг и франчайзинговый договор: учеб.-практ. пособие / А. Цират. — К.: Истина, 2002. — 240 с.
6. Цират Г. В. Договори франчайзингу: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Г. В. Цират. — К., 2003. — 22 с.

7. Типовий закон про розкриття інформації про франшизу: прийнятий Управляючою радою УНІДРУА від 25 верес. 2002 р. // Draft Articles for a Model Franchise Disclosure Law with Draft Explanatory Report as revised by the Committee of Governmental Experts at its Second Session. Rome, 8–12 April 2002. UNIDROIT 2002. Study LXVIII. — Doc. 48.
8. Справочник директора предприятия / под ред. М. Г. Лапусты. — 6-е изд., испр., изм. и доп. — М.: ИНФРА-М, 2003. — 832 с.
9. Чепелюк М. Угода про нерозголошення конфіденційної інформації // Юридичний журнал. — 2003. — № 9. — С. 90–91.
10. Нікіфоров Г. К. Підприємництво та правовий захист комерційної таємниці: навч.-практ. посіб. / Г. К. Нікіфоров, С. С. Нікіфоров. — К.: Олан, 2001. — 208 с.

### Анотація

**Сляднева Г. О. Правове регулювання передачі комерційної таємниці у договорах комерційної концесії.** — Стаття.

Стаття присвячена розгляду досить поширеної форми передачі прав інтелектуальної власності — «франчайзингу», в українському законодавстві відомий як «комерційна концесія». Особлива важливість збереження комерційної таємниці в цьому договорі обумовлена тим, що, як справедливо відзначається в літературі, одним з обов'язкових елементів предмета франчайзингової угоди є передача франчайзером франчайзі розробленої і перевіреної на практиці конкурентоздатної системи організації й ведення певної підприємницької діяльності (комерційної таємниці). Проблема збереження в таємниці основних елементів системи є однією з основних проблем при укладанні й реалізації договору франчайзингу.

**Ключові слова:** комерційна таємниця, інтелектуальна власність, комерційна концесія, франчайзинг.

### Аннотация

**Сляднева А. О. Правовое регулирование передачи коммерческой тайны в договорах коммерческой концессии.** — Статья.

В статье рассматривается достаточно распространенная форма передачи прав интеллектуальной собственности — «франчайзинг», в украинском законодательстве известен как «коммерческая концессия». Особая важность сохранения коммерческой тайны в этом договоре обусловлена тем, что, как справедливо отмечается в литературе, одним из обязательных элементов предмета франчайзингового соглашения является передача франчайзером франчайзи разработанной и проверенной на практике конкурентоспособной системы организации и ведения определенной предпринимательской деятельности (коммерческой тайны). Проблема сохранения в тайне основных элементов системы является одной из основных проблем при заключении и реализации договора франчайзинга.

**Ключевые слова:** коммерческая тайна, интеллектуальная собственность, коммерческая концессия, франчайзинг.

### Summary

**Slyadneva A. Legal Regulation of the Transfer of Trade Secrets in the Contract of Commercial Concession.** — Article.

The article is devoted to a common form of transfer of intellectual property rights — «franchise», the Ukrainian legislation known as «commercial concession.» The special importance of preserving trade secrets in this contract due to the fact that, as correctly noted in the literature, one of the mandatory elements of the object is to transfer the franchise agreement the franchisor franchisee developed and proven competitive system of organizing and conducting certain business activities (trade secrets). The problem of secrecy the main elements of the system is a major problem in the conclusion and implementation of a franchising contract.

**Keywords:** trade secrets, intellectual property, commercial concession, franchise.

## ПЕРШІ КРОКИ ФОРМУВАННЯ ІНСТИТУТУ БАНКРУТСТВА У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

Дослідження будь-якого правового інституту, у тому числі інституту банкрутства, потребує не тільки аналізу його внутрішніх характерних рис, а й аналізу історичних умов, в яких виник, розвивається та використовується цей правовий інститут.

Метою даної статті є дослідження виникнення і формування характеру відповідальності боржників у боргових відносинах, що є передмовою виникнення інституту банкрутства і конкурсного права взагалі.

Ідея неспроможності, банкрутства не нова. Історичні документи свідчать, що інститут банкрутства відомий всім країнам з ринковою економікою і є одним з основних елементів механізму правового регулювання ринкових стосунків. З давніх часів банкрутство було підставою для припинення існування осіб — суб'єктів відносин у суспільстві. Проблема неповернення боргів з давніх часів турбувала людство, оскільки ухилення боржника від сплати боргу наносило шкоду кредиторам, вносило розлад до певних економічних відносин [1]. З моменту виникнення приватної власності, закони ніколи не були милосердні до неспроможних боржників. Довгий час закон однаково діяв для всіх боржників, незалежно від навмисності затримання повернення боргу або неспроможності це зробити. Крім того, певний час результатом неспроможності або небажання повернути борг була сама особа боржника (в стародавні часи поняття юридичної особи не існувало взагалі). Як встановлює Шершеневич, в праві древніх народів ми марно шукали б слідів того складного інституту, яким представляється в даний час інститут неспроможності. До того ж в нерозвиненому побуті древніх народів забезпеченням боргу служило не майно боржника, а він сам [2]. Це явище представляється загальним як суворому законодавству Ману, так і порівняно вельми м'якому праву Моїсея. Ми бачимо його в єгиптян і греків. Воно ж характеризувало римське право на первинних етапах його розвитку [2]. Як відомо, стародавнє право не втручалось в стосунки між особами з приводу приватних правопорушень — з приводу посягань на життя, тілесну недоторканність і усіляких особистих і майнових образ: кримінального права в нашому сенсі слова не існувало. Внаслідок цього всяке подібне посягання викликало як природну реакцію — помсту потерпілого або його близьких. Наприклад, в древні і феодальні часи як гарант повернення боргу виступало не майно, а сам боржник: його життя, особиста свобода і недоторканність.

А. Х. Гольмстен робив висновок про наявність конкурсу вже в стародавньому праві, коли об'єктом стягнення було не стільки майно, скільки особа боржника [3]. Так, наприклад, відповідно до норм Руської Правди, боржник міг бути проданий на торгах з тим, щоб виручені кошти розподілити між кредиторами. У Норвегії древнє право дозволяло кредиторів відрубувати неспромож-

ному боржникові ту або іншу частину його тіла. У Германії, під час правління короля Карла V, неспроможних боржників прирівнювали до ворогів, яких можна було піддавати негайній страті. Указом короля Франції Франциска I, виданим в 1536 р., наказувалося вести «проти банкрутів строгий процес... їх слід піддавати тілесним покаранням, начепити на них ошийник і помістити до ганебного стовпа».

Подальший розвиток зобов'язальних стосунків йде у різних народів різними дорогами, але загальний напрям цього розвитку полягає в поступовому послабленні, а потім і повному знищенні особистої відповідальності боржника. Спочатку забороняється вбивство боржника або продаж його в чужі руки; потім рабство у кредитора перетворюється на просту боргову кабалу, що триває лише до відробітку боргу, або особисте затримання, що має на меті спонукати боржника або його близьких до покриття боргу. Прикладом такого випадку в римському праві був один з варіантів обмеження правоздатності фізичних осіб — *addictus* (присудження у владу позивачеві) — поширювалося на неплатоспроможного боржника, якого магістрат, оскільки древні виконавчі процедури передбачали особистий характер розправи над боржником, оголошував *addictus* — присудженням кредиторів. Кредитор міг тримати боржника в оковах в домашній темниці, а при нагоді міг продати як раба або убити. Проте в класичну епоху така ситуація практично не виникала (хоча теоретично вона все ще залишалася можливою) і на практиці панувала введена претором майнова розправа [4, 219–221]. Великий вплив на формування інституту банкрутства в римській державі надав Закон Петелія (*lex Poetelia*), який був виданий в 428 році від виникнення Риму або в 326 р. н.е. Цей Закон заборонив, по-перше, забезпечення боргу особою (тобто пехим перестав існувати); по-друге, фізичну дію на боржника (катування). Крім того, Закон говорив про якусь клятву, думки про вміст якої розходяться. Так, Г. Ф. Шершеневич вважає, що *lex Poetelia* усував необхідність для боржника присягнутися, що все майно, що належить йому, в повному об'ємі він віддав кредиторам [2].

Ми не знаємо, коли і яким чином встановилося майнове виконання замість особистого. Поза сумнівом, що воно з'явилося і розвинулося з тією ж непомітною поступовістю, яка характеризує історію взагалі всіх інститутів римського права. Лише зі встановленням цієї системи можна бачити в римському праві зачатки сучасного конкурсного інституту. Формуванню нового характеру відповідальності боржника передували зміни в економічному і соціальному житті суспільства. З розвитком економічного обігу зобов'язання робиться основною формою господарських відносин, і чим далі, тим більше ця функція виступає вперед. На перший план вступає майнова сторона. Цивільне життя перестає задовольнятися відвічними прадідівськими шаблонами, сором'язливий формалізм древнього права поступово лагідніє, а потім і зовсім відпадає. Якщо раніше задавав тон в цьому відношенні делікт з його ідеєю особистої помсти, то тепер визначальна роль переходить до договору з його основною майновою функцією. Ця зміна відбивається в цілому ряду явищ, з яких ми відзначимо лише найістотніші.

Перш за все, відпадання особистої відповідальності боржника і перенесення стягнення за зобов'язанням на його майно. Метою зобов'язання у величезній більшості випадків є здобуття відомої майнової цінності від боржника, і під впливом цієї переважаючої мети виробляються форми для такого майнового стягнення (Покровський). Тим не менш і після того, як римське право зробило у своєму розвитку такий важливий крок, особисті наслідки для боржника не виключалися. Ситуація дещо змінилася введенням *cessio bonorum* Законом, приписуваним Юлію Цезарю або Августу, що встановив в римському праві інститут *cessio bonorum*, а можливо, тільки систематизував те, що склалося вже звичайним шляхом, був справжнім благодіянням для боржників. Суть цього інституту полягала в тому, що боржникові надавалася можливість укласти договір поступки прав щодо всього свого майна на користь кредиторів. У результаті боржник повністю звільнявся від особистих наслідків (виключалася *infamia*), а з часом стало допускатися звільнення і від наслідків майнових. «Ідея майнового забезпечення кредиту проникала у свідомість римського народу повільно. Мало-помалу розвивалося закладне та іпотечне право і утворилося поняття, що борг може лежати і не на особі, а на речі». Оскільки застосування *cessio bonorum* вело до значних пільг для боржника, застосовуватися воно могло тільки при відсутності будь-якої його недобросовісності.

Усунення особистих (а пізніше і майнових) наслідків банкрутства говорить про те, що римське право поступово виробляло ще одну найважливішу ознаку конкурсу — погашення всіх вимог кредиторів, що залишилися незадоволеними, у момент закінчення всіх процедур, вживаних до боржника.

Законодавство Юстиніана внесло значні зміни до норм про конкурс, правда, на думку Г. Ф. Шершеневича, ці зміни «відбилися шкідливо на найосновнішому початку процесу — на прудкості виробництва». Протягом даного періоду були встановлені дво- і чотирирічні терміни для заяви кредиторами своїх вимог до боржника (для місцевих і іногородніх кредиторів відповідно) [2]. Крім того, виникла практика, відповідно до якої імператор міг на прохання боржника надати відстрочення (не більше ніж 5 років) в сплаті боргу. К. І. Малишев відзначає, що п'ятирічні відстрочення платежів увійшли до звичаю унаслідок того, що в порівнянні із загальною тривалістю конкурсу п'ятирічний період був незначним; взагалі ж конкурсне виробництво в той період було дуже тривалим: «Від місцевих чиновників, що завідували судовими справами, тягнувся довгий ряд інстанцій до двору самого імператора. Були приклади, що найпростіші і безперечні справи вироблялися років по 18 лише в одній інстанції» [5]. Що стосується суб'єктів — боржників банкрутства, то в римському праві ними були лише фізичні особи. Це пояснювалося декількома чинниками і перш за все тим моментом, що інших видів осіб, як суб'єктів приватного права, поряд з фізичними особами, тобто з людьми, римська науково-юридична систематика не знала. Тому в систематичних викладах начал римського права, що дійшли до нас — інституції Гая і імператора Юстиніана, ми не знайдемо особливої рубрики про таких суб'єктів цивільного права, які, не будучи людьми — приватними або фізичними, природними особами, — мають

приватну правоздатність і обслуговуються в цивільному обігу нарівні з приватними особами. Ділення осіб на дві категорії: фізичних і юридичних (або, як вони інакше ще називалися і називаються, моральних, містичних, фіктивних, фінгированих), що становить неминучу приналежність всіх сучасних систем приватного права, з'явилося не в римській, а в пізнішій юриспруденції [6]. Проте римський закон не міг обійти увагою участь в правообігу абстрактної сутності, за якою признавалася якість суб'єкта права [4]. Для позначення їх римські юристи звичайно користувалися вираженням: «PERSONAE fungi vice», або «PRIVATORUM haberi loco», бажаючи цим сказати, що щось, не будучи природною людською особою, persona, функціонує в цивільному житті замість такої особи, розуміється як така особа. Терміни, що частіше всього зустрічаються в римському праві для позначення юридичних осіб: «CORPUS» і «UNIVERSITAS», не укладають думки про що-небудь фіктивне, уявне, в протилежність реальному, такому, що дійсно існує. У певних випадках і при виконанні певних вимог римський закон вважав доцільним розглядати ці об'єднання як самостійних суб'єктів права, окремих від тих фізичних осіб, які їх складають [4]. Окремі види юридичних осіб, що існували в Древньому Римі, сформувалися у види юридичних осіб по римському праву імператорського періоду, і особливо з точки зору джерел юстиніанова права. До юридичних осіб цього періоду відносяться саме: держава, імператорський престол, політичні общини, вольні союзи, церковні установи і богоугодні заклади, лежачий спадок [6]. За юридичними особами римський закон визнавав речові права, причому чітко визначалося відособлення майна юридичної особи від майна окремих членів союзу. Окрім речових прав, юридичні особи могли бути учасниками різних зобов'язань. Юридичні особи можуть набувати вимог і зобов'язатися боргами через договори, причому борги і вимоги юридичних осіб як таких не змішуються з боргами і вимогами окремих членів корпорації. Що стосується відповідальності юридичних осіб, вони несли відповідальність за договором, що був укладений їх уповноваженими особами. Якщо юридична особа діяла за допомогою інститора, тобто керівника або прикажчика, якому доручалося яке-небудь підприємство і який тим самим уповноважувався на здійснення цілого ряду зобов'язальних операцій, пов'язаних з даним підприємством або з даною галуззю адміністрації, то контракт інститора зобов'язав не лише його самого, але і юридичну особу, що представляється їм, отже, це останнє приєднувалося як додатковий боржник до інститора як головного боржника. Юридична особа представляється в джерелах предметом стягнення за борги, в якому для задоволення претензій його кредиторів може бути накладений арешт на борги його боржників або бути піддано відчуженню майно, що належить йому. Прямих вказівок в першоджерелах про процедуру притягнення до відповідальності юридичних осіб по майнових боргах або визнання його неспроможним ми не знаходимо. Встановлюється розмежування відповідальності юридичної особи за дії інститора і дії своїх членів (органів). Інколи проводять різку відмінність між відповідальністю юридичних осіб за провину їх інститорів і між відповідальністю за дії компетентних органів, що входять до складу юридичної особи.



Так, на думку Ленінга, інститорі юридичних осіб відповідали на тих же підставах, як інститорі фізичних осіб. А відносно останніх в джерелах з безсумнівною засвідчено, що якщо прикажчик або шкіпер корабля діяли недобросовісно по тих, що укладаються ними із сторонніми особами операціям, за ці недобросовісні дії повинен був відповідати сам господар по *actio institoria i exercitoria*.

Таким чином, можна говорити про те, що перші ознаки і елементи інституту банкрутства, конкурсу були сформовані в римському приватному праві. Хоча, як відзначає Г. Ф. Шершеневський, римський конкурсний процес страждав істотними недоліками, який повинен був перейти в спадщину новим народам, так як мало задовольняв він найосновнішим вимогам суспільного кредиту і цивільного обігу [2].

### Література

1. Пригуза П. Д. Проблеми теорії і практики конкурсного права в Україні: неспроможність та банкрутство : монографія / П. Д. Пригуза. — Х. : Харків юрид., 2009. — 528 с.
2. Шершеневич Г. Ф. Общая теория права : учеб. пособие. В 2 т. Т. 2 / Г. Ф. Шершеневич. — М., 1992. — (По изд. 1910–1912 гг.).
3. Гольмстен А. Х. Исторический очерк русского конкурсного процесса / А. Х. Гольмстен. — С.Пб. : Тип. В. С. Балашева, 1888.
4. Чезаре Санфилиппо. Курс римского частного права : пер. с итал. / Чезаре Санфилиппо. — М. : БЕК, 2000.
5. Малышев К. И. Избранные труды по конкурсному процессу и иным институтам торгового права / К. И. Малышев. — 2007. — 800 с.
6. Суворов Н. С. Об юридических лицах по римскому праву / Н. С. Суворов. — М., 2000.

### Анотація

**Борейко О. М.** Перші кроки формування інституту банкрутства у цивільному праві. — Стаття.

У даній статті розглянуті основні положення формування та розвитку інституту банкрутства у римському приватному праві. Метою даної статті є дослідження виникнення і формування характеру відповідальності боржників у боргових відносинах, що є передмовою виникнення інституту банкрутства і конкурсного права взагалі.

**Ключові слова:** банкрутство, конкурсне право, боржник, відповідальність.

### Аннотация

**Борейко О. М.** Первые шаги формирования института банкротства в гражданском праве. — Статья.

В данной статье рассмотрены основные положения формирования и развития института банкротства в римском частном праве. Целью данной статьи является исследование возникновения и формирования характера ответственности должников в кредитных отношениях, что является предпосылкой возникновения института банкротства и конкурсного права вообще.

**Ключевые слова:** банкротство, конкурсное право, должник, ответственность.

### Summary

**Boreyko O. M.** The First Steps of Forming the Institute of Bankruptcy in Civil Law. — Article.

In this article the substantive provisions of forming and development of institute of bankruptcy are considered in the Roman private law. The aim of this article is research of origin of the and forming of character of responsibility of debtors in promissory relations what is the preface of origin of institute of bankruptcy and competitive right in general.

**Keywords:** bankruptcy, competitive right, debtor, responsibility.

### ЗАХИСТ ПРАВА НА ОТРИМАННЯ ПРИБУТКУ ТА ВИПЛАТУ ДИВІДЕНДІВ СУБ'ЄКТІВ КОРПОРАТИВНИХ ВІДНОСИН ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

**Постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями.**

В сучасних економічних відносинах господарські товариства виступають як один з найефективніших механізмів організації та здійснення підприємницької діяльності. Це пояснюється і можливістю об'єднання капіталів і розмежуванням відповідальності товариства та його учасників та інше. В той же час наявність складних правових зв'язків між учасниками товариства, між учасниками та самим товариством зумовлює необхідність встановлення гарантій прав суб'єктів корпоративних відносин, системи охорони їх прав, а також дієвих форм та способів захисту у разі їх порушення. Участь у господарському товаристві передбачає такі важливі права його учасника, як отримання прибутку та право на виплату дивідендів за результатами діяльності товариства. Оскільки такі права передбачають отримання певних благ, то саме їх порушення виявляються найбільш розповсюдженими та такими, що потребують особливої уваги з боку законодавця та правозастосовчих органів.

Дослідження проблем захисту майнових прав суб'єктів корпоративних відносин є актуальним не тільки з точки зору теорії, що дозволяє обґрунтувати той чи інший підхід до цієї проблеми, але й з точки зору практики, оскільки порушення майнових прав суб'єктів корпоративних відносин стає предметом розгляду судових інстанцій.

**Метою статті** є дослідження сутності майнових прав суб'єктів корпоративних відносин на отримання прибутку та право на виплату дивідендів та виявлення шляхів удосконалення законодавства в цій галузі.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання цієї проблеми. Виклад основного матеріалу дослідження.**

Проблеми захисту майнових прав суб'єктів корпоративних відносин були предметом досліджень таких вчених, як О. М. Вінник, О. А. Воловик, К. В. Денисенко, О. В. Дзера, О. Р. Кібенко, Н. С. Кузнецова, І. М. Кучеренко, О. М. Перверзева, Н. О. Саніахметова, Р. О. Стефанчук, І. В. Спасибо-Фатєєва, Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova, В. С. Щербина та ін.

Разом з тим слід констатувати, що з огляду на проблеми правозастосування та судового захисту прав суб'єктів корпоративних відносин існує необхідність в детальному дослідженні таких складових корпоративних прав, як право на отримання частини прибутку та право на виплату дивідендів.

Оскільки дослідження сутності права на судовий захист не є основною метою статті, зазначимо, що право на захист є категорією, яка була предметом розгляду як вчених-господарників, так і фахівців в галузі цивільного права та

процесу. Право на захист представляють як надану уповноваженій особі можливість застосування заходів правоохоронного характеру для відновлення її порушеного права або права, що оспорується [1]. Іноді захист права трактується як правозастосовча діяльність уповноважених державних (громадських) органів, а також у випадках, передбачених законом, — уповноважених осіб, спрямовану на відновлення права, охорону інтересів, застосування заходів впливу, у тому числі відповідальності до правопорушника [2].

Б. Ю. Тихонова під захистом розуміє примусовий (щодо зобов'язаної особи) спосіб здійснення порушеного права з метою його відновлення, тобто заходи, які використовуються вже після порушення права, для його відновлення [3]. Ряд учених-правознавців під захистом цивільних прав розуміють систему юридичних норм, які направлені на попередження правопорушень і усунення їх наслідків [4], сукупність норм, що визначають форми, способи і строки відновлення порушених прав і інтересів.

Судова форма захисту здійснюється судами у спеціальному процесуальному режимі. Вона має універсальний характер і за своїм значенням посідає провідне місце серед інших форм захисту [5].

Відповідно до ст. ст. 4 і 37 Закону України «Про господарські товариства» [6] установчі документи товариства мають містити відомості про порядок розподілу прибутків, строк та порядок виплати частки прибутку (дивідендів) один раз на рік за підсумками календарного року. Право на одержання частини прибутку (дивідендів) мають особи, які були учасниками товариства на початок строку їх виплати. Учасник господарського товариства має право на одержання частини прибутку товариства пропорційно своїй частці у статутному (складеному) капіталі.

Питання невиклати дивідендів акціонерам було і залишається актуальним в контексті проблеми порушень їх прав. Сама по собі невиклата дивідендів не є порушенням прав акціонерів, якщо підставою для цього було відповідне рішення загальних зборів акціонерів. Проте порушення буде мати місце у разі невиклати вже нарахованих дивідендів, виплати їх способом, іншим, ніж передбачений статутом (наприклад, продукцією товариства замість грошима), затягування строків виплати дивідендів. За чинним Законом «Про господарські товариства», строки і порядок виплати дивідендів визначаються статутом товариства, що, на наш погляд, є неправильним, оскільки це має бути визначено в правовій нормі. Саме тому в Законі «Про акціонерні товариства» [7] міститься норма, яка не лише встановлює порядок, форму та граничний термін виплати дивідендів акціонерам, а й зазначає, що у разі недотримання зазначених положень щодо виплати дивідендів, акціонер може через суд домогтися дотримання своїх прав. Одночасно слід констатувати, що реалізація права на отримання дивідендів в законодавстві, на відміну від інших прав, є більш визначеною. При цьому підтримуємо думку про те, що гарантією виплати акціонерам дивідендів є закріплення граничних термінів виплати акціонерам дивідендів в законодавстві. В такому випадку акціонер у разі невиклати йому дивідендів у відповідний термін буде мати можливість звернутися до суду із

майновим позовом. Звичайно, це може бути здійснене за умови, якщо акціонерне товариство отримало прибуток та прийняло рішення про його сплату акціонерам. Збори акціонерів, на яких прийняте рішення, повинні бути правомочними.

В контексті досліджуваної проблеми актуальним є звернення до права учасника товариства на незгоду. Науковцями вже зверталась увага на значимість встановлення права акціонера на незгоду. Хоча ні ЦК України [8], ні Закон України «Про господарські товариства» не визначають такого виду корпоративних прав, як право на незгоду, аналіз окремих правових норм дає можливість стверджувати про існування такого права. Легальне закріплення такого права було здійснено в п. 90 Державної програми приватизації на 1998 рік, який передбачав зобов'язання акціонерного товариства викупити в акціонера акції, якщо він проголосував проти прийняття загальними зборами деяких рішень. На сьогодні вказаний нормативний акт не діє [9].

Сутність права на незгоду в зарубіжному законодавстві було детально досліджено І. В. Спасибо-Фатєєвою [10]. Основними моментами в реалізації права акціонера на незгоду є повідомлення акціонерним товариством про прийняття певних рішень; акціонер до проведення зборів повинен відреагувати на отримане ним повідомлення щодо свого наміру вимагати викупу у нього акцій у разі прийняття запропонованого проекту рішення та не брати участь у голосуванні за це рішення.

Право на незгоду є ефективним у разі, коли акціонер не погоджується із рішенням загальних зборів акціонерів, але має таку кількість акцій, за якої не може впливати на відповідне рішення. Наприклад, такий спосіб було б доречно застосовувати у випадку збільшення розміру статутного капіталу акціонерного товариства. З огляду на проблему виплати дивідендів, право на незгоду можна розглядати з двох позицій. З одного боку, прийняття загальними зборами товариства рішення про невикплату дивідендів і спрямування отриманого прибутку на інші цілі є колективним рішенням, якому незгодні повинні підкоритися. З іншого боку, невикплата дивідендів може мати місце у разі прийняття такого рішення більшістю голосів, а іноді прийняття такого рішення залежить від кількох осіб, що мають більшість акцій. Крім того, право на отримання частини прибутку є невід'ємним правом учасника товариства, яким не можна нехтувати. Встановлення на законодавчому рівні обов'язку акціонерного товариства викупити в акціонера акції за ринковою ціною, якщо він голосував проти рішення загальних зборів стало б значним способом захисту прав дрібного акціонера. Разом із тим законодавство має так врегулювати це питання, щоб нездійснення учасником права на свою участь в управлінні негативно не відбилася на правах інших учасників товариства [11]. Тобто якщо питання про розподіл прибутку та виплату дивідендів має вирішуватися тільки загальними зборами, то відсутність кворуму на них внаслідок ігнорування учасниками приведе до того, що всі учасники не отримають дивіденди по результатам річної діяльності товариства. Ці та подібні їм приклади свідчать про необхідність запровадження в законодавстві такого механізму, який би гармонізував право

на участь в управлінні кожного учасника товариства з правами всіх учасників, які залежать від реалізації цього права кожним (або у всякому разі, певної кількості учасників).

Проведене дослідження дозволяє зробити такі **висновки**.

Право на отримання частини прибутку та виплати дивідендів є однією із складових корпоративних прав учасника господарського товариства і одночасно одним із найважливіших майнових прав будь-якого суб'єкта корпоративних відносин. З метою врегулювання спірних відносин, що виникають у зв'язку із розподілом прибутку та виплатою дивідендів слід підтримати точку зору висловлену в літературі стосовно закріплення в законодавстві права на «незгоду». Право на «незгоду» є одним із засобів реагування учасника товариства на порушення його прав, що не виключає права такої особи звернутися за захистом до судових установ, оскільки судова форма захисту є найоптимальнішою та найефективнішою щодо захисту корпоративних прав суб'єктів корпоративних відносин.

Усі інші проблеми пов'язані з дослідженням сутності майнових прав суб'єктів корпоративних відносин, дослідження інших складових корпоративних прав, в тому числі пов'язані із правом на отримання частки майна у разі ліквідації товариства або виходу із складу його учасників, виходять за межі цієї статті і становлять перспективні напрямки подальших наукових розвідок.

#### *Література і примітки*

1. Гражданское право. В 2 т. Т.1 / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — СПб., 1996. — С. 240.
2. Абова Т. Е. Охрана хозяйственных прав предприятий / Т. Е. Абова. — М., 1975. — С. 95.
3. Тихонова Б. Ю. Субъективные права советских граждан, их охрана и защита : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Б. Ю. Тихонова. — М., 1972. — С. 11–13.
4. Малеин Н. С. Гражданский закон и права личности в СССР / Н. С. Малеин. — М. : Юрид. лит., 1981. — С. 192.
5. Здійснення та захист корпоративних прав в Україні (цивільно-правові аспекти). — Тернопіль, 2007. — С. 232.
6. Про господарські товариства : Закон України від 19 верес. 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 49. — Ст. 682.
7. Про акціонерні товариства : Закон України від 17 верес. 2008 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2008. — № 50–51. — Ст. 384.
8. Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40–44. — Ст. 356.
9. Про державну програму приватизації : Закон України від 12 лют. 1998 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1998. — № 33. — Ст. 222.
10. Спасибо-Фатєєва І. В. Цивільно-правові проблеми акціонерних правовідносин. Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук. — Х., 2000. — С. 75.
11. Так, у провадженні Малиновського районного суду м. Одеси знаходиться декілька типових справ, які є наслідком, нездійснення учасником свого права на участь в управлінні товариством. За фабулою справи № 2-6701/10, директор через суд намагається розірвати свій трудовий договір. Проблема полягає в тому, що таке рішення можуть прийняти тільки загальні збори, які не вважаються правомочними, оскільки один з учасників, який володіє 85 відсотками статутного капіталу, не з'являється на збори.

### Анотація

*Зудіхін О. В. Захист права на отримання прибутку та виплату дивідендів суб'єктів корпоративних відносин за цивільним законодавством України. — Стаття.*

Наукова стаття присвячена дослідженню проблем захисту майнових прав учасників господарських товариств. Зокрема, такої складової корпоративних прав, як право на отримання прибутку та права на виплату дивідендів. На підставі аналізу норм цивільного законодавства України, господарського законодавства України, судової практики сформульовано висновки щодо шляхів вирішення питання найбільш ефективного захисту майнових прав суб'єктів корпоративних відносин.

*Ключові слова:* корпоративні відносини, майнові права, право на отримання прибутку, право на отримання частини майна, корпоративні права.

### Аннотация

*Зудихин О. В. Защита права на получение прибыли и выплату дивидендов субъектов корпоративных отношений по гражданскому законодательству Украины. — Статья.*

Научная статья посвящена исследованию проблем защиты имущественных прав участников хозяйственных обществ. В частности, такой составляющей корпоративных прав, как право на получение прибыли и право на выплату дивидендов. На основании анализа норм гражданского законодательства Украины, хозяйственного законодательства Украины, судебной практики сформулированы выводы о путях разрешения проблемы наиболее эффективной защиты имущественных прав субъектов корпоративных отношений.

*Ключевые слова:* корпоративные отношения, имущественные права, право на получение прибыли, право на получение части имущества, корпоративные права.

### Summary

*Zudihin O. Protecting the Right to Profits and Dividends Subjects of Corporate Relations for the Civil Law of Ukraine. — Article.*

This scientific article addresses to the research of problems of protection of property rights of participants of economic companies. More specifically it was considered a component of corporate rights as the right on profits and rights on dividends. Based on analysis of the norms of civil legislation of Ukraine, Ukraine's economic legislation, judicial practice it was formulated conclusions about ways of issuing of the most effective protection of property rights of the parties of economic relations.

*Keywords:* economic relations, property rights, right on profits, right on receiving of part of property, economic rights.

УДК 347.19

*І. М. Капталан*

### ПОНЯТТЯ НЕПІДПРИЄМНИЦЬКИХ ТОВАРИСТВ

Дослідження непідприємницьких товариств набуває особливої актуальності, оскільки непідприємницькі товариства як юридичні особи стали способом втілення певних економічних, політичних та соціальних інтересів держави, громадян та різних соціальних груп. Упродовж останніх років в Україні прийнято значну кількість нормативних актів, які визначають правовий статус окремих видів юридичних осіб.

Причина недосконалості законодавства прямо пов'язана з недостатньою розробленістю наукової концепції і теоретичної моделі досліджуваного правового інституту.

© І. М. Капталан, 2011

Відсутність теоретико-правової концепції побудови системи організаційно-правових форм непідприємницьких юридичних осіб впливає на необхідність детального звернення до даної теми.

Сьогодні вивчення поняття непідприємницьких товариств набуває особливої актуальності, зокрема враховуючи закріплення в ЦК положення про створення юридичних осіб приватного права тільки в тих організаційно-правових формах, які визначені в законі. В зв'язку з цим перед цивілістикою постає завдання щодо необхідності вдосконалення законодавчих актів, які визначають правовий статус непідприємницьких товариств та розробки концепції законодавчого закріплення.

Враховуючи вищезазначене, можна стверджувати, що тема є актуальною як з точки зору теорії цивільного права, так і для вироблення пропозицій щодо вдосконалення цивільного законодавства й рекомендацій стосовно його практичного застосування.

Метою роботи є вивчення, проведення порівняльного аналізу поняття непідприємницьких товариств, формулювання науково-теоретичних пропозицій щодо закріплення єдиного поняття в законодавстві.

Для досягнення поставленої мети були поставлені такі завдання: проаналізувати наукові підходи щодо визначення поняття непідприємницьких товариств, з'ясувати стан правового регулювання непідприємницьких товариств на сучасному етапі.

Об'єктом дослідження є цивільно-правові відносини, що складають зміст організаційно-правової форми юридичних осіб приватного права, а саме непідприємницьких товариств.

Предметом дослідження є наукові погляди, ідеї, концепції і теорії, нормативно-правові акти України та практика їх застосування, зарубіжне законодавство щодо поняття непідприємницьких товариств.

Для проведення дослідження даного питання використовувалися такі методи в їх сукупності: діалектичний, історичний, формально-логічний, системно-структурний, порівняльний.

Теоретичну основу становлять наукові праці українських і російських вчених-юристів у галузі теорії та права, цивільного права дореволюційного, радянського й сучасного періодів.

Для того щоб вступати в цивільні відносини і бути їх суб'єктами, організації наділяються статусом юридичної особи. Передбачаються цивільна правоздатність та дієздатність юридичної особи. ЦК розмежовує юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права. Такий розподіл залежить від порядку їх створення. Відповідно, юридична особа приватного права створюється на підставі установчих документів, які викладаються письмово і підписуються всіма учасниками (засновниками). Установчим документом товариства є затверджений учасниками статут або засновницький договір між учасниками. Щодо юридичної особи публічного права, то вона створюється розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування.

Юридичні особи можуть створюватися у формі товариств, установ. Встановлено, що товариством є організація, створена шляхом об'єднання осіб (учасників), які мають право участі у цьому товаристві. Також юридична особа може бути створена в іншій формі, встановленій законом. Новим є те, що товариство може бути створене одноособово.

Товариства поділяються на підприємницькі та непідприємницькі.

Характеризуючи юридичні особи, ми, як правило, звертаємо увагу на загально прийнятий поділ. Розподіл організацій на підприємницькі та непідприємницькі проведено у ст. ст. 84, 85 ЦК України [1, 156].

У більш ранніх вітчизняних цивільних кодексах такий поділ був відсутній: ні Цивільний кодекс 1922 р., ні Цивільний кодекс УРСР 1964 р. [2; 3] не поділяли юридичні особи на підприємницькі та непідприємницькі.

Необхідність класифікації юридичних осіб «диктується ще й потребами виключення нерідких, на жаль, ситуацій, в яких державні органи або благодійні та громадські організації беруть участь у комерційній діяльності, пов'язаній з великим підприємницьким ризиком, при цьому часто не володіючи необхідним майном і належною мірою відповідальності» [4, 243]. Аналіз даної класифікації юридичних осіб пов'язаний з видами діяльності юридичних осіб та цілями.

Не зупиняючись на детальному аналізові юридичної особи в римському праві, слід відмітити таке, в римському праві відмінності цілей створення юридичних осіб помічали в тому, що одні юридичні особи створюються тільки для задоволення власних потреб засновників, інші — для досягнення певних суспільно корисних, альтруїстичних цілей [5, 38].

Подібний поділ юридичних осіб був відомий не лише римському приватному праву: «...в середньовічній Європі у майновому обігу брали участь не тільки комерційні юридичні особи (товариства, корпорації, компанії тощо), але і некомерційні (установи, інститути тощо)» [6, 66]. У дореволюційній Росії (що, правда, лише у проектах Цивільного уложення) передбачалася можливість відмінних від торговельних організацій приватних установ з правами юридичної особи (лікарні, богадільні, училища, музеї, публічні бібліотеки), які могли бути створені виключно з метою благодійності, сприяння освіті, народному здоров'ю, або іншій загальнокорисній меті [6, 86].

Відповідно до п. 1 ст. 50 ЦК РФ комерційні організації — це організації, що переслідують отримання прибутку як основну мету своєї діяльності, тоді як некомерційні організації не ставлять перед собою мету одержання прибутку і не розподіляють отриманий прибуток між учасниками. Першим і, ймовірно, основним критерієм відмежування комерційних організацій від некомерційних є те, що чи маємо мету отримати прибуток; другим — питання розподілу прибутку між учасниками [7, 123].

Некомерційні організації можуть створюватися для досягнення соціальних, благодійних, культурних, освітніх, наукових та управлінських цілей, з метою охорони здоров'я громадян, розвитку фізичної культури і спорту, задоволення духовних та інших нематеріальних потреб громадян, захисту прав, законних



інтересів громадян і організацій, вирішення спорів і конфліктів, надання юридичної допомоги, а також в інших цілях, спрямованих на досягнення суспільних благ [8, 10].

ЦК України згідно зі ст. 83 поділяє поняття «юридична особа» на два поняття за ознакою наявності чи відсутності учасників юридичної особи: якщо юридична особа має учасників (тобто якщо є особа або особи, яким належать правомочності на участь в управлінні даною юридичною особою), то це — товариство, якщо юридична особа не має учасників — то це установа.

Поняття «товариство», в свою чергу, ЦК України (ст. ст. 84, 85) поділяє на два поняття за ознакою наявності чи відсутності в учасників товариства корпоративного права на отримання певної частки прибутку (дивідендів): товариство, яке здійснює підприємницьку діяльність з метою одержання прибутку та наступного його розподілу між учасниками, є підприємницьким товариством, товариство, яке не має на меті одержання прибутку для його наступного розподілу між учасниками, є непідприємницьким товариством.

Оскільки установа не має учасників, то вона не може розподіляти прибуток між учасниками, але за загальним правилом ст. 86 ЦК України може, як і непідприємницьке товариство, здійснювати підприємницьку діяльність.

ГК України (ч. 1 ст. 167) містить невичерпний перелік корпоративних прав: правомочність на участь в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та статутними документами. Разом з тим ГК України, на відміну від ЦК України, не використовує корпоративних прав як ознак для поділу поняття «підприємство» на комерційні та некомерційні. Натомість ГК України містить визначення поняття господарської комерційної діяльності (підприємництва) у главі 4 та поняття некомерційної господарської діяльності (некомерційного господарювання) у главі 5. Згідно зі ст. 42 ГК України підприємництво — це самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку. Згідно з ч. 1 ст. 52 ГК України некомерційне господарювання — це самостійна систематична господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання, спрямована на досягнення економічних, соціальних та інших результатів без мети одержання прибутку.

Таким чином, ГК України використовує в якості ознаки для поділу вказаних вище понять наявність чи відсутність мети одержання прибутку (який, звичайно, може бути одержаний і без наявності такої мети, як побічний результат), а не наявності чи відсутності можливості розподіляти прибуток між учасниками (чи сплати суми прибутку або його частини єдиному учаснику).

Тому поняття «комерційні підприємства» та «некомерційні підприємства» не є тотожними поняттям «підприємницькі товариства» та «непідприємницькі товариства» [9].

Натомість В. В. Залеський визначає, що «поняття «комерційна організація» рівнозначне поняттю «підприємницька організація», точно так само як термін «підприємницька діяльність» ідентичний терміну «комерційна діяльність». У широкому сенсі слова будь-який підприємець є комерсантом. Саме таке поняття комерційної діяльності і комерсанта закладено в торгових кодексах ряду держав. Так, ст. 1 Французького торгового кодексу визначає: «Комерсантами є особи, які здійснюють торговельні угоди в процесі здійснення своєї звичайної професії» [10].

На відміну від підприємницьких товариств (ст. 84 ЦК України) непідприємницькими є товариства, які не мають на меті одержання прибутку для його наступного розподілу між учасниками. Як правило, такі організації створюються з метою провадження екологічної, оздоровчої, аматорської, спортивної, культурної, освітньої, наукової та іншої діяльності. Вказане визначення непідприємницького товариства не виключає можливість отримання такими організаціями коштів або майна, які надходять таким організаціям, від проведення їх основної діяльності, від передання майна в оренду тощо. Станом на листопад 2010 року законодавство України передбачає можливість створення 21 виду непідприємницьких товариств.

Правове регулювання таких юридичних осіб, як громадські та релігійні організації, політичні партії, професійні та творчі спілки, самоврядні організації, адвокатські об'єднання, організації роботодавців та ін., метою яких є задоволення громадських та духовних потреб людей, робиться висновок, що такі юридичні особи відносяться до однієї організаційно-правової форми юридичних осіб приватного права, оскільки спільними ознаками для них є те, що їх члени не мають ні об'єктів права власності, ні інших майнових прав чи обов'язків у товаристві та не несуть відповідальності за зобов'язаннями юридичної особи.

При цьому слід відрізняти поняття непідприємницького товариства від неприбуткових установ і організацій, що визначаються Законом України «Про оподаткування прибутку підприємств» [1, 156].

Неприбуткова організація — це самостійно господарюючий суб'єкт, який має права юридичної особи і здійснює діяльність, передбачену установчими документами, має самостійний баланс, поточні рахунки в установах банків, печатку.

Необхідною умовою для отримання організаціями статусу неприбуткових є включення їх до Реєстру неприбуткових організацій і установ. Згідно з п. 4.1 наказу [11] при включенні неприбуткової організації в базу реєстру їй присвоюється ознака неприбуткової організації.

У статті вирішено питання визначення поняття непідприємницьких товариств. Вирішення цього питання знайшло своє втілення у таких висновках:

1. Непідприємницькі товариства — це товариства, які не мають на меті одержання прибутку для його наступного розподілу між учасниками.

2. Непідприємницькі товариства, некомерційні товариства — необхідність визначення єдиного терміна для усунення термінологічної плутанини.

*Література*

1. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України. У 2 т. Т. 1 / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. — 2-ге вид., переробл. і допов. — К. : Юрінком Інтер, 2006. — 831 с.
2. Хрестоматія з історії держави і права України : навч. посіб. для студентів юрид. спец. вищ. навч. закл. / уклад.: В. Д. Гончаренко, О. Д. Святоцький ; за ред. В. Д. Гончаренка. — 3-тє вид., переробл. — К. : Вид. дім «Ін Юре», 2003. — 800 с.
3. Харитонов Є. О. Цивільний кодекс України : наук.-практ. комент. / Є. О. Харитонов. — Х., 2001.
4. Беляев К. П. Состояние и перспективы законодательства о некоммерческих организациях // Арбитражные суды: теория и практика правоприменения : сб. ст. к 75-летию Государственного арбитража — Арбитражного суда Свердловской области / отв. ред., сост.: И. В. Решетникова, М. Л. Скуратовский. — Екатеринбург : Ин-т частного права, 2006.
5. Беляев К. П. О делении юридических лиц на коммерческие и некоммерческие в гражданском законодательстве // Актуальные проблемы гражданского права / под ред. С. С. Алексеева ; Исслед. центр частного права. Урал. филиал, Рос. шк. частного права. Урал. отд.-ние. — М. : Статут, 2000.
6. Козлова Н. В. Понятие и сущность юридического лица. Очерк истории и теории : учеб. пособие / Н. В. Козлова. — М. : Статут, 2003.
7. Вербицкая Ю. О. О делении организации на коммерческие и некоммерческие // Корпорации и учреждения : сб. ст. / отв. ред. М. А. Рожкова. — М. : Статут, 2007.
8. Сумской Д. А. Статус юридических лиц : учеб. пособие для вузов / Д. А. Сумской. — М., 2006.
9. Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України : інформ. лист. від 7 квіт. 2008 р. № 01-8/211 / Вищий господарський суд України.
10. Залесский В. В. Создание и деятельность коммерческих организаций // Право и экономика. — 1998. — № 1.
11. Про затвердження порядку визначення структури ознаки неприбуткової установи (організації) : наказ ДПА України від 3 лип. 2000 р. № 355.

**Анотація**

**Капталан І. М.** Поняття невідприємницьких товариств. — Стаття.

Стаття присвячена правовому аналізу та характеристиці поняття невідприємницьких товариств у цивільному законодавстві України.

**Ключові слова:** юридичні особи, невідприємницькі товариства, підприємницькі товариства, неприбуткові організації, комерційні підприємства, некомерційні підприємства.

**Аннотация**

**Капталан И. М.** Понятие предпринимательских обществ. — Статья.

Статья посвящена правовому анализу и характеристике понятия непредпринимательских обществ в гражданском законодательстве Украины.

**Ключевые слова:** юридические лица, непредпринимательские общества, предпринимательские общества, некоммерческие организации, коммерческие предприятия, некоммерческие предприятия.

**Summary**

**Kaptalan I. M.** The Concept of Entrepreneurial Companies. — Article.

The article is devoted to legal analysis and characterization of the concept of non-profit organization in the civil legislation of Ukraine.

**Keywords:** entities, non-profit organization, business community, nonprofit organizations, businesses, non-profit enterprise.

## ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ ОБ'ЄКТА АВТОРСЬКОГО ПРАВА

Авторське право є однією з найбільш значущих й динамічних областей цивільного права. Значення авторського права в регулюванні суспільного життя особливо різко зросло в останні роки. Це пов'язано, у першу чергу, з неймовірним по своїй швидкості й масштабам розвитком технічних засобів і технологій, що дозволили максимально швидко здійснювати копіювання й поширення творів, які є традиційними об'єктами авторського права.

Звернення до теоретичних проблем однієї з найважливіших категорій права інтелектуальної власності — об'єкта авторського права, його аналіз з радикально нових позицій мають прискорити адаптацію вітчизняного авторського права до найкращих його моделей, що склалися у світі.

Актуальність дослідження поняття та ознак об'єктів авторського права, обумовлена тим, що деякі правові аспекти охорони зазначених об'єктів потребують подальшого вдосконалення. Зокрема, чинне законодавство України не повною мірою розкриває зміст та поняття твору як об'єкта авторського права, що ускладнює цивільно-правове регулювання відносин у сфері авторського права.

Сформульовані в статті теоретичні висновки ґрунтуються на загальних досягненнях юридичної науки, в тому числі, на результатах досліджень таких вітчизняних та зарубіжних науковців, як М. В. Гордон, І. О. Грингольц, І. І. Дахно, О. В. Дзера, В. С. Дроб'язко, Р. В. Дроб'язко, В. Я. Іонас, О. С. Іоффе, М. І. Нікітіна, В. І. Серебровський, А. П. Сергєєв та ін. Вивчення та аналіз праць цих науковців дали змогу визначити й оцінити стан досліджуваної проблеми, виявити та проаналізувати питання, що постали на сучасному етапі у досліджуваній сфері. Метою дослідження є комплексний науково-теоретичний аналіз поняття об'єкта авторського права, визначення його видів та з'ясування критеріїв, завдяки яким твір набуває правової охорони.

Перш за все, зауважимо, що поняття об'єкта авторського права, слід розглядати у контексті загальнотеоретичної проблеми об'єкта права.

У правовій науці, за загальновизнаною думкою, об'єктом вважається то, з приводу чого виникає і здійснюється діяльність суб'єктів правовідносин. М. І. Нікітіна відносить об'єкт до філософської категорії і визначає його, як зовнішній по відношенню до суб'єкта предмет, на який поширюється свідомість і діяльність суб'єкта [1, 35]. На її думку, об'єкт завжди протиставляється суб'єкту, як істоті, обдарованій свідомістю і волею. О. С. Йоффе називає об'єктом кожного явища те, на що це явище впливає або може вплинути [2, 168]. Відповідно, об'єктом цивільних правовідносин, на його думку є те, на що впливають суб'єктивне цивільне право та цивільно-правовий обов'язок. А. П. Сергєєв вважав, що у якості об'єкта цивільних правовідносин виступає поведінка його суб'єктів, спрямована на різного роду матеріальні та нематеріальні блага [3, 99].

О. В. Дзера зазначає, що об'єктом цивільних прав може бути те, заради чого суб'єкти вступають у правовідносини і на що спрямовані їхні суб'єктивні права та обов'язки з метою здійснення своїх законних прав та інтересів [4, 90].

Отже, об'єктом цивільних правовідносин є певні блага матеріального та (або) нематеріального характеру, які тісно пов'язані із суб'єктом, та відносно яких складаються цивільні правовідносини.

У ст. 9(2) Угоди ТРІПС природа того, що може бути об'єктом авторського права, визначена таким чином: «Захист авторського права поширюється на вислови, а не на ідеї, процедури, способи дії або математичні концепції як такі». Стаття 2 Договору ВОІВ сформульована майже ідентично: «Охорона авторських прав поширюється на форму вираження, а не на ідеї, процеси, методи діяльності або математичні концепції як такі». І нарешті, відповідно до ст. 433 ЦК України, ст. 8 Закону України «Про авторське право і суміжні права» об'єктами авторського права є твори.

Творами, що безпосередньо зазначені у законі є: літературні письмові твори белетристичного, публіцистичного, наукового, технічного або іншого характеру (книги, брошури, статті тощо); виступи, лекції, промови, проповіді та інші усні твори; комп'ютерні програми; бази даних; музичні твори з текстом і без тексту; драматичні, музично-драматичні твори, пантоміми, хореографічні та інші твори, створені для сценічного показу, та їх постановки; аудіовізуальні твори; твори образотворчого мистецтва; твори архітектури, містобудування і садово-паркового мистецтва; фотографічні твори, у тому числі твори, виконані способами, подібними до фотографії; твори ужиткового мистецтва, у тому числі твори декоративного ткацтва, кераміки, різьблення, ливарства, з художнього скла, ювелірні вироби, тощо; ілюстрації, карти, плани, креслення, ескізи, пластичні твори, що стосуються географії, геології, топографії, техніки, архітектури та інших сфер діяльності; сценічні обробки творів і обробки фольклору, придатні для сценічного показу; похідні твори; збірники творів, збірники обробок фольклору, енциклопедії та антології, збірники звичайних даних, інші складені твори за умови, що вони є результатом творчої праці за доббором, координацією або упорядкуванням змісту без порушення авторських прав на твори, що входять до них як складові частини; тексти перекладів для дублювання, озвучення, субтитрування українською та іншими мовами іноземних аудіовізуальних творів; інші твори.

Відкритість переліку охоронюваних авторським правом творів зумовлена тим, що з розвитком нових технологій з'являються нові об'єкти авторського права. З іншого боку, неможливо не погодитися з думкою багатьох вчених про те, що будь-які заяви про невичерпний характер переліку об'єктів авторського права не мають правових наслідків, тобто для того, щоб конкретний об'єкт авторського права мав належну правову охорону, він повинен бути чітко вказаний у законі, в іншому випадку його охорона може залежати тільки від аргументів позивача і відповідача у судовому процесі.

Поняття «об'єкт авторського права» і «твір» не тотожні, більш широке за суттю поняття «твір». Наявність твору — обов'язкова умова авторсько-право-

вої охорони. Чинне законодавство не містить визначення поняття твору, хоча вказує на ті критерії, яким він повинен відповідати, щоб користуватися правовою охороною. Згідно з Законом, авторські права поширюються на твори у галузі науки, літератури і мистецтва, які є результатом творчої діяльності. Законом охороняються як оприлюднені, так і не оприлюднені, як завершені, так і не завершені твори, незалежно від їх призначення, жанру, обсягу та мети, що існують у будь-якій об'єктивній формі.

Недивлячись на відсутність визначення твору у законі, дане поняття неодноразово обговорювалося науковцями. Б. М. Ган визначав твір як будь-яке об'єднане спільною метою поєднання ідей, образів або тих і інших разом, хоча б воно було виражено тільки усно або складалося із з'єднання, переробки або пояснення чужих творів [5, 12]. В. Я. Іонас називає твором відображення дійсності, що є синтезом ідей (понять чи образів), вираженим в об'єктивній формі, і що містить рішення завдання пізнання та перетворення людини, суспільства чи природи [6, 25]. На думку М. В. Гордона, твором є комплекс ідей та образів, що отримали своє об'єктивне вираження у готовій праці [7, 59]. Більш повне визначення надається В. І. Серебровським, на його думку, твір — це сукупність ідей, думок та образів, що отримали в результаті творчої діяльності автора своє вираження у доступній для сприйняття людськими почуттями конкретній формі, що допускає можливість відтворення [8, 32]. В. С. Дроб'язко визначає твір як продукт інтелектуальної авторської творчості, втілений у будь-якій об'єктивній, доступній для сприйняття формі [9, 145].

Отже твір як об'єкт авторського права — творчий продукт нематеріального виробництва, проте втілений у річ матеріальну. Право власності на відповідну матеріальну річ існує поряд з авторським правом на втілений у ній твір. При цьому не завжди ці два права збігаються в особі автора, саме тому п. 1 ст. 12 Закону України «Про авторське право і суміжні права» закріплює, що авторське право і право власності на матеріальний об'єкт, в якому втілено твір, не залежать одне від одного. Авторське право на твір зберігається навіть у разі втрати матеріального носія, в якому він був втілений.

Слід зазначити, що не будь-який твір охороняється нормами авторського права. До об'єктів авторського права належать лише ті твори, які відповідають передбаченим законом критеріям охороноспроможності. Це насамперед творчий характер та об'єктивна форма вираження твору.

Задовго до того, як вимога про творчий характер твору з'явилась у науці, вона знайшла своє відображення у судовій практиці. В основу рішення про визнання твору об'єктом авторського права, суди завжди покладали творчий характер праці позивача або відповідача. Прагнучи надати практичну допомогу судам, вчені у своїх дослідженнях намагалися не тільки зазначити цю ознаку, а й надати визначення поняттю творчості.

Отже, творчий характер має чимало визначень у юридичній літературі. Одні автори приділяють більшу увагу творчому процесу, зазначаючи, що тільки творча діяльність може мати творчий результат. Найбільш яскраві риси самого процесу творчості висловлював і видатний російський письменник М. Горь-

кий, він визначав творчість як ту «...степень напряжения работы памяти, когда быстрота ее работы извлекает из запаса знаний, впечатлений, наиболее выпуклые и характерные факты, картины, детали, и включает их, в наиболее точные, яркие, общепонятные слова» [8, 33]. Інші вчені розглядають творчість як **результат** інтелектуальної діяльності, зазначаючи, що для авторських прав важливий не стільки творчий характер діяльності, скільки аналогічна ознака результату, тобто самого твору.

Найбільш поширеною є думка, за якою, творчість, визнається як самостійна діяльність, в результаті якої створюється твір, що відрізняється новизною. Так, І. О. Грингольц визначає творчість як інтелектуальну роботу, спрямовану на створення нового [8, 34]. І. Я. Хейфец підкреслив, що окрім творчого характеру твір має бути новим, тобто він має суттєво відрізнитися від уже існуючих творів [10, 58]. Разом з тим слід пам'ятати, що творчість автора завжди в тій чи іншій мірі пов'язана з ідеями та працями його попередників. Не можна вимагати, щоб кожен твір літератури, мистецтва і особливо науки був абсолютно новим, щоб ніякі його елементи до цих пір не були відомі. У деяких випадках автор виявляє у своїй творчості значну індивідуальність та своєрідність, у зв'язку з чим навіть у разі однакових тем або сюжетів результат його праці набуває характеру цілком самостійного оригінального твору. Окремо слід визначити категорію похідних творів, якими є: переклади, збірники, енциклопедії, антології та інші. Ці твори не є самостійними, їх створення, взагалі відбувається на основі вже існуючих творів, тому треба зазначити, що поняття новизни, оригінальності та творчості у зазначеному контексті мають майже ідентичні значення.

Отже, новизна — необхідний елемент будь-якої творчої діяльності, своєрідний синонім оригінальності твору, віддзеркалення індивідуальності автора, тобто те, що йде від нього самого, а отже і відрізняє твір від йому подібних.

Законодавство не передбачає способи та критерії, за допомогою яких можна визначити, чи є творче начало у творі достатнім для того, щоб він підпадав під авторсько-правову охорону. Передбачені лише певні випадки, коли твір взагалі не визнають об'єктом авторського права. Отже, відповідно до ч. 3 ст. 433, ст. 443 ЦК України та ст. 10 Закону України «Про авторське право і суміжні права», об'єктами, що не охороняються авторським правом є: повідомлення про новини дня або поточні події, що мають характер звичайної прес-інформації; твори народної творчості (фольклор); видані органами державної влади у межах її повноважень офіційні документи політичного, законодавчого, адміністративного характеру (закони, укази, постанови, судові рішення, державні стандарти тощо) та їх офіційні переклади; державні символи України, державні нагороди; символи і знаки органів державної влади, Збройних Сил України та інших військових формувань; символіка територіальних громад; символи та знаки підприємств, установ, організацій; грошові знаки; розклади руху транспортних засобів, розклади телерадіопередач, телефонні довідники та інші аналогічні бази даних, що не відповідають критеріям оригінальності і на які поширюється право *sui-generis* (своєрідне право, право особливого роду).

Твір як результат творчої діяльності людини стає об'єктом авторських прав лише за умови, що він виражений в якійсь об'єктивній формі. Об'єктивна форма твору — це зовнішній вираз думок або переживань автора. До неї відносять: письмову форму, тобто рукопис, машинопис, нотний запис тощо; усну форму — публічне проголошення, публічне виконання та інші; звуко- або відео-записувальну форму — механічний, магнітний, цифровий запис тощо; зображувальну форму, наприклад, малюнок, ескіз, картину, план, креслення, кіно-, теле-, відео- чи фотокадр та інші; та об'ємно-просторову форму в якій знаходять відображення скульптура, модель, макет, споруда тощо. Даний перелік не є вичерпним, головною умовою є існування твору у формі, яка відокремлена від особи автора та отримала самостійне буття.

Деяко інакше поняття форми твору сприймалося у радянському суспільстві, нерозривно поєднувалися одне із одним зміст та форма твору. Аналізуючи постанови КП СРСР В. І. Серебровський зазначав, що у кожному творі літератури, науки і мистецтва ідейний зміст повинен поєднуватись із великою якістю форми [8, 38], тобто поєднання високої змістовності твору та його довершеної форми було необхідною умовою. Зазначалося, що «несоблюдение этого требования неизбежно приводит к безыдейности произведения, либо к различного рода формалистическим извращениям, чем наносится огромный вред развитию социалистической культуры...» [8, 38]. Під формою твору сприймався засіб втілення творчих ідей, думок, образів автора (літературна форма, музикальна форма та інші), а отже детальна увага приділялася досконалості форми твору, та її недолікам.

Щодо природи об'єктивної форми вираження твору, в юридичній літературі існують різні точки зору. Деякі вчені вважали відтворюваність обов'язковою ознакою твору. І. І. Дахно навіть вважає усну форму вираження твору не об'єктивною, а суб'єктивною, оскільки, спираючись на неї, важко, а то й неможливо відтворити, сприйняти чи передати твір [11, 53]. Висловлювалися й думки, що будь-яка об'єктивна форма є відтворюваною, тобто після того, як твір виконано, він може бути відтворюваний. Натомість М. І. Нікітіна зазначала, що з розвитком технічних засобів все що ми чуємо та бачимо може бути зафіксовано, але фіксування ще не є відтворенням. На її думку, відтворення твору — це можливість його сприйняття широким колом осіб, упродовж тривалого часу, поза зв'язком з самим автором [1, 47].

На сьогодні можна констатувати, що українське законодавство надає правову охорону творам незалежно від способу та форми їх вираження та не вказує на критерій відтворюваності об'єктивної форми як на обов'язкову умову охорони твору.

Отже, на основі вищезазначеного можна зробити певні висновки, що стосуються поняття та ознак об'єкта авторського права:

1. Об'єктом вважається то, з приводу чого виникає і здійснюється діяльність суб'єктів правовідносин. Об'єктом цивільних правовідносин є певні блага, матеріального та (або) нематеріального характеру, які тісно пов'язані із суб'єктом та відносно яких складаються цивільні правовідносини.



2. Відповідно до ст. 433 ЦК України, ст. 8 Закону України «Про авторське право і суміжні права» об'єктами авторського права є твори. Чинне законодавство не містить визначення поняття твору, хоча вказує на ті критерії, яким він повинен відповідати, щоб користуватися правовою охороною.

3. Творчість визначається як самостійна діяльність, в результаті якої створюється твір, що відрізняється новизною. Новизна виступає необхідним елементом будь-якої творчої діяльності, своєрідним синонімом оригінальності твору.

4. Твір як результат творчої діяльності людини стає об'єктом авторських прав лише за умови, що він виражений в якійсь об'єктивній формі. Об'єктивна форма твору — це зовнішній вираз думок або переживань автора.

### Література

1. Никитина М. И. Авторское право на произведения науки, литературы и искусства / М. И. Никитина. — Казань : Изд-во Казан. ун-та, 1972. — 135 с.
2. Иоффе О. С. Советское гражданское право / О. С. Иоффе. — М. : Юрид. лит., 1967. — 494 с.
3. Гражданское право : учебник. В 3 т. Т. 1 / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М. : Проспект, 2005. — 776 с.
4. Цивільне право України : підручник. У 2 кн. Кн. 1 / О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт [та ін.] ; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — К. : Юрінком Інтер, 2002. — 701 с.
5. Ган Б. М. Авторское право в редакционно-издательском деле / Б. М. Ган. — М. : Гизлегпром, 1932 — 79 с.
6. Ионас В. Я. Критерий творчества в авторском праве и судебной практике / В. Я. Ионас. — М. : Юрид. лит., 1963. — 138 с.
7. Гордон М. В. Советское авторское право / М. В. Гордон. — М. : Юрид. лит., 1955. — 308 с.
8. Серебровский В. И. Вопросы советского авторского права / В. И. Серебровский. — М. : Изд-во АН СССР, 1956. — 283 с.
9. Дроб'язко В. С. Право інтелектуальної власності : навч. посіб. / В. С. Дроб'язко, Р. В. Дроб'язко. — К. : Юрінком Інтер, 2004. — 512 с.
10. Хейфец И. Я. Авторское право / И. Я. Хейфец. — М. : Сов. законодательство, 1931. — 216 с.
11. Дахно І. І. Право інтелектуальної власності : навч. посіб. / І. І. Дахно. — К. : Либідь, 2002. — 200 с.

### Анотація

**Кетрарь А. А. Поняття та ознаки об'єкта авторського права.** — Стаття.

Стаття присвячена розгляду таких понять, як об'єкт права, об'єкт цивільних правовідносин, об'єкт авторського права. Висвітлено питання співвідношення об'єкта авторського права та поняття твору. Окремо визначені та охарактеризовані основні ознаки, завдяки яким твір набуває авторсько-правової охорони.

**Ключові слова:** об'єкт права, об'єкт цивільних правовідносин, об'єкт авторського права, твір, творчість, новизна, об'єктивна форма твору.

### Аннотация

**Кетрарь А. А. Понятие и признаки объекта авторского права.** — Статья.

Статья посвящена рассмотрению таких понятий, как объект права, объект гражданских правоотношений, объект авторского права. Рассмотрен вопрос соотношения объекта авторского права и понятия произведения. Охарактеризованы также и основные признаки, благодаря которым произведение становится объектом авторско-правовой охраны.

**Ключевые слова:** объект права, объект гражданских правоотношений, объект авторского права, произведение, творчество, новизна, объективная форма произведения.

### Summary

**Ketrar Anna. Concept and Signs of Object of the Copyright. — Article.**

Article is devoted consideration of such concepts as object of the right, object of civil legal relationship, object of the copyright. The question of a parity of object of the copyright and concept of product is considered. The article have characterized off the basic signs thanks to which product becomes object of the copyright.

**Keywords:** object of the right, object of civil legal relationship, object of the copyright, product, creativity, novelty, the objective form of product.

УДК 347.51:347.734:336.717(410)

*G. Mykhailiuk*

### CIVIL LIABILITY OF THE BANKS IN THE SPHERE OF NON-TRADITIONAL BANKING TRANSACTIONS AND SERVICES (THE EXPERIENCE OF THE UNITED KINGDOM)

The present article examines claims which may be made against banks as sellers of sophisticated and complex products such as non-traditional banking transactions and the author will concentrate also on the civil liability of banks. However, especially against the backdrop of the prevailing financial crisis, some of the instruments have or may result in significant liabilities for buyers. Some corporate buyers may accordingly now be inclined to argue that their treasury or finance departments lacked the detailed knowledge required for a full understanding of these products and that, as a result, reliance was placed on the seller to provide an explanation of the merits of the arrangements [5, 471]. To place the legal category in its proper context, we will begin an outline of the way banking liability is controlled in the United Kingdom.

Banks (and other financial institutions) run the risk of being caught up in the fraud of third parties because of their position as the holders and transmitters of funds. A bank becomes the potential object of litigation where it has provided banking services to the persons behaving in a fraudulent or improper manner. The claim is that the bank has in some way become implicated in the wrongdoing.

One or more banks will almost inevitably be involved in every fraud of any size, if only as the means of money transmission. Funds necessarily move through the banking system. This put banks in the front line. It is a fact recognised by the importance attached to the institutional precautions against money laundering. Banks may also exposed to liability when providing services, if by so doing they are seen to have been in some way accessory to or assisted in the fraud.

Regulations 74–79 of the 2009 Regulations [9] contain various provisions dealing with the liability of the payment service provider in relation to the execution of transactions.

Specifically:

(a) A payment service provider may supply to his user a code (referred to in the

2009 Regulations as a 'unique identifier') for his payment account. Where a transaction is executed in accordance with such a unique identifier, it is deemed to have been correctly executed by the payment service provider, so that it can have no liability to the payer in respect of that transaction. Where the user provides an incorrect unique identifier, the provider is likewise not liable for non-execution or defective execution of the requested transaction. So, if the payer provides an account number and a sort code, the bank has no liability for transferring funds to that account even if the account number does not correspond to the name of the intended payee. The provider must, however, use his reasonable endeavours to recover any funds which have been disbursed, and may charge a fee for such recovery if the framework agreement so permits;

(b) Where a payment transaction is initiated by the payer, his service provider is strictly liable for its execution. The result is that the payment service provider must refund the amount of the transaction to the payer unless it can prove that the amount was actually received by the payee's service provider. In addition to the refund obligation, the payer's service provider must make immediate efforts to trace any payment which appears to have gone astray, and must inform the payer of the outcome;

(c) if, in such a case, it can be proved that the funds reached the account of the payee's service provider, then that service provider must make that amount available to the payee and credit his account accordingly;

(d) The position is little different where the payment order is initiated by the payee, as in the case of a direct debit. The payee's provider is liable for the correct transmission of the payment order within the time limits necessary to secure payment on the due date. Where required the payee's service provider must chase up any missing payment and advise the payee of the outcome. If the payee's service provider can demonstrate that it is not liable under these provisions (i.e. that it sent the correct information to the payer's service provider in order to initiate the payment), then any liability for a failure or defect in the execution of the payment order is placed onto the payer's provider. In that event, the payer's provider must refund the relevant amount to the payer and restore the payer's account to its previous position;

(e) in addition, a payment service provider (usually, that of the payer) will be liable to its user for any charges or interest for which the user becomes liable as a result of the non-execution or defective execution of a payment transaction. It may be noted that there is no cap on this liability, either as to time or as to amount and, since this statutory right to compensation, the usual obligation to mitigate losses in a contractual context will not apply. Nevertheless, it is submitted that the liability of the payment service provider is limited to the interest and charges suffered by the payer until the date on which he notifies the service provider of the defective or non-execution of the payment order and, since the payer is obliged to notify the provider without undue delay when it becomes aware that the transaction has not been executed, this would appear to provide an effective cap on the period of the providers liability. But the payer may become responsible

for significant rates of interest as a result of the non-payment, and it seems that there is no cap on the service provider's liability in this sense;

(f) a payment service provider is allowed a right of indemnity against intermediaries responsible for errors which result in an obligation on the provider to reimburse or compensate his user;

(g) finally, it is not generally possible for an obligation to pay money to be terminated by reason of the application of the doctrine of frustration. However, a payment service provider is specifically absolved from liability in the event of force majeure, that is, when non-performance of an obligation under the above provisions results from '... abnormal and unforeseeable circumstances beyond the person's control, the consequences of which would have been unavoidable despite all efforts to the contrary...'. In addition, a service provider is excused if he is unable to perform an obligation as a result of some countervailing duty under Community or national law (e.g. as a result of the provisions of laws dealing with money laundering or terrorist financing) [5, 108-109].

In fact it is likely that the buyer's or the customer's claim will be formulated under a permutation of the following headings:

- 1) a breach of contractual duty to advise;
- 2) negligent misstatement; or
- 3) breach of fiduciary duty.

It is true to say that the UK law is based on the precedents and the most important case in the sphere of these headings if they were all pleaded is *JP Morgan Chase v Springwell Navigation Corp* [12]. The approach is consistent with the broader view that a bank does not generally owe a duty to advise the customer on the merits of any transaction which the customer is to enter into with the bank or more usually with a third party with the assistance of funding provided by the bank, unless the bank has expressly or impliedly assumed an advisory obligation [5, 473]. Courts in the United States have also tended to view that statements made in the context of transactions of this kind are more likely simply to describe the product, and are not intended to amount to formal representations on which the client is entitled to rely.

As might be expected, the position differs where the bank is acting as an adviser or manager in relation to the client's portfolio of investments. In such a case, the bank will plainly owe a duty to act with reasonable care [5, 476].

Prof. Hooley reported that a constructive trust claim is often the means by which the defrauded party seeks to hold the bank liable. In theory, other causes of action may be available against a bank, but in practice it is a constructive trust claim that is most likely to be relied on by the defrauded party. Other causes of action include:

- Where a bank still holds funds that represent the proceeds of fraud, the defrauded party may be able to trace those funds in equity and assert a proprietary claim to them. But such a tracing claim is lost where the funds have been paid into an overdrawn account or have been paid away by the bank.
- Where a paper instrument is collected by a bank for a customer with no title,

the bank may be liable in conversion to the true owner of the instrument, although the bank usually has a complete defence to the claim where it can show that it has been negligent and has followed standard banking practice. Furthermore, the tort of conversion does not apply where money are transferred by electronic means.

- As between the paying bank and its own customer, it is doubtful that a constructive trust claim will succeed unless the bank was in breach of its contractual duty of care in executing its customer's payment instruction (in which case a separate claim in constructive trust becomes redundant); and a bank is obliged to follow payment instructions unless on notice fraud.

- As regards a non-customer, there is a general reluctance to impose a duty of care in tort on a bank receiving funds [6, 679].

Prof. Sealy LS defines banks civil liability into two types. The first type of liability is generally known as liability for 'knowing receipt'. The second type of liability was known as liability for 'knowing assistance' until a change in the law in 1995 made more appropriate to refer to it as liability for 'dishonest assistance'. In both cases liability is personal and not proprietary. These two types of liability are fundamentally different.

The basis of liability in a case of knowing receipt is quite different from that in a case of dishonest assistance. One is receipt-based liability which may on examination prove to be either a vindication of persistent property rights or a personal restitutionary claim based on unjust enrichment by subtraction; the other is a fault-based liability as an accessory to a breach of fiduciary duty.

However, until the issue is authoritatively decided upon by the higher courts, the precise relationship between liability under the receipt category of constructive trusteeship and the law of restitution remains unclear and uncertain under the English law.

Liability for dishonest assistance will be imposed on anyone who has dishonestly been accessory to, or assisted in, a disposition of proprietary breach of trust or other fiduciary duty obligation. In such a case the accessory or assister is traditionally described as a 'constructive trustee' and said to be liable to account as a constructive trustee. However, as the accessory or assister does not have to receive any trust property for this type of liability to arise, it seems misleading to describe him as a trustee at all.

There are four requirements for accessory liability to be imposed:

- 1) there must have been a trust or other fiduciary relationship;
- 2) there must have been a misfeasance or other breach of trust (dishonest or fraudulent);
- 3) the person upon whom the liability is to be imposed must, as a matter of fact, have been accessory to, or assisted in, the misfeasance or breach of trust;
- 4) the accessory must have been dishonest.

In many cases banks will not find it easy to avoid the charge that they were accessory to or assisted in a breach of trust, especially one that involves the fraudulent misapplication of trust funds. The provision of banking services to persons behaving in fraudulent or improper manner often exposes a bank to potential

liability under his head. The misapplied trust funds will usually be held in bank accounts and moved between bank accounts. The bank that hold those accounts, as well as any other bank involved as an intermediary in the funds transfer process, run the risk of being accused of providing assistance to the dishonest fiduciary [6, 683].

The liability of a recipient of property disposed of in breach of trust is generally known as liability for knowing receipt. Liability is personal and is to restore the value of any property received in breach of trust (for the purpose of claiming a contribution from another wrongdoer under the Civil Liability (Contribution) Act 1978 the remedy for knowing receipt is deemed to be 'compensatory') [8].

Ewan Mc Kendrick is being to suggest that there are three requirements, all of which must be met, for liability to arise under this category. First, a disposal of his assets in breach of fiduciary duty, secondly, the beneficial receipt by the defendant of assets which are traceable as representing the assets of the claimant and thirdly, knowledge on the part of the defendant that the assets he received are traceable to a breach of fiduciary duty.

Disposal of assets is concerned with that of the person who receives for his own benefit trust property transferred to him in breach of trust. He is liable as a constructive trustee if he receives with notice, actual or constructive, that it was trust property and that the transfer to him was a breach of trust; or he received it without notice but subsequently discovered the facts. In either case he is liable to account for the property, in the first case as from the time he received the property and in the second as from the time he acquired the notice.

It seems to follow from the above discussion that a sophisticated client will frequently encounter difficulty in establishing recourse to a bank which has sold him a complex financial product, at least provided that the bank has not specifically misrepresented the position to him and he receives documentation which contains a fair and accurate description of the product before he became committed to the transaction. Even if a the bank is found to be in breach of a contractual or other duty, the client may still have to overcome obstacles to demonstrate that such advice was the proximate cause of his loss.

The sphere if bank's liability is also regulated by the Banking Code of the UK, although the legal system of the UK is not codified, the certain types of Codes exist, which are concerned as legal Acts. The Code was created as a result of recommendations made by the Jack Committee which had been established to 'examine the statute and common law relating to the provision of banking services within the United Kingdom to personal and business customers' [1, 122].

The Banking Code plays a great role of self-regulation more generally in the control of the relationship between customer and bank. It has brought advantages for the consumer, as well as allowing a degree of flexibility for the banking industry [7]. The Government has shown its confidence in self-regulation through some provisions of the Enterprise Act 2002 [9].

It is necessary to emphasize that it is not always obvious that breach of provisions of the Banking Code will give rise to civil liability. There will be some cases where

the provisions of the Banking Code may be said to constitute trade usage, or otherwise constitute an implied term of the contract. In other cases, and perhaps more commonly, the Code will have no effect upon the legal responsibilities owed by the bank to consumer. The Code may be taken to represent good practice, but not necessarily to represent, nor even less to create, a legal duty [1, 125].

As it can be seen several matters run through in the above examined article but a lot of points of banks liability still remain unclear and uncertain. Improving civil liability of the banks is unquestionably important, but it should be remembered that there will always be a vital role for regulation where consumers should be aware of the deeds and transactions they conclude with banks.

### Sources

1. Cartwright P. Banks, Consumers and Regulation / P. Cartwright. — Oxford : Oxford and Portland Oregon, 2004. — 258 p.
2. Ellinger E. P. Ellinger's Modern Banking Law / E. P. Ellinger, E. Lomnicka, R. J. A. Hooley. — 4th ed. — Oxford : Oxford University Press, 2009. — 886 p.
3. Hudson A. The Law of Finance / A. Hudson. — London : Sweet & Maxwell, 2009. — 1428 p.
4. McKendrick E. Goode on Commercial Law / E. McKendrick. — 4th ed. — London : Penguin Books, 2010. — 1436 p.
5. Proctor C. The Law and Practice of International Banking / C. Proctor. — Oxford : Oxford University Press, 2010. — 844 p.
6. Sealy LS, Hooley RJA Commercial Law. Text, cases and materials. — New York ; Oxford University Press, 2009. — 1325 p.
7. The Banking Code (March 2003). — <http://www.bankingcode.org.uk/home.htm>.
8. Civil Liability (Contribution) Act 1978. — <http://www.a-level-law.com/tort/tortfeasors/act.pdf>.
9. Enterprise Act 2002. — <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/40/contents>.
10. Financial Services and Markets Act 2000. — <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/8/contents>.
11. Payment Service Regulations 1 November 2009. — <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2009/2009/contents/made>.
12. JP Morgan Chase v. Springwell Navigation Corp [2008] EWHC 1186 (Comm).

### Summary

**Mykhailiuk G. O. Civil Liability of the Banks in the Sphere of Non-Traditional Banking Transactions and Services (the Experience of the United Kingdom).** — Article.

The article is devoted to the analysis of civil liability of the banks in the sphere of non-traditional banking transactions and services according to the experience of the United Kingdom. The existing main problems in the sphere of bank's civil liability are stated, the areas, in which priority directions and drafts in this sphere of civil legal regulation are defined. The analysis is conducted with taking into account the existent legal norms in the legislation and case law of the United Kingdom through this question.

**Keywords:** civil liability, execution of transactions, claim, contractual duty, breach of fiduciary duty.

### Анотація

**Михайлюк Г. О. Цивільно-правова відповідальність банків у сфері здійснення нетрадиційних банківських операцій та послуг (досвід Великобританії).** — Стаття.

Стаття присвячена аналізу цивільно-правової відповідальності банків у сфері здійснення нетрадиційних банківських операцій та послуг за досвідом Великобританії. Зазначаються основні проблеми, які існують у сфері цивільно-правової відповідальності банків, окреслюються області, в які повинні бути спрямовані пріоритетні напрями та розробки у даній сфері цивільно-правово-

го регулювання. Аналіз проведений з урахуванням існуючих правових норм у законодавстві та прецедентному праві Великобританії з цього питання.

*Ключові слова:* цивільно-правова відповідальність, виконання операцій, позов, обов'язки за договором, порушення фідучіарних обов'язків.

### Анотація

*Михайлюк Г. О.* Гражданско-правовая ответственность банков в сфере осуществления нетрадиционных банковских операций и услуг (опыт Великобритании). — Статья.

Статья посвящена анализу гражданско-правовой ответственности банков в сфере осуществления нетрадиционных банковских операций и услуг согласно опыту Великобритании. Указываются основные проблемы, которые существуют в сфере гражданско-правовой ответственности банков, определяются области, в которые должны быть направлены приоритетные разработки в этой сфере гражданско-правового регулирования. Анализ произведен с учетом существующих правовых норм в законодательстве и прецедентном праве Великобритании по этому вопросу.

*Ключевые слова:* гражданско-правовая ответственность, исполнение операций, иск, обязательства за договором, нарушение фидуциарных обязательств.

УДК 347.726.:334.736

*Д. Д. Позова*

### ЖИТЛОВО-БУДІВЕЛЬНИЙ КООПЕРАТИВ ЯК КООПЕРАТИВ СПОЖИВЧОГО ТИПУ

У зв'язку із переходом України до ринкових відносин і приватноправових засад задоволення житлових потреб громадян, в умовах низької середньої забезпеченості житлом та недоступності іпотечного кредитування для широких верств населення з одночасним скороченням обсягів державного фінансування житлового будівництва актуальним є дослідження житлово-будівельного кооперативу як організаційно-правової форми для самостійного, ініціативного вирішення проблеми житла. Застарілість актів правового регулювання житлово-будівельних кооперативів зумовлює необхідність всебічного та ґрунтовного вивчення їх правового становища з позицій сучасних соціально-економічних та правових реалій і розробки пропозицій щодо його вдосконалення.

Хоча висвітленню теоретичних і практичних аспектів функціонування кооперативу, окремих його типів і видів (споживчих, кредитних, сільськогосподарських виробничих та обслуговуючих) присвячено чимало наукових праць (С. Г. Бабенко, О. Г. Волкової, О. В. Гафурової, С. Д. Гелея, Я. З. Гаєцької-Колотило, В. В. Гончаренко, А. В. Зеліско, В. В. Зіновчука, О. Зубатенко, І. М. Кучеренко, В. М. Масіна, Т. П. Проценко, В. І. Семчика, О. В. Сергійко, Ю. С. Шемчушенко, В. Уркевич та інших), житлово-будівельні кооперативи як різновид кооперативів не були об'єктом комплексного дослідження вчених в Україні. Окремі правові аспекти їхньої організації та діяльності досліджували: А. Боровська, І. Величко, М. К. Галянтич, В. Добровський, Н. Доценко-Белоус, О. Зубатенко, В. Кобилянський, І. М. Кучеренко, О. Кушина, І. Львова, В. Луцюк,



І. Назарбаєва, Д. Сичкарь, С. Подзе, І. Чалий тощо. Разом з тим невирішеною залишається низка питань теоретичного та практичного характеру, серед них — проблема типової приналежності житлово-будівельного кооперативу.

Метою даної статті є обґрунтування типової приналежності житлово-будівельного кооперативу до кооперативів споживчого типу.

Перш за все, зазначимо, що законодавчо тип житлово-будівельного кооперативу не визначений, у зв'язку з чим набувають значення правозастосовний та доктринальний підходи до розв'язання даної проблеми.

У правозастосовній практиці, у тому числі під час державної реєстрації, дотримуються позиції, висловленої Державним комітетом України з питань регуляторної політики та підприємництва, згідно з якою житлово-будівельний кооператив є обслуговуючим кооперативом [1]. Серед науковців відсутня єдина точка зору з цього приводу: одні правники відносять житлово-будівельний кооператив до споживчих кооперативів [2–4], інші — до обслуговуючих [5–10], також висловлюється думка, що це може бути як виробничий, так і споживчий кооператив [11].

Слід підкреслити, що визначення типової приналежності житлово-будівельного кооперативу є важливим у теоретичному плані, оскільки дозволяє визначити його місце серед кооперативних організацій та у системі юридичних осіб приватного права за Цивільним кодексом України [12] (надалі — ЦК України), зокрема віднести його до підприємницьких або непідприємницьких товариств. Крім того, вирішення даної проблеми має прикладне значення, оскільки в статуті кооперативу має бути визначено його тип, у зв'язку з чим можуть виникати труднощі під час державної реєстрації у виконавчих органах місцевого самоврядування, а також це спричиняє певні правові наслідки, зокрема, можливість набуття житлово-будівельним кооперативом статусу неприбуткової організації.

Думається, що для визначення типу житлово-будівельного кооперативу необхідно встановити відповідність кожного із типів кооперативу обслуговуючого, споживчого та виробничого — меті створення житлово-будівельного кооперативу.

Як справедливо зазначає В. Н. Літовкін, житлова потреба завжди залишалась абсолютною загальнолюською матеріальною потребою. Біологічна потреба у житлі функціонує не тільки на рівні окремої особистості, соціальної групи, але й на рівні суспільства в цілому, тобто діє абсолютно в соціальному виді. Значення цієї суспільної потреби полягає в тому, що від її задоволення залежить відтворення життя суспільства [13, 3]. В. П. Маслов визначає житлову потребу як прогресивну змінювану сутність як у кількісному, так і якісному відношенні [14, 8].

З огляду на запроваджений ст. 47 Конституції України приватноправовий принцип вирішення житлової проблеми [15, 98] житлово-будівельний кооператив виступає однією із форм реалізації проголошеного права кожного на житло. Адже метою його діяльності є задоволення житлових та комунально-побутових потреб членів кооперативу шляхом їх спільної участі за рахунок

власних коштів у будівництві або реконструкції житлового будинку і наступному управлінні та комунально-побутовому його обслуговуванні.

Виробничий кооператив відповідно до ЦК України та Закону України «Про кооперацію» [16] створюється для спільної виробничої або іншої господарської діяльності на засадах їх обов'язкової трудової участі з метою одержання прибутку, тобто відноситься до підприємницьких товариств. Навряд чи віднесення житлово-будівельного кооперативу до виробничого кооперативу відповідає меті його створення: здійснюючи підприємницьку діяльність, такий кооператив буде намагатися якомога вигідніше для себе продати збудоване житло за ринковими цінами, а не забезпечити житлом громадян на прийнятних для них умовах. Втім, організація житлово-будівельного кооперативу як виробничого задля провадження господарської діяльності з метою отримання прибутку законодавством не заборонено і в природі можливе. Думається, що з метою розмежування таких кооперативів доцільно було б вживати для позначення житлово-будівельних кооперативів виробничого типу у науковому обігу та у законодавстві назву «будівельні кооперативи».

Відповідно до Закону України «Про кооперацію» обслуговуючий кооператив утворюється для надання послуг переважно членам кооперативу, а також іншим особам в обсягах, що не перевищують 20 % загального обороту кооперативу, з метою провадження їх господарської діяльності. Отже, закон не визначає конкретні види послуг, які становлять предмет діяльності цих кооперативів і пов'язує їх зі спрямованістю на забезпечення господарської діяльності.

Споживчий кооператив утворюється для організації торговельного обслуговування, заготівель сільськогосподарської продукції, сировини, виробництва продукції та надання інших послуг з метою задоволення споживчих потреб його членів. Тобто діяльність споживчих кооперативів також полягає у наданні послуг, при цьому наводиться невичерпний перелік їхніх видів та вказується їх спрямованість на задоволення споживчих потреб.

Відповідно до ЦК України послуги та результати робіт визначені як самостійні об'єкти цивільних прав. У науковій літературі обґрунтовується, що послуги передбачають виконання робіт, які не призводять до очевидного матеріалізованого результату і споживаються у процесі вчинення виконавцем відповідних дій, а виконання робіт спрямовано на досягнення матеріального результату, який може полягати у створенні речі, її переробці, обробці тощо [3, 195; 17, 233]. Професор Є. О. Харитонов зазначає, що результат дій (роботи) може бути як матеріальний, так і нематеріальний, а деякі послуги можуть мати матеріальний результат, але цей результат невіддільний від самої дії чи діяльності [17, 196]. З огляду на викладене, видається більш коректним визначати предмет діяльності обслуговуючих та споживчих кооперативів як надання послуг та/або виконання робіт.

Таким чином, споживчий та обслуговуючий кооператив, на відміну від виробничого, не мають на меті отримання прибутку. Крім того, виходячи із їх дефініцій у законі та з огляду на відсутність спеціального регулювання діяльності обслуговуючих кооперативів, вони можуть видаватися дуже схожими.

Це, на наш погляд, є однією із причин, яка зумовлює плюралізм точок зору щодо визначення типу житлово-будівельного кооперативу.

Думається, що віднесення житлово-будівельного кооперативу до обслуговуючого або споживчого типу залежить від їх чіткого розмежування. На підставі аналізу їх визначень у законі, можна виділити для цього такі критерії: 1) можливість надання послуг та/або виконання робіт для осіб, які не є членами кооперативу, 2) мета діяльності кооперативу — забезпечення господарської діяльності або задоволення споживчих потреб своїх членів.

Відповідно до першого критерію обслуговуючі кооперативи можуть надавати послуги та/або виконувати роботи не лише для своїх членів, а й для інших осіб, що прямо закріплено у законі, водночас підкреслюється переважність обслуговування членів кооперативу та нормативно обмежується обсяг послуг, які можуть надаватись іншим особам — не більше 20 % загального обороту кооперативу.

Споживчі кооперативи, виходячи з їх визначення у законі, можуть надавати послуги та/або виконувати роботи лише для своїх членів. Хоча у науковій літературі можна зустріти точку зору, що, з одного боку, споживчі кооперативи взагалі можуть не обслуговувати інших осіб, з іншого боку, кількість послуг іншим особам не обмежується, за винятком загальної заборони — відволікання майна споживчих товариств та їх спілок на цілі, не пов'язані з їх статутною діяльністю [18, 108].

Однак критерій можливості обслуговування осіб, які не є членами кооперативу, не дозволяє чітко розмежувати обслуговуючий та споживчий типи кооперативів. Як зазначає В. А. Рибаків, споживча кооперація вже давно обслуговує не тільки своїх членів, а й все сільське, а частково й міське населення [19, 58]. А. О. Пантелеймоненко, вивчаючи сутність неприбуткової природи кооперативних організацій, формулює три основні економічні причини роботи кооперативу з не членами та вказує на історичні корені цього явища [20].

Отже, практичне розмежування обслуговуючого та споживчого кооперативів залежить від визначення мети їх діяльності — забезпечення господарської діяльності або задоволення споживчих потреб. Відповідно до ст. 262 Господарського кодексу України [21] (надалі — ГК України) розрізняється виробництво продукції виробничо-технічного призначення та виробів народного споживання. У першому випадку мова йде про матеріальні блага, призначені для використання у сфері виробництва в якості засобів виробництва, а в другому — для використання у сфері особистого споживання. В економічній літературі, відповідно, говорять про засоби виробництва, які створюються для потреб самого виробництва, і предмети споживання, які призначаються для безпосереднього задоволення особистих потреб людей [22]. Функціональне призначення виробництва полягає у забезпеченні споживання [23], під яким у науковій літературі розуміють використання товарів та послуг для задоволення індивідуальних та колективних потреб. При цьому розрізняють виробниче, тобто споживання засобів виробництва для виготовлення певного продукту, та невиробниче споживання, більшу частину якого становить особисте споживання — вико-

ристання людиною виробленого продукту для забезпечення своєї життєдіяльності [22].

На підставі викладеного, можна зробити висновок, що у ст. 262 ГК України йдеться про виробничо-технічне (виробниче) та особисте споживання. Таким чином, якщо послуги (результати робіт), що надаються (виконуються) кооперативом, передбачають їх виробничо-технічне споживання, тобто забезпечують господарську діяльність його членів, то кооператив за своїм типом є обслуговуючим. Якщо ж кооператив надає послуги та/або виконує роботи, результати яких підлягають особистому споживанню його членів, іншими словами, задовольняє їх споживчі потреби, то перед нами — споживчий кооператив.

На підставі проведеного розмежування споживчого та обслуговуючого кооперативу, можна визначити типову приналежність житлово-будівельного кооперативу, виходячи з наступного. В економічній літературі зазначається, що житло поєднує у собі широкі споживчі властивості (статичність, довговічність, унікальність, корисність, неможливість безпосереднього споживання) та високу капітальну цінність (ліквідність, доходність, інвестиційна привабливість) [24]. Відповідно до ст. 379 ЦК України житлом фізичної особи є житловий будинок, квартира, інше приміщення, призначені та придатні для постійного проживання в них. Не можуть вважатися житлом окремі виробничі приміщення, вагончики, підвали, комори, гаражі, збірно-розбірні, пересувні, контейнерні та інші підсобні споруди, а також приміщення, призначені для тимчасового (готель, лікарня) або недобровільного (місце ув'язнення) перебування особи [25, 26]. Відповідно до ст. 4 Житлового кодексу Української РСР [26] до житлового фонду не входять нежилі приміщення в жилих будинках, призначені для торговельних, побутових та інших потреб непромислового характеру. Крім того, ЦК України передбачає використання житла лише за своїм призначенням — для постійного проживання власника, членів його сім'ї або інших осіб і забороняє використовувати його для промислового виробництва (ст. ст. 379, 383 ЦК України). Використання житла за призначенням та заборона надавати приміщення у жилих будинках для потреб промислового характеру встановлюються також нормами Житлового кодексу Української РСР.

На підставі викладеного, можна зробити висновок, що житло є предметом споживання і не може використовуватися як засіб виробництва, що зумовлює його особисте споживання, спрямоване на задоволення житлових потреб людини. Як зазначає В. Н. Літовкін, по мірі споживання та природного зношення житлового фонду зменшується і вартість жилих будинків, тобто їх вартість не відтворюється, не створюється нова вартість, і тому споживання носить невиробничий характер. Зношення всього житлового фонду входить до складу фонду особистого споживання матеріальних благ національного доходу [13, 3].

Отже, метою житлово-будівельного кооперативу, як і будь-якого споживчого кооперативу, є задоволення житлових, як складової споживчих, потреб людини, тому він є кооперативом споживчого типу, що зумовлює віднесення його до непідприємницьких товариств за ЦК України.

Крім того, аналіз історії виникнення та розвитку перших у світі та вітчизняних житлово-будівельних кооперативів свідчить про те, що їх поява нерозривно пов'язана із зародженням споживчої кооперації: задоволення житлових потреб своїх членів шляхом будівництва було на початку одним із її першочергових завдань.

До речі, Житловий кодекс Російської Федерації прямо передбачив, що житлові та житлово-будівельні кооперативи є споживчими кооперативами. У проєкті Житлового кодексу України пропонується визначення житлово-будівельного і житлового кооперативу як споживчих товариств [27]. Зауважимо, що відповідно до Закону України «Про кооперацію» поняття споживчого кооперативу і споживчого товариства ототожнюються.

Крім того, з метою уникнення віднесення житлово-будівельного кооперативу до обслуговуючого типу вважаємо за необхідне узгодити норми ГК України та Закону України «Про кооперацію» з приводу класифікації кооперативів: у першому випадку виділяються види кооперативів, а у другому — типи і види кооперативів. Оскільки у ст. 94 ГК України серед видів кооперативів називаються виробничі, споживчі і житлові, деякі автори, виходячи із правонаступності цих класифікацій за часом прийняття, вважають, що житловий кооператив є обслуговуючим, оскільки останній у цій статті не згадується. Однак навряд чи можна говорити про правонаступництво у даному випадку, оскільки Закон України «Про кооперацію» є спеціальним нормативно-правовим актом, який визначає правові, організаційні, економічні та соціальні основи функціонування кооперації, тому час прийняття ГК України в даному випадку не має значення. Не зовсім вірним видається також порівняння цих двох класифікацій, оскільки у ГК України фактично допускається змішування категорій типу і виду, які не є тотожними і співвідносяться як ціле і частина: тип є більш широким за значенням поняттям і виділяється на підставі істотних ознак, зв'язків, функцій, відносин та рівнів організації досліджуваного об'єкта, види виокремлюються в рамках типу за специфічними ознаками, проявами, властивостями і не можуть виходити за межі обсягу поняття типу.

У зв'язку із викладеним, вважаємо за доцільне внести зміни до ч. 1 ст. 94 ГК України і викласти її в наступній редакції: «Кооперативи як добровільні об'єднання громадян з метою спільного вирішення ними економічних, соціально-побутових та інших питань можуть створюватися в різних галузях (житлово-будівельні, житлові, торговельно-закупівельні, транспортні, освітні, туристичні, медичні тощо). Діяльність різних видів кооперативів регулюється законом.».

Вважаємо, що визначення типу житлово-будівельного кооперативу потребує свого законодавчого закріплення, зокрема у спеціальному законі, який би урегулював правовий статус та діяльність житлово-будівельних кооперативів, а також інших видів житлової кооперації, як існуючих, так і тих, запровадження яких передбачається. На наш погляд, це сприятиме правильному відтворенню і розумінню правової природи житлово-будівельних кооперативів, дозволить уникнути непорозумінь під час правозастосування і забезпечить їх подальший розвиток.

## Література

1. Лист Державного комітету України з питань регуляторної політики і підприємництва від 23 лютого 2007 року № 1352 // Бухгалтерія. Право. Налоги. Консультації. — 2007. — № 22. — С. 34–35.
2. Галантич М. К. Теоретико-правові засади реалізації житлових прав громадян в умовах ринкових перетворень / М. К. Галантич. — К. : НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, 2006. — 512 с.
3. Дзера О. В. Цивільне право України. Загальна частина : підручник / О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова, Р. А. Майданик. — [3-тє вид., переробл. і допов.]. — К. : Юрінком Інтер, 2010. — 976 с.
4. Мічурін Є. О. Житлове право України : наук.-практ. посіб. / Є. О. Мічурін, С. О. Сліпченко, О. В. Соболев. — Х. : Еспада, 2001. — 318 с.
5. Боровская А. ЖСК : анализируем ключевые характеристики // Строительная деятельность. — 2009. — № 12. — С. 12–14.
6. Величко И. «Прибыльный» и «неприбыльный» ЖСК: нюансы налогового учета // Строительная деятельность. — 2009. — № 12. — С. 23–28.
7. Доценко-Белоус Н. Жилищно-строительный кооператив : модель финансирования жилого строительства // Бухгалтерія. Право. Налоги. Консультації. — 2007. — № 22. — С. 40–45.
8. Кушина Е. ЖСК как неприбыльная организация // Бухгалтерія. Право. Налоги. Консультації. — 2007. — № 22. — С. 62–66.
9. Назарбаева И. Учетные особенности ЖСК : пассив капитал и не только // Бухгалтерія. Право. Налоги. Консультації. — 2007. — № 22. — С. 51–56.
10. Хозяйственное право Украины : учебник / под ред. А. С. Васильева, О. П. Подчерковного. — [3-е изд., перераб. и доп.]. — Х. : ООО «Одиссей», 2008. — 488 с.
11. Підприємницьке право : підручник / за ред. О. В. Старцева. — [2-ге вид., переробл. і допов.]. — К. : Істина, 2005. — 600 с.
12. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. — Ст. 1308.
13. Литовкин В. Н. Общественная система удовлетворения жилищных потребностей граждан // Жилищное право. — 2004. — № 1. — С. 3–25.
14. Маслов В. П. Радянське житлове право / В. П. Маслов. — К. : Вища шк., 1973. — 175 с.
15. Галантич М. Розвиток житлового законодавства України : цивільно-правові проблеми забезпечення житлових прав людини // Право України. — 2004. — № 11. — С. 98–103.
16. Про кооперацію : Закон України // Відомості Верховної Ради. — 2004. — № 5. — Ст. 40.
17. Харитонов Є. О. Цивільне право України : підручник / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova, О. В. Старцев. — [2-ге вид., переробл. і допов.]. — К. : Істина, 2009. — 816 с.
18. Загнітко О. Кооперативи як суб'єкти господарювання / О. Загнітко, В. Малига // Підприємництво, господарство і право. — 2004. — № 11. — С. 103–109.
19. Кучеренко І. М. Місце споживчих товариств у системі непідприємницьких кооперативів // Університетські наукові записки. — 2005. — № 3. — С. 52–59.
20. Пантелеймоненко А. О. Неприбуткова природа кооперативних організацій [Електронний ресурс] // Українська кооперація. — 2009. — № 2. — Режим доступу : <http://www.ukrcoop-journal.com.ua/2009-2/num/pantelejmonenko.htm>.
21. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради. — 2003. — № 18–22. — Ст. 418.
22. Герасименко С. С. Статистика : навч. посіб. [Електронний ресурс] / С. С. Герасименко, А. В. Головач, А. М. Єріна. — [2-ге вид., переробл. і допов.]. — К. : КНЕУ, 2000. — 467 с. — Режим доступу : <http://www.lection.com.ua/statistics/stat/zmist-statistika>.
23. Беляев О. О. Політична економія : навч. посіб. [Електронний ресурс] / О. О. Беляев, А. С. Бєбєло. — К. : КНЕУ, 2001. — 328 с. — Режим доступу : <http://www.studentbooks.com.ua/content/view/254/50/1/2/>.
24. Головаченко Н. Ю. Передумови цільового управління житлом різних правових та споживчих характеристик [Електронний ресурс] / Н. Ю. Головаченко, О. О. Головаченко. — Режим доступу : [http://www.rusnauka.com/4\\_SND\\_2009/Economics/40369.doc.htm](http://www.rusnauka.com/4_SND_2009/Economics/40369.doc.htm).
25. Житлове право України : навч. посіб. / за ред. Є. О. Харитонova. — К. : Істина, 2008. — 160 с.
26. Житловий кодекс Української РСР // Відомості Верховної Ради. — 1983. — № 28. — Ст. 193.

27. Проект Житлового кодексу України реєстр. № 2307 від 17 березня 2009 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.w1.cl.rada.gov.ua/pls/zweb\\_n/webproc4\\_1?id=&pf3511=32171](http://www.w1.cl.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=32171).

### Анотація

**Позова Д. Д. Житлово-будівельний кооператив як кооператив споживчого типу.** — Стаття. Стаття присвячена вирішенню проблеми типізації житлово-будівельного кооперативу, яка має важливе не тільки теоретичне, але й практичне значення. На підставі аналізу норм чинного законодавства і розмежування типів кооперативів автором обґрунтовується приналежність житлово-будівельного кооперативу до кооперативів споживчого типу.

**Ключові слова:** обслуговуючий, споживчий і виробничий кооперативи, житлово-будівельний кооператив, проблема типізації, житлова потреба.

### Аннотация

**Позова Д. Д. Жилищно-строительный кооператив как кооператив потребительского типа.** — Статья.

В статье рассматривается проблема типизации жилищно-строительного кооператива, которая имеет важное не только теоретическое, но и практическое значение. На основании анализа норм действующего законодательства и разграничения типов кооперативов автором обосновывается принадлежность жилищно-строительного кооператива к кооперативам потребительского типа.

**Ключевые слова:** обслуживающий, потребительский и производственный кооперативы, жилищно-строительный кооператив, проблема типизации, жилищная потребность.

### Summary

**Pozova D. D. Building and Loan Association As Consumer's Co-Operative Society.** — Article.

The article is dedicated to the solution of the problem of building and loan association's typification, which has theoretical and practical significance. On the grounds of analysis of the legislation in force and differentiation of association's types the author substantiates building and loan association as consumer's co-operative society.

**Keywords:** serving, consumer's and industrial co-operative societies, building and loan association, the problem of typification, housing necessity.

УДК 347.773.028

О. В. Сорвачов

## ОХОРОНА ПРОМИСЛОВИХ ЗРАЗКІВ

**Постановка проблеми.** Правова охорона, як свідчать назви спеціальних законів, які регулюють відносини стосовно прав на промислові зразки — висхідна ідея правового регулювання, яка проводиться в них на загальному та спеціальному рівні. Проте виникає запитання: яким чином вона забезпечується стосовно окремих об'єктів промислової власності, зокрема щодо промислових зразків? З одного боку, це пояснюється їх особливістю, зокрема тим, що вони найбільше наближені до нової продукції і товарів, можуть бути розроблені на основі інших об'єктів права промислової власності, а з другого — тим, що саме вони найбільше піддаються порушенню у виді підробки та інших проявів недобросовісної конкуренції. Відповідно при порушенні прав на промислові зразки

виникає можливість як скористатися цивільно-правовим механізмом охорони прав на промислові зразки на основі Закону України «Про охорону прав на промислові зразки» [1], так і господарсько-правовим — на основі Закону України «Про економічну конкуренцію» [2] так і обома відразу.

**Мета та завдання наукової статті** полягають в обґрунтуванні правової охорони промислових зразків та визначенні її елементів, напрямків та змісту. При визначенні цієї проблематики йдеться про підходи до поняття правова охорона взагалі (загальне поняття), правова охорона об'єктів промислової власності (родова ознака) та правова охорона промислових зразків (видовий підхід). Тож завдання статті встановитись у понятійному апараті, його елементах, ефективності чинного механізму правової охорони промислових зразків в Україні та на цій основі її покращити.

**Основний матеріал.** Насамперед слід встановитись дефініціях. На семантичному рівні чи через аутентичне тлумачення термін «охорона» сприймається як система державних і громадських заходів, спрямованих на збереження чогось, зокрема збереження об'єкта права інтелектуальної власності в недоторканності. В нормативних актах України у сфері інтелектуальної власності йдеться про діяльність у сфері правової охорони інтелектуальної власності чи правову охорону інтелектуальної власності. Науковці тлумачать охорону інтелектуальної власності як комплекс правових, організаційних, технічних та соціальних заходів, які спрямовані на недопущення незаконного використання об'єктів права інтелектуальної власності та порушення прав; система міжнародних і національних заходів, які спрямовані на захист результатів інтелектуальної, творчої та іншої діяльності людини. Здебільше ототожнюється із наявністю загального та спеціального законодавства про охорону інтелектуальної власності взагалі та її окремих об'єктів [3, 76]. Проте такий підхід занадто широкий і тому потребує уточнення.

Проблема охорони об'єктів промислової власності зростає пропорційно розвитку інформації та каналів її поширення, глобалізації економіки та можливостей впливати і формувати попит споживачів, застосування нових технологій в маркетингу, появі об'єктів права інтелектуальної власності та засобів їх комерціалізації, їх можливого використання. Найближче, як ми вважаємо, до комерціалізації є саме промислові зразки. В тому їх особливість і саме вони піддаються посяганням чи точніше майнові права на них. Отже, охорона об'єктів права промислової власності є одночасно охороною майнових прав на їх використання. Це взаємозумовлені правові явища, де об'єкт результат творчості — гарант достатку та визнання, а достаток і визнання — запорука подальшої творчості. В практичному аспекті це проявляється у витребуваності об'єктів права інтелектуальної власності суб'єктами господарювання, зокрема бізнесу, їх впровадженні і виробництві на їх основі чи з їх застосуванням товару і його реалізація. Чим вище й ці показники, тим вища винагорода володільцям майнових прав і їх зацікавленість та матеріальна забезпечуваність подальшої творчості.

Для визначення змісту правової охорони промислових зразків є формальні підстави. Варто підкреслити, що вслід за назвою Бернської конвенції «Про



охорону літературних та художніх творів» [4, 262] інші акти у сфері інтелектуальної власності стали йменувати за спрямуванням охорони, а їх зміст і обсяг врегульованих відносин за правилами формальної логіки стосуються чи спрямовані на охорону певної групи об'єктів права інтелектуальної власності, зокрема права промислової власності та його окремих об'єктів, в тому числі й промислових зразків. Це власне підтверджується і назвою нормативних актів у сфері інтелектуальної власності, що стало підставою для обґрунтування так званого дезінтеграційного підходу до охорони об'єктів права інтелектуальної власності [5, 8], за яким окремому об'єкту такого права присвячено окремий нормативний акт. Такий висновок підтверджується і нормативними актами, які прийняті міжнародними інстанціями і національним законодавством.

Охоронний напрямок в регулюванні відносин інтелектуальної власності сприйнято і в книзі IV ЦК України. Недарма при першому читанні підготовленого проекту ЦК України у Верховній Раді В. Л. Мусіяка, який представляв цей проект, вказував, що «книга четверта «Право інтелектуальної власності» присвячується цивільно-правовій охороні творчої діяльності та її результатів» [6, 137]. На погляд Р. Б. Шишки, акценти цієї книги на той час полягали у визначенні правового режиму результатів творчої діяльності, а не охорони прав [7, 157]. Проте такий підхід явно застарілий чи термінологічно не виправданий. Коли йдеться про правову охорону об'єкта промислової власності, то насамперед мається на увазі процедура його кваліфікації, тобто офіційного визнання охороноспроможним, підтвердження авторства на такий об'єкт і приналежності прав вказаним в охоронному документі особам.

Стосовно ідеології та генеральної ідеї книги IV ЦК Я. Яцків безапеляційно вказував: «За своїм змістом книга IV проекту ЦКУ неадекватно викладає зміст спеціальних законів України з охорони прав на об'єкти інтелектуальної власності. Прийняття цієї книги в існуючій редакції спричинить руйнацію національної системи захисту прав на інтелектуальну власність, призведе до порушення врегульованих суспільних відносин щодо прав на результати інтелектуальної власності» [8, 14]. На щастя це пророцтво не збулося, але певні недоліки у структурі та спрямуванні книги IV ЦК все-таки себе проявляють. Тому пошуки виходу із ситуації проводяться і в радикальному напрямку, зокрема відмови від цієї книги та прийняття спеціального кодексу матеріально-правового, процесуального чи змішаного регулювання, більш м'якому корелятивно-му, зокрема шляхом внесення змін та доповнень до актів чинного законодавства чи, нарешті адаптаційному. Останній шлях, закріплений офіційно на рівні національної програми Законом України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 18 березня 2004 р. [9].

Тим поставлена остаточно крапка щодо напрямку розвитку національного законодавства і якщо стратегічне, навіть у віддаленій перспективі, завдання України інтегруватися в ЄС, то іншого не може бути. Проте це не означає сліпого запозичення положень законодавства країн ЄС, особливо консервативного та такого, яке за національної ментальності та проблем із законотворчості

ністю може призвести до негативних наслідків, а поступового пошуку оптимального поєднання європейського досвіду та розробки рекомендацій та достатніх і переконливих аргументів для змін і в законодавстві ЄС. Тут ще й постало питання про інтеграцію вітчизняних науковців в європейський наукум (науковий простір), оскільки їх роботи маловідомі, навіть російським науковцям, внаслідок чого вони не залучаються чи майже не залучаються до розробки концептуальних засад перспективних законотворчих чи нормотворчих проектів в ЄС. Внаслідок того вітчизняна правнича наука розвивається відносно замкнуто, в тому числі й при дослідженнях правової охорони об'єктів права інтелектуальної власності. Зокрема в роботах російських дослідників щодо стану правової охорони промислових зразків лише в 4 роботах використані напрацювання українських науковців і то переважно радянської школи цивілістики.

Не менш важливе питання про підхід до правової охорони об'єктів права інтелектуальної власності: галузевий, за якого кожна із галузей права містить норми, які забезпечують її відповідно до галузевого інструментарію регулювання суспільних відносин, чи комплексний — коли в одному акті законодавства містяться норми різногалузевої приналежності. Перший напрямок, на наш погляд, має стратегічне спрямування як частина загального механізму регулювання суспільних відносин, де важливо зберегти чистоту предмета та методу правового регулювання і не допускати їх змішування, другий — для поточних актів, які не мають чіткого галузевого спрямування (є міжгалузевими). Такий напрямок охорони об'єктів інтелектуальної власності започатковано у міжнародному приватному праві і проведено в актах національного законодавства, в яких навіть включаються норми кримінально-правової приналежності (Республіка Корея).

Проблема охорони промислових зразків має загальний характер і грішить контрафактами й в інших країнах, в тому числі благополучних у плані охорони прав промислової власності. Так, американський виробник процесорів Intel погодився виплатити 250 млн доларів протягом 5 років компанії Transmeta для того, щоб урегулювати патентний позов, пов'язаний з рядом технологій, застосованих при випуску процесорів. Transmeta обвинуватила Intel у незаконному використанні дизайну чипів, а також технології управління живленням. За згодою між компаніями Intel виплатить Transmeta 250 млн доларів, а крім того, отримає неексклюзивне право використання розробок Transmeta протягом наступних 10 років. Intel зобов'язалася виплатити 150 млн доларів одноразово й ще по 20 млн доларів у рік протягом наступних 5 років. Представник Intel Чак Маллой підтвердив цей факт, однак відзначив, що компанія поки не вирішила, як саме списати ці платежі. До того ці компанії обмінялися взаємними судовими позовами. В Intel стверджували, що Transmeta порушила ряд патентів, що стосуються технологій термоконтролю процесорів, материнських плат і різних чипів. Також у позовах стверджувалося, що Transmeta незаконно використала ряд розробок по забезпеченню енергозбереження. Transmeta також подала в суд на Intel, обвинувачуючи її в порушенні 11 патентів. Правда

було це ще в жовтні 2006 року. Тоді в Transmeta стверджували, що Intel виступила в процесорах Pentium III, Pentium 4, Pentium M, Core й Core 2 розробки компанії [10].

Проте, на наш погляд, домінуючим є все-таки приватноправовий напрям охорони прав на промислові зразки. Цивільне законодавство наразі займає центральне місце у механізмі охорони суб'єктивних прав і має такі інститути, які забезпечують це на загальному, підгалузевому та інституційному рівнях. Спеціальні інститути цивільного права найбільше проявили себе в книзі IV ЦК стосовно окремих об'єктів права інтелектуальної власності. Але такого окремого регулювання не сталося стосовно винаходів і близьких до них за ознаками корисних моделей і промислових зразків.

Про напрямки правової охорони промислових зразків свідчить структура спеціального закону. Так, Закон України «Про охорону прав на промислові зразки» структурно досить неоднозначний і містить розділи: «Загальні положення», які охоплюються ст. ст. 1–4, «Правова охорона промислових зразків» (ст. ст. 5–6), «Право на одержання патенту» (ст. ст. 7–10), «Порядок одержання патенту» (ст. ст. 11–19), «Права та обов'язки, що випливають з патенту» (ст. ст. 20–23), «Припинення дії патенту та визнання його недійсним» (ст. ст. 24–25), «Захист прав» (ст. ст. 26–27) та нарешті «Заклучні положення» (ст. ст. 28–30).

Впадає в очі, що при загальній охоронній спрямованості названого закону лише розділ II має таку назву, але в ньому йдеться про умови правової охорони промислових зразків. Відповідно, якщо промислові зразки таким умовам не відповідають, то вони поза правовою охороною. Але це не так, в разі відмови від патентування але набуття оригінальності об'єкти, які охоплюються цим поняттям, охороняються Законом України «Про економічну конкуренцію». В такому сенсі вказаний розділ слід привести у відповідність до його змісту і назвати «Патентоспроможність промислових зразків». Тим ми уникнемо певної асоціації спрямування правової охорони і зведення її лише до 2 статей, що не відповідає дійсності. Ми вважаємо, що правовій охороні промислових зразків з огляду на функції права слугують всі статті Закону України «Про охорону прав на промислові зразки».

Тому слугує понятійний апарат, вказівка на органи, які управлені діяти у зазначеній сфері та на відповідні напрямки (міжнародно-правовий та національний), критерії охороноспроможності та особливо здійснення права на надання правової охорони, порядок отримання патенту та на суб'єктивні права і юридичні обов'язки, які слідує (принаймні не виплавають) з патенту.

Останні є центральною ланкою правової охорони промислових зразків і ось чому. Про охорону промислових зразків можна говорити лише тоді, коли зацікавлена в тому особа вирішила їх патентувати і тим надати певним рішенням, які охоплюються поняттям «об'єкт промислового зразка», правовий режим саме промислового зразка та патентно-правову форму охорони. Поза тим говорити про правову охорону промислових зразків не слід хоча б з огляду на правила формальної логіки. Одночасно тим визначається й час правової охорони: з моменту подання заявки про видачу патенту на промисловий зразок і до

моменту втрати ним сили. Навіть якщо заявнику буде відмовлено у видачі патенту, то з моменту подання заявки і до моменту офіційної відмови у видачі патенту діятиме тимчасова правова охорона.

Щодо розділу «Захист прав», то він, на наш погляд, присвячений не стільки охороні, скільки наслідкам порушення прав на промисловий зразок чи якщо не спрацює механізм правової охорони. Захист порушених прав — якісно нова стадія правовідносин, яка пов'язана із залученням спеціальних правових засобів захисту, доказуванням фактів порушення та його наслідків, зверненням у встановленій законом формі в суд і виконанням постановленого судом рішення державною виконавчою службою.

Правова охорона промислових зразків має ряд різновидів:

попередня — здійснюється завдяки правовій охороні комерційної інформації і охоплює собою таку охорону з моменту розробки об'єкта до моменту подачі заявки про видачу патенту;

тимчасова — здійснюється, яка, до речі, на наш погляд, помилково не вказана у спеціальному законі і тим погіршує охорону за час проходження заявки. Ні право пріоритету, ні право на зміну і доповнення заявки не забезпечують належну правову охорону промислових зразків;

основна — забезпечується з моменту видачі патенту і до його припинення;

постофіційна — з моменту припинення патенту і доти. Доки відповідний товар випускається на ринок у рамках Закону України «Про економічну конкуренцію».

Не менш важливим є питання чи насправді охороняються промислові зразки і чи взагалі правильно розставлені акценти в правовій охороні. Йдеться про те, що серцевиною правової охорони є майнові права на промислові зразки. З огляду на зазначене єдність правового регулювання приватних відносин в ЦК України є запорукою стабільності самого об'єкта права і його правового режиму та його подальшої правової охорони. У зв'язку з наведеним можна виділити декілька напрямків цивільно-правової охорони: охорона суб'єктивних прав взагалі; охорона результатів творчості, інтелектуальної діяльності; охорона майнових та особистих немайнових прав на об'єкти творчої, інтелектуальної та іншої діяльності; охорона майнових прав на окремі об'єкти, зокрема промислові зразки; охорона правопорядку у сфері інтелектуальної власності; охорона інформаційних та інших прав членів суспільства, зокрема на ознайомлення з результатами цієї творчості і їх використання в творчій, освітній та іншій діяльності.

На наш погляд, не можна охороняти промислові зразки поза охороною прав на них їх творців та володільців. Якщо робити наголос на першому, то при охороні об'єктів промислової власності йдеться про певну абстракцію, поза якою вона втрачає своє призначення, при другому — стає зрозумілим в чийх інтересах (приватних інтересах творців та володільців), хто може проявляти ініціативу і використовувати правові, організаційні та інші засоби охорони. Тож охорона промислових зразків не абстракція і в цивільному праві здійснюється в інтересах насамперед творців таких об'єктів промислової власності, а по-дру-

ге, тих суб'єктів підприємництва, які впровадили їх в виробництво і на основі конкуренції намагаються отримати прибутки.

**Висновок.** Охорона прав на промисловий зразок є одним із проявів охорони об'єктів промислової власності, а в більш широкому аспекті немайнових прав їх творців та/або володільців. Вона охоплює собою як дії самого творця із створення та кваліфікації промислових зразків, так і наслідки видачі патенту і інші дії стосовно промислового зразка та передачі майнових прав на нього. Звертає на себе увагу, що в спеціальному законі не розкривається його провідне поняття «охорона». Відповідно, слід виходити із доктринального тлумачення, для чого необхідно визначитися в теоретичних постулатах вчення про охорону цивільних прав та про співвідношення термінів «охорона» та захист».

### Література

1. Про охорону прав на промислові зразки : Закон України, із змінами і доповненнями, внесеними Законами України від 21 груд. 2000 р. № 2188-III, від 10 січ. 2002 р. № 2921-III, від 4 лип. 2002 р. № 34-IV [Електронний ресурс]. — Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=3688-12.
2. Про захист економічної конкуренції : Закон України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2210-14.
3. Мала енциклопедія права інтелектуальної власності / редкол.: Ю. Л. Бошицький, В. М. Білоусов, І. І. Вашинець [та ін.]. — К. : Вид-во Європ. ун-ту, 2009. — 260 с.
4. Право на результаты творческой деятельности. Авторское право. Патентное право. Другие исключительные права : сб. нормат. актов. — М., 1994. — 450 с.
5. Практикум із курсу «Право інтелектуальної власності». — Х. : Еспада, 2002. — 192 с.
6. Стенограма. Засідання вісімдесят сьоме. Сесійний зал Верховної Ради України. 22 травня 1997 р. // Українське право. — 1997. — Чис. 1. — С. 28–33.
7. Шишка Р. Б. Охорона прав суб'єктів інтелектуальної власності у цивільному праві України : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Р. Б. Шишка. — Х., 2004. — 469 с.
8. Яцків Я. Забезпечення правового захисту інтелектуальної власності — одна з передумов вступу України до Світової організації торгівлі // УК. — 2001. — № 146. — С. 14.
9. Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу : Закон України від 18 берез. 2004 р. № 1629-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 24. — Ст. 256.
10. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : patent.km.ua 31.10.2007.

### Анотація

**Сорвачов О. В.** Охорона промислових зразків. — Стаття.

У статті розглядаються питання правової охорони промислових зразків. Автор обґрунтовує, що така правова охорона розглядається у широкому сенсі на основі і в межах Закону України «Про охорону прав на промислові зразки», інших актів законодавства та у вузькому сенсі — з моменту подання заявки на видачу патенту та до моменту втрати патентом сили. Розроблені види правової охорони та вказані її напрямки.

**Ключові слова:** правова охорона; промисловий зразок, патент, заявка.

### Аннотация

**Сорвачов А. В.** Охрана промышленных образцов. — Статья.

В статье рассматриваются вопросы правовой охраны промышленных образцов. Автор обосновывает, что такая правовая охрана рассматривается в широком смысле на основании и в пределах Закона Украины «Об охране прав на промышленные образцы», иных актов законодательства и в узком смысле — с момента подачи заявки на выдачу патента та до момента утраты патентом силы. Разработаны виды правовой охраны промышленных образцов и указаны ее направления.

**Ключевые слова:** правовая охрана; промышленный образец, патент, заявка.

### Summary

*Sorvachov A. S. Protection CCIA Samples. — Article.*

The article deals with the legal protection of industrial designs. The author substantiates that such legal safeguard is considered in a broad sense on the basis of and within the ambit of the Law of Ukraine «On Protection of Rights to Industrial Designs» other acts of legislation, and in the narrow sense — from the time of filing for a patent and before the forfeit of patent strength. Were developed similitude of legal protection of industrial designs and were indicated her direction.

*Keywords:* legal safeguard, industrial design, patent application.

Розділ 5

**ПРОБЛЕМИ ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНОГО ПРАВА**





### СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ ДОСЛІДЖЕНЬ ІНСТИТУТУ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ У ВІТЧИЗНЯНОМУ ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

Інститут зобов'язань з відшкодування шкоди привертав увагу дослідників різних часів. Активні дослідження у галузі, яка нас цікавить, почалися у другій половині XIX ст., тобто ще з доби Російської імперії, у контексті правової думки якої досить тривалий час розвивалася й українська цивілістика. Ознайомлення з працями правознавців Російської імперії з питань відшкодування шкоди дає, як здається, підстави для висновку, що цивілісти того часу приділяли незначну увагу дослідженню поняття відповідальності за завдання шкоди, встановленню правової природи відшкодування шкоди, завданої без вини, визначенню підстав відшкодування шкоди та іншим питанням, які з часом набули популярності у якості предмета цивілістичних розвідок. Як на нашу думку, це пояснюється дещо іншим, ніж тепер, методологічним підходом, завдяки якому популярності у той час набули догматичний та порівняльно-правовий (у тому числі, в історичному ракурсі) аналіз інститутів цивільного права взагалі та інституту відшкодування шкоди зокрема.

Згаданий підхід деякий час зберігався і в нових умовах XX ст., які сформувалися після Жовтневої революції 1917 р., однак уже в тридцятих роках того ж століття ситуація у цій галузі почала змінюватися. Якщо перші публікації стосовно норм інституту відшкодування шкоди та їхнього застосування спочатку мали, головним чином, характер коментування чинного цивільного законодавства (про що згадувалося вище), то з часом відбувається зміщення акцентів у дослідженнях на розгляд питань, які мають більш виражене теоретичне забарвлення, зокрема, має місце звернення до важливої у науковому, практичному та соціальному плані проблеми відшкодування моральної шкоди тощо. Поряд із тим значна увага приділяється дослідженню умов майнової (цивільно-правової) відповідальності за завдання шкоди — протиправності або ж «недозволеності» дій особи, яка завдала шкоду, її вини та вини потерпілого тощо.

Серед тих науковців, хто досліджував наслідки завдання шкоди та умови її відшкодування під нетрадиційним кутом зору, був, зокрема, Б. Б. Черепакін, який ще у середині тридцятих років (стаття була написана ним приблизно в 1937–1938 рр., але подана до публікації лише у 90-х роках минулого століття) звернувся до такої важливої проблеми, як засади відшкодування шкоди, завданої правомірними діями. Розглядаючи відшкодування шкоди, завданої промисловими підприємствами за відсутності їх вини (тобто правомірними діями) як відповідальність, він обґрунтовував ту позицію, що покладення збитків на господарство — відповідача аж до меж непереборної сили (а іноді і поза її межами) буде стимулювати останнього до пошуку шляхів «преодолення непереможності» [1].

Теоретичні проблеми визначення сутності та поняття зобов'язань відшкодування шкоди, встановлення їх правової природи, особливостей умов виникнення досліджував М. М. Агарков. Вченим був сформульований висновок, що зобов'язання, які виникають внаслідок завдання шкоди, є одним із загальних способів охорони цивільних прав, котрий має застосовуватися із врахуванням вини особи, яка завдала шкоду. Критикуючи посилання на «підвищену небезпеку», та на протиправність «заподіяння» як підстави відповідальності без вини, він, разом із тим, обстоював досить парадоксальний висновок, суть якого полягала в тому, що принцип вини визнавався підґрунтям відповідальності, але із тим застереженням, що з практичних міркувань припустимим вважається в деяких випадках обмежуватися лише частковим його здійсненням [2].

Особливості зобов'язань, які виникають внаслідок завдання шкоди, в умовах Великої Вітчизняної війни 1941–1945 рр. розглядали К. А. Флейшиць [3, 130–133], П. Ю. Орловський [4] та ін.

Що стосується цивілістики УРСР, то її представники у тридцятих сорокових роках минулого століття у галузі, яка нас цікавить, значну увагу приділяли науково-прикладним дослідженням, зокрема з'ясуванню підстав та особливостей відшкодування шкоди у різних галузях народного господарства тощо [5, 204].

Повоєнні десятиріччя характеризуються досить активними дослідженнями як зобов'язань, що виникають внаслідок завдання шкоди, (у тому числі, відповідальності за завдання шкоди) в цілому [6; 7], так і окремих правових категорій, пов'язаних з цим інститутом (зокрема, його системи, функцій, умов виникнення, значення вини особи, яка завдала шкоду, та потерпілого, визначення сутності, так званої, «підвищеної відповідальності» тощо).

У середині п'ятдесятих років минулого століття з'являється перша вітчизняна монографія, присвячена комплексному дослідженню проблеми вини як категорії цивільного права [8], в якій Г. К. Матвеев, поміж інших питань, також торкався і питань визначення правової природи зобов'язань, що виникають внаслідок завдання шкоди і особливо акцентував увагу на значенні врахування вини для виникнення зазначених зобов'язань. При цьому детальному аналізу були піддані форми і види вини у цивільному праві та їх вплив на виникнення обов'язку відшкодування шкоди.

На початку п'ятдесятих років минулого століття з'являються дві ґрунтовні монографії Б. С. Антимонова, присвячені розгляду проблем встановлення значення вини потерпілого, протиправності його дій у зобов'язаннях із завдання шкоди тощо і проблемам відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки (визначенню поняття такого джерела, встановленню особливостей умов відшкодування завданої джерелом підвищеної небезпеки шкоди тощо) [9].

Досліджувалися у науковій літературі також проблеми визначення системи зобов'язань, що виникають внаслідок завдання шкоди. Зокрема, одним із активних дослідників у зазначеній галузі був К. К. Яічков, який присвятив цим питанням значну кількість наукових праць [10].

Разом із ґрунтовними науковими дослідженнями основних правових категорій, пов'язаних із зобов'язаннями, що виникають внаслідок завдання шкоди, зберігається і є досить поширеним у повоєнні роки, як науковий напрямок, аналіз окремих підстав виникнення зобов'язань відшкодування шкоди та особливостей відшкодування останньої. Зокрема, досліджувалися питання відшкодування шкоди, завданої життю та здоров'ю громадян [11], у тому числі, питання відповідальності державних підприємств за завдання каліцтва або смерті їх працівникам [12].

Значна активізація досліджень, присвячених зобов'язанням відшкодування шкоди (або ж «зобов'язань, що виникають внаслідок завдання шкоди», як вони іменувалися за раніше чинним законодавством) була пов'язана із прийняттям у 1961 р. Основ цивільного законодавства Союзу РСР і союзних республік та прийняттям у 1963 р. цивільних кодексів у більшості союзних республік колишнього СРСР, у тому числі в Українській РСР. Зокрема дослідженням цього інституту в цілому та окремих його аспектів у цей час займалися А. М. Белякова, Д. В. Боброва, В. П. Грибанов, О. С. Йоффе, Ю. Х. Калмиков, О. О. Красавчиков, М. С. Малєїн, В. П. Маслов, Г. К. Матвєєв, В. А. Ойгензихт, В. Т. Смирнов, А. А. Собчак, П. Р. Стависький, В. А. Тархов, Я. М. Шевченко, М. Я. Шимінова, К. К. Яїчков та інші вітчизняні й зарубіжні правознавці. Так, важливе у теоретичному та практичному сенсі дослідження цивільно-правових наслідків завдання шкоди здоров'ю громадян під кутом зору забезпечення захисту їх прав було проведене К. К. Яїчковим. М. С. Малєїн у своїх працях розглядав широке коло питань, пов'язаних з відшкодуванням шкоди, завданої особистості. Ним були проаналізовані питання визначення шкоди, яка виникає при ушкодженні здоров'я і заподіянні смерті, при різних видах втрати працездатності, встановлення розміру відшкодування шкоди тощо [13]. Значне місце поміж його праць займають публікації, присвячені проблемі вини як умови майнової відповідальності, розмежуванню відповідальності та обов'язку відшкодування шкоди, який не є за своєю сутністю цивільно-правовою відповідальністю, встановленню сутності такого обов'язку [14, 33]. Питання відшкодування шкоди, заподіяної особистості, досліджували також С. Є. Донцов та М. Я. Марініна. Підстави відповідальності за таку шкоду вони характеризують як сукупність юридичних фактів, що утворюють склад правопорушення: наявність майнової шкоди, протиправність, вина, причинний зв'язок. При цьому протиправність у цивільному праві взагалі та при завданні шкоди особистості, зокрема, на їх думку, відрізняється від її розуміння в інших галузях права тим, що має місце порушення не лише законів, але й суб'єктивних майнових інтересів потерпілої особи. Саме необхідністю захисту порушеного майнового становища потерпілого та інших громадян пояснюється, з точки зору науковців, встановлення майнової відповідальності за шкоду, заподіяну в стані крайньої необхідності. Правомірною тут є лише поведінка особи, що діє в інтересах громадянина, якому загрожує небезпека [15, 20].

У цей період з'являються також наукові дослідження питань відшкодування шкоди, завданої майну громадян, організацій — учасників цивільних відно-

син. Ґрунтовне дослідження правової природи відшкодування шкоди, завданої без вини, здійснив О. О. Красавчиков. Аналізуючи наслідки завдання шкоди джерелом підвищеної небезпеки за відсутності вини його володільця, він провів детальний аналіз підстав виникнення у такої особи обов'язку компенсувати завдану шкоду і дійшов висновку, що у таких випадках мова має йти не про відповідальність, а про відшкодування шкоди, завданої правомірними невинними діями. Таке відшкодування за своєю сутністю не є мірою відповідальності і ґрунтується на засадах не вини, а ризику особи, яка завдала шкоду за відсутності вини [16]. Разом із тим, майже у той самий час, А. М. Белякова, досліджуючи питання відшкодування шкоди, заподіяної джерелом підвищеної небезпеки, у свою чергу акцентувала увагу на обґрунтуванні підвищеної відповідальності власника джерела підвищеної небезпеки. Дослідження історії становлення цього інституту доповнюється нею аналізом теорій, що дають можливість пояснити сутність більш суворої відповідальності власника джерела підвищеної небезпеки. Це теорії професійного ризику, теорії вигоди, теорії стимулювання [17, 14–17]. Особливо детально теорія ризику, як підстави відповідальності за завдання шкоди, досліджувалася В. А. Ойгензихтом, який дійшов висновку про існування двох видів обов'язків відшкодування шкоди. Відрізняючись одне від одного наявністю протиправності у діях відповідальної особи, вони є різними за своєю природою, виступаючи як «відповідальність» та «невідповідальність». Виступаючи проти того, щоб називати «відповідальністю» компенсацію шкоди, завданої правомірними діями, він, разом із тим, ситуації, пов'язані із відшкодуванням шкоди, завданої протиправно, але за відсутності вини, вважав особливими випадками застосування мір цивільно-правової відповідальності, що покладається на певну особу на засадах ризику [18, 77].

Варто зазначити, що деякі зі згаданих теорій, а особливо концепція ризику, активно використовувалися і надалі як вітчизняними, так і зарубіжними дослідниками, які аналізували особливості відшкодування шкоди (відповідальності), володільця джерела підвищеної небезпеки.

На особливу увагу серед досліджень зобов'язань, які виникають внаслідок завдання шкоди, виконаних в Україні (Українській РСР) у шістдесятих — вісімдесятих роках минулого століття, заслуговують праці Я. М. Шевченко, яка на ґрунтовному теоретичному рівні досліджувала особливості цивільно-правової відповідальності неповнолітніх за правопорушення, у тому числі за завдану ними шкоду, та Д. В. Бобрової, яка в межах монографічних праць проаналізувала низку актуальних проблем недоговірної відповідальності за завдання шкоди відповідно, передусім, до вітчизняного цивільного законодавства.

З'являється у цей час у радянському правознавстві й низка інших цивілістичних досліджень, присвячених аналізу проблем відшкодування шкоди, які, у свою чергу, пізніше стали предметом спеціальних наукових розвідок [19, 102–134].

Новий етап досліджень зобов'язань, які виникають у зв'язку із завданням шкоди, у вітчизняній цивілістиці почався після набуття Україною незалежності, що зумовило поряд з іншими змінами також необхідність перегляду та

вдосконалення й існуючої правової системи, законодавства, у тому числі цивільного.

Значна кількість наукових праць, присвячених зобов'язанням, які виникають внаслідок завдання шкоди, з'явилася вже у перше десятиліття незалежності ще до оновлення вітчизняного цивільного законодавства. Хоча дослідження були виконані на матеріалах законодавства УРСР, однак уже містили ознаки нових підходів, зумовлених підготовкою проекту Цивільного кодексу України, що дозволило їх авторам по-новому оцінити низку категорій цивільного права у цій галузі [20; 21].

Проте справжню активізацію досліджень інституту відшкодування шкоди та відповідних правовідносин цілком виправдано можна пов'язувати зі створенням ЦК України, прийняття якого зумовило доцільність наукового аналізу і осмислення низки важливих новел у галузі, яка є предметом нашого дослідження. За роки, що пройшли після набрання ним чинності, з'явилася низка праць, у яких на рівні дисертаційних досліджень розглядалися різноманітні види зобов'язань відшкодування шкоди, завданої цивільними правопорушеннями у різних сферах суспільного життя [22–24].

Не зупиняючись тут на характеристиці згаданих наукових праць детальніше, разом із тим, вважаємо за доцільне спеціально звернути увагу на той напрямок, який був пов'язаний із тлумаченням поняття «відшкодування шкоди», а з часом, на нашу думку, і певною мірою вплинув на наступне поширювальне тлумачення у оновленій вітчизняній концепції цивільного законодавства цього поняття.

Передусім, мається на увазі дослідження проблем відшкодування шкоди, завданої правомірними і навіть, більше того, — суспільно-корисними діями. Власне, дослідження відповідної проблематики почалися ще задовго до того, як Україна набула незалежність. Вважається, що першим на доцільність запровадження зобов'язань, які виникають при завданні шкоди у зв'язку із вчиненням рятувальних дій, звернув увагу С. Н. Ландкоф. Він обґрунтував необхідність запровадження інституту зобов'язань, що виникають внаслідок рятування громадської та особистої власності, а також життя громадян, переконливо доводячи при цьому, що не лише завдана неправомірними діями шкода, але й шкода, зазнана особою внаслідок вчинення нею правомірних дій в інтересах суспільства або в інтересах інших осіб, заслуговує на відшкодування [25].

Поміж більш пізніх досліджень вітчизняних цивілістів у цій галузі слід згадати праці Г. К. Матвеева, П. Р. Стависького, Є. О. Харитонova, В. М. Зубара та ін. Дехто зі згаданих вище правознавців обмежувався дослідженням якогось окремого інституту [26], інші — приділяли також увагу системному аналізу відносин, які виникають при завданні шкоди правомірними діями, аналізували їх видову приналежність, правову природу, особливості підстав виникнення тощо [25; 27].

Слід зазначити, що деякі з правознавців, що досліджували відповідну проблематику, на підставі системного аналізу окремих інститутів, пов'язаних

з відшкодуванням шкоди, завданої правомірними діями (рятування майна юридичної або фізичної особи, майна життя, здоров'я фізичної особи; ведення чужих справ без доручення тощо), пропонували запровадження у цивільне законодавство узагальненої категорії зобов'язань, які виникають внаслідок вчинення дій, спрямованих на відвернення шкоди [5, 208; 28, 13]. Певною мірою у цьому проглядав прототип сучасного підходу до визначення сутності зобов'язань відшкодування шкоди у широкому сенсі. Втім, тоді ці пропозиції не були сприйняті законодавцем і залишилися лише суто науковими розробками.

У контексті викладу цього матеріалу слід зазначити, що зростання уваги до досліджень питань відшкодування шкоди, завданої особистим немайновим правам фізичної особи, відображає загальну тенденцію розвитку вітчизняної цивілістики. Якщо раніше предметом дослідження, головним чином, були лише окремі питання визначення поняття немайнових прав особи, спроби встановлення їх місця у предметі радянського цивільного права, пошук напрямків вдосконалення правового регулювання зазначених прав та їх охорони, то з часом зазначені цивільні права стали самостійним предметом комплексних наукових досліджень, у тому числі, з точки зору забезпечення відшкодування шкоди, завданої цим правам.

У зв'язку з цим знову набуває особливої актуальності дослідження питань відшкодування моральної шкоди. Наукові розвідки з цієї проблематики протягом останнього десятиріччя активно проводилися як в Україні, так і в колишніх союзних республіках колишнього Радянського Союзу. Причому характерною ознакою досліджень є вже не сама лише постановка питання про доцільність відшкодування моральної (немайнової) шкоди та обґрунтування такого відшкодування (як це мало місце, наприклад, у згаданих вище дискусіях цивілістів Російської імперії та радянських правознавців), а детальний аналіз різноманітних аспектів цієї правової категорії, встановлення критеріїв визначення розміру такої шкоди тощо. Зазначена зміна характеру та спрямованості цивілістичних наукових досліджень, як на нашу думку, виглядає цілком логічною у загальному контексті трансформації вітчизняної доктрини цивільно-правового регулювання, зміни характеру та сутності низки цивільно-правових інститутів, у тому числі зобов'язань відшкодування шкоди.

З точки зору визначення поля та обсягу правового регулювання нормами глави 82 ЦК України являють інтерес цивілістичні дослідження у сфері відшкодування шкоди, що виникає внаслідок створення загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи. Окремі дослідження пов'язаної з цим проблематики мали місце ще у цивілістиці Російської імперії XIX ст. У вітчизняній цивілістиці правовідносини, що виникають у зв'язку зі створенням загрози завдання шкоди цивільним правам та інтересам, які охороняються законом, аналізувалися, головним чином, у працях Д. В. Бобрової у зв'язку з підготовкою проекту ЦК України [29].

Після прийняття ЦК України як практичні, так і теоретичні аспекти зобов'язань, що виникають внаслідок створення загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи, стали предметом коментарів до

Цивільного кодексу. Тут варто відзначити позицію Є. О. Харитонova, який висунув тезу про необхідність врахування особливостей причинного зв'язку між створенням загрози і виникненням шкоди. На його думку, в цьому випадку має місце «подвійний» причинний зв'язок: по-перше, це зв'язок між протиправною дією або бездіяльністю особи і виникненням загрози блага, яке охороняється законом; по-друге, це зв'язок між створеною загрозою і шкодою, що виникла у потерпілого [30, 752]. Пізніше ця позиція ним була розвинута і обґрунтована більш детально [31, 863–866; 32, 557–558; 33, 914–916], однак і надалі розгляд питань зобов'язань, що виникають внаслідок створення загрози завдання шкоди, зберігав характер роз'яснення та коментування чинного законодавства, не маючи призначення спеціального монографічного дослідження відповідних відносин.

Разом із тим спеціальні публікації, присвячені аналізу зобов'язань, що виникають внаслідок створення загрози завдання шкоди, тривалий час майже не з'являються. [Винятком є стаття В. М. Ігнатенка: 34]. Лише в останні роки було виконане дисертаційне дослідження М. Р. Габріадзе, який здійснив аналіз поняття, правової сутності, особливостей змісту, а також підстав та умов виникнення й значення зобов'язань, які виникають у зв'язку зі створенням загрози життю, здоров'ю та майну фізичної особи, а також майну юридичної особи, за цивільним законодавством України [35].

Оцінюючи в цілому науковий доробок вітчизняних цивілістів у галузі дослідження проблем відшкодування шкоди, можна зробити висновок, що, незважаючи на наявність значної кількості монографічних досліджень, у тому числі дисертацій, до сьогодні поняття, обсяг і сутність поняття, принципи, правова природа зобов'язань відшкодування шкоди (і як правового інституту, і як правовідносин) залишаються недостатньо дослідженими. До того ж варто зауважити, що практично всі згадані дослідження, не враховують змін, які сталися у вітчизняній законодавчій концепції стосовно регулювання відносин відшкодування шкоди, ґрунтуючись на традиційному ототожнюванні понять «зобов'язання, які виникають внаслідок завдання шкоди», «деліктні зобов'язання» та «зобов'язання відшкодування шкоди».

Можна припустити, що такий стан речей зумовлений незначним строком, що пройшов після набрання чинності ЦК України, у якому вперше була законодавчо зафіксована згадана зміна концепції відшкодування недовірної шкоди. Але у кожному разі, оцінюючи ступінь вивчення проблеми, що є предметом нашого дослідження, варто зазначити, що в українській загальнотеоретичній та галузевій правовій літературі правова природа та концептуальні засади регулювання відносин відшкодування шкоди потребують спеціального, комплексного і ґрунтовного дослідження.

### Література

1. Черепахин Б. Б. Об ответственности за вред, причиненный правомерной деятельностью // Правоведение. — 1994. — № 5–6. — С. 45–52.
2. Агарков М. М. Проблема обязательств из причинения вреда : содоклад на Первой научной

- сессии ВИЮН. Заключительное слово // Избранные труды по гражданскому праву : в 2 т. / М. М. Агарков. — М., 2002. — Т. 2. — С. 218–246.
3. Советское право в период Великой Отечественной войны. Ч. 1. Гражданское право. Трудовое право / [Н. Г. Александров, Г. Н. Амфитеатров, Е. И. Астраха и др.] ; под ред. И. Т. Голякова. — М. : Юрид. изд-во М-ва юстиции СССР, 1948. — 431 с.
  4. Орловский П. Е. Некоторые вопросы судебной практики по делам о возмещении вреда в условиях Отечественной войны // Социалистическая законность. — 1944. — № 3–4.
  5. Ландкоф С. Н. Основы гражданского права / С. Н. Ландкоф. — [2-ге вид.]. — К. : Рад. шк., 1948. — 424 с.
  6. Флейшиц Е. А. Обязательства из причинения вреда и из неосновательного обогащения / Е. А. Флейшиц. — М. : Госюриздат, 1951. — 236 с.
  7. Иоффе О. С. Обязательства по возмещению вреда / О. С. Иоффе. — Ленинград : Изд-во Ленинград. ун-та, 1951. — 107 с.
  8. Матвеев Г. К. Вина в советском гражданском праве / Г. К. Матвеев. — К. : Вища шк., 1955. — 308 с.
  9. Антимонов Б. С. Значение вины потерпевшего при гражданском правонарушении / Б. С. Антимонов. — М. : Госюриздат, 1950. — 276 с. ; Антимонов Б. С. Гражданская ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности / Б. С. Антимонов. — М. : Госюриздат, 1952. — 296 с.
  10. Яичков К. К. Система обязательств из причинения вреда в советском гражданском праве // Вопросы гражданского права. — М. : Изд-во Моск. ун-та, 1957. — С. 168–175.
  11. Маленин Н. С. Право на возмещение вреда, причиненного смертью кормильца : статья 409 Гражданского кодекса / Н. С. Маленин ; под ред. В. А. Рясенцева. — М., 1958. — 96 с.
  12. Смирнов В. Т. Гражданская ответственность государственных предприятий за причинение увечья или смерти работникам / В. Т. Смирнов. — М. : Госюриздат, 1957. — 231 с.
  13. Маленин Н. С. Возмещение вреда при повреждении здоровья несовершеннолетних / Н. С. Маленин. — М. : Госюриздат, 1962. — 66 с. ; Маленин Н. С. Возмещение вреда, причиненного личности / Н. С. Маленин. — М. : Юрид. лит., 1965. — 229 с.
  14. Маленин Н. С. Вина — необходимое условие имущественной ответственности // Советское государство и право. — 1971. — № 2. — С. 28–35.
  15. Донцов С. Е. Имущественная ответственность за вред, причиненный личности / С. Е. Донцов, М. Я. Маринина. — М. : Юрид. лит., 1986. — 160 с.
  16. Красавчиков О. А. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности / О. А. Красавчиков. — М. : Юрид. лит., 1966. — 199 с.
  17. Белякова А. М. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности (Ответственность владельца источника повышенной опасности) / А. М. Белякова. — М. : Изд-во МГУ, 1967. — 56 с.
  18. Ойгензихт В. А. Проблема риска в гражданском праве. Общая часть / В. А. Ойгензихт. — Душанбе : Ирфон, 1972. — 224 с.
  19. Полежаева О. Г. Становление и развитие института возмещения вреда в России : историко-правовое исследование : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / О. Г. Полежаева. — Владимир, 2005. — 151 с.
  20. Русу С. Д. Захист прав військовослужбовців у зобов'язаннях, що виникають внаслідок заподіяння шкоди джерелом підвищеної небезпеки : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 20.02.03 / С. Д. Русу. — Хмельницький, 1998. — 18 с. ; Русу С. Д. Делікти в цивільному праві України : навч. посіб. / С. Д. Русу. — Хмельницький : Вид-во НАПВУ, 2001. — 164 с.
  21. Калетнік І. Г. Зобов'язання, що виникають внаслідок завдання шкоди службовими особами митних органів, в цивільному законодавстві України : авторсф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / І. Г. Калетнік. — О., 2004. — 22 с.
  22. Антонов С. В. Цивільно-правова відповідальність за заподіяння шкоди здоров'ю при наданні платних медичних послуг : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / С. В. Антонов. — К., 2006. — 206 с.
  23. Антонюк О. І. Право учасників цивільних правовідносин на самозахист : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / О. І. Антонюк. — Х., 2004. — 205 с.
  24. Логвінова М. В. Цивільна та сімейно-правова відповідальність батьків за правопорушення, вчинені неповнолітніми : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / М. В. Логвінова. — К., 2006. — 20 с.
  25. Ландкоф С. Н. Новая категория обязательств в советском гражданском праве // Наукові



- записки Київського університету ім. Т. Г. Шевченка. — 1948. — Т. VII, вип. VII. Юридичний збірник, № 3. — С. 99–113.
26. Зубар В. М. Зобов'язання, що виникають з ведення чужих справ без доручення : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / В. М. Зубар. — К., 2001. — 18 с.
27. Харитонов Е. О. Категория субъективного и объективного риска в советском гражданском праве // Проблемы правоведения. — 1979. — Вып. 40. — С. 63–70.
28. Харитонов Е. О. Обязательства, возникающие из ведения дел без поручения, в советском гражданском праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Е. О. Харитонов. — Х., 1980. — 26 с.
29. Боброва Д. Недоговірні зобов'язання у проєкті Цивільного кодексу України // Українське право. — 1997. — № 1. — С. 93–100 ; Боброва Д. Недоговірні зобов'язання у проєкті Цивільного кодексу України 1996 р. // Українське право. — 1997. — № 3. — С. 180–182.
30. Цивільний кодекс України : коментар / за заг. ред. Є. О. Харитонова, О. М. Калітенко. — Х. : Одиссей, 2003. — 856 с.
31. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України. У 2 т. Т. 2 / [О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова, В. В. Луць] ; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. — К. : Юрінком Інтер, 2005. — 1088 с.
32. Цивільне право України (в запитаннях та відповідях) : навч. посіб. / [Є. О. Харитонов, А. І. Дрішлюк, О. М. Калітенко та ін.] ; за ред. Є. О. Харитонова, А. І. Дрішлюка, О. М. Калітенко. — [3-тє вид., переробл. та допов.]. — Х. : Одиссей, 2005. — 576 с.
33. Комментарий к Гражданскому кодексу Украины. Т. 2. / [А. Довгерт, Н. Кузнецова, А. Подопрігора и др.] ; под ред. А. Довгерта, Н. Кузнецовой, А. Подопрігоры [и др.]. — Х. : Одиссей, 2005. — 1040 с.
34. Ігнатенко В. М. Зобов'язання зі створення небезпеки (загрози) за новим Цивільним кодексом України // Проблеми законності. — 2002. — Вип. 53. — С. 67–74.
35. Габріадзе М. Р. Зобов'язання, що виникають внаслідок створення загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи у цивільному законодавстві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / М. Р. Габріадзе. — К., 2007. — 21 с.

### Анотація

**Ківалова Т. С.** Стан та перспективи розвитку досліджень інституту зобов'язань відшкодування шкоди у вітчизняному цивільному праві. — Стаття.

У статті автором зроблений огляд вітчизняної літератури з проблематики інституту зобов'язань відшкодування шкоди з часів Російської імперії, радянського періоду та періоду незалежної України, досліджень останніх десятиліть, серед яких особливу увагу приділено працям вчених, виданих після прийняття Цивільного кодексу України. На підставі дослідження зазначених джерел автор приходить до висновку, що питання наукового аналізу правового регулювання зобов'язань відшкодування шкоди наразі є актуальними як з теоретичної, так і з практичної точок зору. Це пояснюється тим, що, хоча наукова розробка окремих проблем зобов'язань, які виникають внаслідок завдання шкоди, в юридичній літературі проводилася досить активно, загальна концепція зазначених зобов'язань, так само як і значна кількість окремих аспектів правового регулювання у цій галузі, усе ще залишається недослідженою, що особливо помітно у контексті оновлення вітчизняного цивільного законодавства.

**Ключові слова:** інститут зобов'язань з відшкодування шкоди, відповідальність за завдання шкоди, відшкодування шкоди, завданої правомірними діями, наукові дослідження.

### Аннотация

**Кивалова Т. С.** Состояние и перспективы развития исследований института обязательств возмещения вреда в отечественном гражданском праве. — Статья.

В статье автором сделан обзор отечественной литературы по проблематике института обязательств по возмещению вреда со времен Российской империи, советского периода и периода независимой Украины, исследований последних десятилетий, среди которых особое внимание уделено трудам ученых, изданных после принятия Гражданского кодекса Украины. На основании исследования указанных источников, автор приходит к выводу, что вопросы научного анализа правового регулирования возмещения вреда сейчас актуальны как с теоретической, так и с практической точек зрения. Это объясняется тем, что, хотя научная разработка отдельных проблем

обязательств, возникающих вследствие причинения вреда, в юридической литературе проводилась достаточно активно, общая концепция указанных обязательств, равно как и значительное количество отдельных аспектов правового регулирования в этой области, все еще остается неисследованной, что особенно заметно в контексте обновления отечественного гражданского законодательства.

*Ключевые слова:* институт обязательств по возмещению вреда, ответственность за ущерб, возмещение вреда, причиненного правомерными действиями, научные исследования.

### Summary

*Kivalova T. S. Status and Prospects of Research at the Institute of Indemnity Obligations in Domestic Civil Law. — Article.*

In the article the author provides an overview of the national literature on the problems of the institute of indemnity obligations held by the Russian Empire, the Soviet period and the period of independent Ukraine, studies of remaining decades, among which special attention is paid to the works of scientists, issued after the adoption of the Civil Code of Ukraine. Based on the investigation of these sources, the author concludes that the issue of the scientific analysis of the legal regulation of redress are relevant from both theoretical and practical viewpoints. This is because, although the scientific development of the individual problems of the obligations arising from the injury in the legal literature was conducted fairly active, the general concept of these commitments, as well as a significant amount of certain aspects of legal regulation in this area still remains unexplored, especially noticeable in the context of updating the national civil law.

*Keywords:* Institute of indemnity obligations, liability for damages, compensation for harm caused by lawful actions, research.

УДК 347.453.4(477)

Я. В. Балан

### ПРАВА ТА ОБОВ'ЯЗКИ УЧАСНИКІВ ДОГОВОРУ НАЙМУ (ОРЕНДИ) ЖИТЛА

Так само як договір найму житла слугує підставою виникнення цивільних правовідносин користування житлом, змісті (умови) цивільно-правового договору найму житла разом із положеннями відповідних норм цивільного законодавства слугують своєрідною правовою основою визначення змісту (прав і обов'язків учасників) правовідносин, що виникають на підставі цього договору.

При цьому варто звернути увагу на ту обставину, що вказані права та обов'язки відповідно до того, яке значення надається їм законодавцем у тому чи іншому контексті, можуть бути поділені на кілька видів: 1) головні та звичайні; 2) імперативні та диспозитивні; 3) первісні та похідні тощо.

Зокрема, поділ прав та обов'язків на імперативні та диспозитивні ґрунтується на тому, що відповідна норма Цивільного кодексу України формулює те чи інше правило, залишаючи можливість його зміни на розсуд учасників договору.

Наприклад, так вирішується питання стосовно ремонту житла, переданого у найм.

Зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 819 ЦК України поточний ремонт житла (до поточного ремонту відносяться роботи по підтриманню в належному стані скла-

дових житла: фарбування полів, вікон, дверей тощо, ремонт або заміна електрообладнання, сантехнічних приладів та інші роботи), переданого у найм, зобов'язаний здійснювати наймач, якщо інше не встановлено договором.

Натомість капітальний ремонт житла, переданого у найм (до капітального ремонту житла відносяться більш складні роботи, які потребують значних матеріальних та людських затрат. Йдеться про поновлення або заміну окремих конструкцій помешкання, інженерних конструкцій тощо), зобов'язаний здійснювати наймодавець, якщо інше не встановлено договором (ч. 2 ст. 819 ЦК України).

Отже сторони у договорі найму житла можуть встановити, на кого з них покладається обов'язок по здійсненню поточного та капітального ремонту житла.

Аналізуючи положення норм глави 59 ЦК України, зокрема, визначення договору найму (оренди) житла, можна зробити висновок, що стосовно відповідних цивільних правовідносин користування житлом тут розрізняються дві групи прав та обов'язків учасників відповідного договору: головні та звичайні.

Однак зазначеними обов'язками сторін зміст правовідносин, що виникають з договору найму житла, природно, не вичерпується.

Ці умови можуть бути названі «звичайними», оскільки саме вони утворюють основний юридичний зміст цивільних правовідносин, що впливають з цивільно-правового договору найму житла, тобто складають права й обов'язки учасників цього договору і зобов'язань, які виникають на його основі.

Слідуючи за положеннями норм глави 59 ЦК України, серед обов'язків наймодавця, насамперед, варто назвати такі:

- обов'язок забезпечити придатність для постійного проживання в ньому наданого наймачеві помешкання (ч. 2 ст. 812 ЦК України);

- обов'язок забезпечити можливість користування для наймача житла майном, що обслуговує багатоквартирний житловий будинок (ч. 3 ст. 812 ЦК України);

- обов'язок забезпечувати проведення капітального ремонту, якщо інше не встановлено договором (ч. 2 ст. 819 ЦК України) [1, 249].

- обов'язок забезпечити після спливу строку договору найма житла реалізацію переважних прав наймача цього житла на укладення договору на новий строк, а у випадку продажу — на купівлю цього житла (ч. 1 та 2 ст. 822 ЦК України).

Якщо власник не надає в користування наймача здане житло, наймач вправі вимагати від власника надання цього помешкання і зажадати відшкодування збитків, заподіяних затримкою виконання, або, зі своєї сторони, відмовитися від договору і стягнути збитки, заподіяні його невиконанням.

У свою чергу, наймач зобов'язаний:

- 1) використовувати житло для проживання в ньому відповідно до договору і призначення приміщення (ч. 1 ст. 815 ЦК України);

- 2) забезпечувати збереження житла (ч. 1 ст. 815 ЦК України);

- 3) підтримувати житло в належному стані (ч. 1 ст. 815 ЦК України);

- 4) не проводити перевлаштування та реконструкцію житла без згоди наймодавця (ч. 2 ст. 815 ЦК України).

Це положення конкретизоване у ч. 3 ст. 819 ЦК України, яка передбачає, що переобладнання житлового будинку, в якому знаходиться житло, передане у найм, якщо таке переобладнання істотно змінить умови користування житлом, не допускається без згоди наймача. Отже, в даному випадку йдеться про таке переобладнання житлового будинку, яке має привести до перетворення жилих приміщень до нежилых і навпаки, в зміні призначення нежилых приміщень (кухні в коридор).

5) своєчасно вносити плату за житло (ч. 3 ст. 815 ЦК України);

6) самостійно вносити плату за комунальні послуги, якщо інше не встановлено договором (ч. 3 ст. 815 ЦК України). До комунальних послуг відносяться послуги водопостачання, тепlopостачання, газопостачання, послуги водовідведення, поставки електроенергії, вивезення побутового сміття та ін. [2];

7) робити за свій рахунок поточний ремонт, якщо інше не встановлено договором (ч. 1 ст. 819 ЦК України).

Крім того, іноді до обов'язків наймача деякі автори відносять те, що він після припинення договору найму жилого приміщення має звільнити займане приміщення в тій стані, у якому він його одержав, з урахуванням нормального зносу, або в стані, обумовленим договором [1, 250].

Оскільки однією із правомочностей наймача є право на вселення в займане житло інших осіб (ч. 1 ст. 817 ЦК України), далі здається доцільним зупинитися на питанні про права й обов'язки цих осіб та співвідношення правового становища зазначених осіб і становища членів сім'ї наймача у відношенні користування жилим приміщенням.

У ч. 1 ст. 816 ЦК України та ч. 1 ст. 817 ЦК України така категорія, як «члени сім'ї наймача», не згадується взагалі. Натомість йдеться про осіб, які «проживають разом з наймачем» (ч. 1, 2 ст. 816 ЦК України), та про осіб, які «постійно проживають з наймачем» (ч. 4 ст. 816, ч. 1 ст. 817, ч. 1 ст. 818 ЦК України).

Зокрема, у ч. 2 ст. 64 ЖК визначено, хто може бути членом сім'ї наймача. Насамперед, це дружина (чоловік) наймача, їхні діти і батьки. Поняття «дружина (чоловік)» у житловому законодавстві використовуються в юридичному значенні і під ним маються на увазі особи, що перебувають в зареєстрованому шлюбі [3, 31].

Малолітні діти наймача завжди належать до членів родини наймача, оскільки на підставі ч. 3 і 4 ст. 29 ЦК України місцем проживання таких дітей вважається місце проживання їхніх батьків [4, 45–46].

Що стосується неповнолітніх дітей наймача, а також батьків наймача і його чоловік і жінка, то зазначені особи є членами родини наймача тільки в тому випадку, якщо вони проживають разом з наймачем (ч. 2 ст. 29 ЦК України).

Членами родини наймача можуть бути й інші особи, якщо вони постійно проживають разом з наймачем і ведуть з ним спільне господарство (під веденням спільного господарства мається на увазі матеріальна участь у сімейних витратах, створення загального бюджету і т.п.). Наявність родинних зв'язків при цьому не є обов'язковою [3, 34].

На відміну від житлового законодавства, Цивільний кодекс України не відокремлює членів сім'ї наймача в окрему категорію з визнанням за ними спеціального статусу після вселення в жиле приміщення, встановлюючи, натомість, у ст. 817 право наймача та осіб, які постійно проживають разом з ним (ці особи відповідно до ст. 816 ЦК України мають рівні з наймачем прав та обов'язків щодо користування житлом), за їхньою взаємною згодою та за згодою наймодавця вселити у житло інших осіб для постійного проживання у ньому.

Крім того, ст. 818 ЦК України передбачає ще одне право наймача та осіб, які постійно проживають разом з ним.

За взаємною згодою вказаних осіб наймач та особи, які постійно проживають разом з ним, можуть дозволити тимчасове проживання у помешканні іншої особи (осіб) без стягнення плати за користування житлом (тимчасових мешканців).

Для вселення тимчасових мешканців згоди наймодавця не треба. Наймач та особи, які постійно проживають разом з ним, мають повідомити наймодавця про майбутнє проживання тимчасових мешканців. Порухення вимоги щодо попереднього повідомлення само по собі не передбачає яких-небудь наслідків для наймача і тимчасового мешканця.

Поняття тимчасових мешканців у Цивільному кодексі не розкривається, так само, як непередбачений в ньому і строк проживання цих осіб.

Причиною такого рішення є, очевидно, та обставина, що такі особи за користування житлом не сплачують плати і відповідно до ч. 2 ст. 818 ЦК України не мають самостійного права користування житлом незалежно від строку проживання і взаємовідносин з наймачем та особами, які постійно проживають разом з ним. Вони можуть користуватися лише тими приміщеннями, якими їм дозволили наймач та інші мешканці. Відповідно тимчасові мешканці не можуть дозволити проживання у помешканні інших осіб.

Частина 3 ст. 818 ЦК України встановлює, що тимчасові мешканці повинні звільнити житло після спливу погодженого з ними строку проживання або не пізніше семи днів від дня пред'явлення до них наймачем або наймодавцем вимоги про звільнення помешкання. У разі відмови звільнити житло, тимчасові мешканці виселяються за позовом наймодавця, наймача, осіб, які постійно проживають разом з ним, за рішенням суду без надання іншого житла.

Цими особливостями проживанням тимчасових мешканців істотно відрізняється від становища піднаймачів, вселення яких в помешкання також є правом наймача.

Відповідно до ст. 823 ЦК України договір найму жилого приміщення може передбачати за наймачем право надавати частину приміщення або все жиле приміщення в користування стороннім особам, якщо на це є згода всіх членів родини наймача і згода наймодавця.

Відносини піднайму оформляються відповідним письмовим договором, який може бути укладений на зазначений або невизначений термін (до вимоги звільнити жиле приміщення) [5, 114–115], але не може перевищувати строку договору найму житла (ч. 3 ст. 823 ЦК України).

Статтею 93 ЖК України передбачені умови, по яких не допускається укладання договору піднайму: якщо при вселенні піднаймачів на кожну особу, що проживає в даному житловому приміщенні буде приходиться менше норми середньої забезпеченості житлом; якщо піднаймач, що вселяється в квартиру, де живе два і більше наймачі, страждає важкою формою хронічного захворювання.

Договір піднайму може бути розірваним і достроково, якщо піднаймач і особи, що живуть разом з ним, систематично руйнують, псують жиле приміщення або використовують його не по призначенню, або систематично порушують правила гуртожитку, а також у випадку систематичної несплати квартирної плати (ст. 97 ЖК України).

Якщо піднаймач відмовляється звільнити жиле приміщення, він і члени його родини підлягають вселенню в судовому порядку без надання іншого жилого приміщення.

Отже, від піднаймачів варто відрізнити тимчасових мешканців, що можуть бути вселені наймачем відповідно до положень ст. 818 ЦК України [6, 172–173].

Згоди наймодавця на вселення тимчасових мешканців не потрібно. Строк проживання тимчасових мешканців не обмежуються, однак згідно з ч. 2 ст. 98 ЖК України вселення тимчасових мешканців у будинках державного і громадського житлового фонду на строк більший ніж півтора місяця допускається з умовою дотримання розміру житлової площі, встановленого для надання житлових приміщень.

Тимчасові мешканці зобов'язані за вимогою наймача або членів його родини негайно звільнити жиле приміщення, що займають, а у випадку відмови підлягають виселенню в судовому порядку без надання іншого жилого приміщення.

Однією із важливих правомочностей наймача традиційно вважається його право на обмін жилого приміщення, котре регламентується ст. ст. 79–88 ЖК України і затвердженими постановою Кабінету Міністрів УРСР від 31 січня 1986 р. Правилами обміну житлових приміщень в Українській РСР.

Слід зазначити, що положення зазначених законодавчих актів стосовно права на обмін жилих приміщень тривалий час відповідними державними органами нерідко трактувалися обмежувально, зокрема, у тій частині, де визначався можливий об'єкт обміну. При цьому більшість органів місцевого самоврядування виходили з того, що, оскільки обмін жилих приміщень у будинках державного та громадського фонду на житло у приватному фондi нормами законодавства прямо не передбачений, то він є неможливим.

Проте останнім часом питання про право особи, яка є наймачем за цивільно-правовим договором найма (оренди) житла, на обмін жилого приміщення, знову набуло актуальності, оскільки норми глави 59 ЦК України поміж інших прав наймача житла право на його обмін не передбачає.

Це означає, що до їхнього регулювання мають застосовуватися всі загальні засади цивільного законодавства, у тому числі, звичайно, й ті, котрі визначають можливість суб'єктів цивільних відносин здійснювати всі правочини, які не заборонені прямо законом або договором між учасниками даних відносин.

Отже, як здається, правочини обміну помешкання, яке є предметом договору найму, для наймача житла за цивільно-правовим договором найму (оренду) житла можливий за умови, коли це не заборонено договором наймача з наймодавцем.

Проте слід враховувати, що в даному випадку при «обміні» помешканнями у контексті реалізації прав наймача за договором найму житла фактично йдеться не про обмін одного майна на інше, а про обмін права користування одним жилим приміщенням на право користування іншим жилим приміщенням.

Оскільки відповідно до ст. 821 ЦК України договір найму (оренди) житла є строковим, то й обмін стосується тимчасового права користування жилим приміщенням, яке є предметом обміну у даному випадку.

Обмін допускається з письмової згоди всіх членів родини, що проживають спільно, у тому числі і тимчасово відсутніх, оскільки вони мають рівні з наймачем права та обов'язки щодо користування житлом (ст. 816 ЦК України).

Права на обмін не мають піднаймачі і тимчасові мешканці, оскільки їхнє право користування житлом відповідно до ст. ст. 818 та 823 ЦК України має вторинний характер.

Разом із тим варто звернути увагу на існування істотної різниці між обміном жилих приміщень на підставі норм житлового законодавства та обміну помешкання, що є предметом цивільного договору найму (оренди) житла.

У першому випадку гарантії прав сторін є набагато ширшими, а сам обмін може використовуватися як засіб вирішення житлового конфлікту. Зокрема, у тих випадках, коли між членами родини наймача (або колишніми членами родини) не досягнуто угоди про обмін, кожний з них вправі вимагати в судовому порядку примусового обміну займаного приміщення на приміщення в різних будинках (квартирах) (ст. 80 ЖК України).

Проте при застосуванні даного засобу вирішення житлового конфлікту не можуть порушуватися права жодного із учасників останнього, що є характерним для «соціального» договору найму жилого приміщення.

Цю особливість договору найму приміщення, укладеного суто на підставі норм житлового законодавства (ч. 2 ст. 810 ЦК України), можна проілюструвати таким прикладом з судової практики.

Пункт 12 постанови Пленуму Верховного суду України від 12 квітня 1985 р. № 2 вказує, що при примусовому обміні погіршення житлових умов відповідача не повинне допускатися. Як вбачається з заяви про обмін квартири, житлові умови не погіршилися. Тому на підставі ст. 80 ЖК України і керуючись ст. ст. 15, 30, 62 ЦПК України, суд виніс рішення про задоволення позовних вимог П. П.В. про примусовий обмін житлових приміщень.

Стаття 823 ЦК України передбачає ще одне право наймача — право на укладення договору піднайму, встановлюючи, що за договором піднайму житла наймач за згодою наймодавця передає на певний строк частину або все найняте ним помешкання у користування піднаймачеві, котрий не набуває самостійного права користування житлом.

До згоди наймодавця на укладання договору піднайму можливе застосуван-

ня положень інших норм глави 59 ЦК України, які вимагають від наймача отримати таку згоду (ст. ст. 815 і 817 ЦК України).

В ч. 1 ст. 823 ЦК відсутня вказівка на обов'язковість згоди на укладення наймачем договору піднайму осіб, які постійно проживають з наймачем.

Проте, враховуючи принцип рівності прав та обов'язків наймача і осіб, які постійно проживають з ним, слід визнати, що така згода є обов'язковою.

Предметом договору піднайму може бути частина або все найняте наймачем помешкання. Не можуть бути самостійним предметом договору піднайму підсобні приміщення (кухня, коридор, комора тощо).

Сторонами договору піднайму є наймач і піднаймач, котрий, як і тимчасовий мешканець, не набуває самостійного права користування житлом.

Договір піднайму житла є оплатним. Розмір плати за користування житлом встановлюється договором піднайму. Причому розмір цієї плати може бути більшим за розмір плати, що вноситься наймачем наймодавцю за договором найму житла відповідно до положень ст. 820 ЦК України.

Оскільки договір піднайму житла є похідним від договору найму, то ч. 3 ст. 823 ЦК України цілком логічно передбачає, що строк договору піднайму не може перевищувати строку договору найму житла. Відповідно до цього у разі припинення договору найму житла, в тому числі дострокового, одночасно з ним припиняється договір піднайму. Якщо піднаймач відмовляється звільнити житло у випадку припинення договору найму житла, він може бути виселений за рішенням суду без надання іншого житла за позовом власника житла.

З тієї ж причини до договору піднайму не застосовується положення про переважне право на укладення договору на новий строк (ч. 5 ст. 823 ЦК України).

Фактично йдеться про обмеження прав піднаймача відносно прав наймача, оскільки до договору піднайму не застосовується положення про переважне право на укладення договору на новий строк, тобто до спливу строку договору піднайму наймач може не попереджати піднаймача про відмову від укладення договору на новий строк, такий договір може вважатися укладеним на новий строк тільки після укладення нового договору, якщо новий договір піднайму укладений з іншою особою, то піднаймач не має права вимагати переведення на нього прав піднаймача.

Стаття 823 не встановлює форми договору піднайму житла, обов'язки піднаймача та осіб, які постійно проживають з ним, підстави дострокового припинення договору піднайму.

Проте, оскільки договір піднайму має похідний характер від договору найму житла, то тим самим визначаються й вимоги до договору піднайму щодо його форми, обов'язків піднаймача та осіб, які постійно проживають з ним тощо.

#### Література

1. Гражданское право в вопросах и ответах / под ред. Е. О. Харитонов. — Х. : Одиссей, 2001.
2. Послуги, що відносяться до комунальних, раніше визначав Закон «Про реструктуризацію



- заборгованості з квартирної плати, плати за житлово-комунальні послуги, спожиті газ та електроенергію» від 20 лютого 2003 р., а з 30 липня 2004 р. визначають ст. 1, 12–14 Закону України від 24 червня 2004 р. «Про житлово-комунальні послуги» // *Голос України*. — 2004. — № 140. — С. 16–18.
3. Маслов В. Ф. Право на жилище / В. Ф. Маслов. — Х. : Вища шк., 1986.
  4. Цивільний кодекс України : коментар / за ред. Є. О. Харитонова, О. М. Калітенко. — О. : Юрид. д-ра, 2003.
  5. Никитюк П. С. Жилищное право / П. С. Никитюк. — Кишинев : Штиинца, 1985.
  6. Конституционное право на жилище / отв. ред. П. А. Чеберяк. — К. : Политиздат Украины, 1986.

### Анотація

**Балан Я. В.** Права та обов'язки учасників договору найму (оренди) житла. — Стаття.

У статті аналізується сукупність умов (пунктів), які складають зміст договору найму (оренди) житла. Розглядаються три основні групи договірних умов найму (оренди) житла: істотні, звичайні та випадкові. Проте більше уваги приділяється істотним умовам договору, тому як за відсутністю хоча б однієї з таких умов договір не може вважатись укладеним. Відповідно до ч. 1 ст. 812 ЦК України предметом договору найму житла можуть бути помешкання, зокрема квартира або її частина, житловий будинок або його частина. Детально розглядається поняття «житло», вимоги до житла, відповідність для проживання.

*Ключові слова:* житло, найом (оренда) житла, договір, наймодавець, наймач.

### Аннотация

**Балан Я. В.** Права и обязанности участников договора найма (аренды) жилья. — Статья.

В статье анализируется совокупность условий (пунктов), которые составляют содержание договора найма (аренды) жилья. Рассматриваются три основные группы договорных условий найма (аренды) жилья: существенные, обычные и случайные. Однако больше внимания уделяется существенным условиям договора, потому как при отсутствии хотя бы одного из таких условий договор не может считаться заключенным. В соответствии с ч. 1 ст. 812 ГК Украины предметом договора найма жилья могут быть помещения, в частности квартира или ее часть, жилой дом или его часть. Детально рассматривается понятие «жилье», требования к жилью, соответствие для проживания.

*Ключевые слова:* жилье, найм (аренда) жилья, договор, наймодатель, наниматель.

### Summary

**Balan Y. V.** Rights and Obligations of Members of the Accommodation Rental Agreement. — Article.

The article examines the set of conditions (points) that combine the content of the accommodation rental agreement. Three main groups of agreement conditions: essential, regular and random are considered. However, more attention is paid to the essential conditions of the contract, to the fact that with the absence of at least one of those conditions the agreement can not be considered as concluded. According to the article 812 part 2 of the Civil code of Ukraine a housing accommodation, including flat or its part, a house or its part can be the subject of the accommodation rental agreement. The concepts of accommodation, requirements for accommodation, living suit capacity.

*Keywords:* accommodation, accommodation rent, agreement, lessor, rentor.

**ОСОБЛИВОСТІ ОБМІНУ ЖИЛИХ ПРИМІЩЕНЬ  
У БУДИНКАХ (КВАРТИРАХ), ЩО НАЛЕЖАТЬ ГРОМАДЯНАМ  
(НА ПРАВІ ПРИВАТНОЇ ВЛАСНОСТІ)**

Приступаючи до розгляду цього питання варто зробити застереження стосовно того, про який обмін має йтися в даному випадку. Передусім варто зазначити, що неточним було б говорити про «обмін житла», оскільки поняття «житло», як зазначалося, охоплює і будинки, і квартири, і окремі жилі приміщення, користування якими здійснюється на різних правових підставах.

Тому уявляється доцільним розрізняти, скажімо, «обмін жилими приміщеннями» («обмін жилих приміщень»), позначаючи терміном «жилі приміщення» житло, користування яким здійснюється на підставі договору, відносин споріднення, та «обмін приватного житла», маючи тут на увазі обмін будинками й помешканнями, користування якими здійснюється власником (на праві приватної власності) тощо. (Принагідно варто зауважити розбіжність у термінології вітчизняного житлового законодавства, яке регулює відносини обміну житла. Якщо в ст. ст. 79, 80, 81, 82, 84, 85, 89 ЖК йдеться про обмін «жилого приміщення» або ж «жилих приміщень», то в ст. ст. 83, 86, 87, 88, 164 ЖК йдеться про «обмін жилими приміщеннями». На перший погляд, термінологічні розбіжності не мають суттєвого значення. Проте вживанням того чи іншого терміна фактично характеризується мета дій особи, яка користувалася жилим приміщенням і прагне обміняти його на будь-що (обмін «жилого приміщення», «жилих приміщень» на щось) чи обміняти його саме на інше «жиле приміщення» («обмін жилими приміщеннями»)).

Що стосується обміну жилих приміщень у приватних будинках (квартирах), користування якими здійснюється на підставі договору найму, то стосовно такого обміну особливих правових проблем практично не виникає.

Щоправда, у зв'язку з тим, що в главі 59 ЦК України «Найм (оренда житла)» поміж інших прав наймача житла право на його обмін не передбачається, деякі практичні працівники одразу після прийняття Цивільного кодексу висловлювали сумніви щодо можливості обміну приватного житла, посиляючись на те, що законодавці негативно поставилися до такої ідеї, не передбачивши право на обмін серед прав наймача (які, втім, також у главі 59 ЦК України, на відміну від його обов'язків — ст. 815 ЦК, спеціально й детально не визначені).

Однак такі сумніви уявляються безпідставними, оскільки ця прогалина цивільного законодавства є лише уявною. Адже це питання вирішує спеціально присвячена регулюванню відносин обміну в приватному фонді ст. 164 ЖК «Обмін жилими приміщеннями в будинках (квартирах), що належать громадянам». Названа норма передбачає, що наймач жилого приміщення в будинку (квартирі), що належить громадянину на праві приватної власності, має право за письмовою згодою проживаючих разом з ним членів сім'ї, включаючи тим-

часово відсутніх, а також власника будинку (квартири), здійснити обмін займаного жилого приміщення з іншим наймачем у цьому будинку (квартирі) або в іншому будинку (квартирі), що належить громадянину на праві приватної власності. Відмову власника будинку (квартири) в згоді на обмін жилих приміщень не може бути оспорено в судовому порядку [1, 456].

Порівняння тексту ст. 164 ЖК з текстом ст. 79 ЖК дозволяє зробити висновок, що норми, які в них містяться, є досить близькими за змістом і загальною спрямованістю.

Разом із тим ст. 164 ЖК порівняно зі ст. 79 ЖК містить низку обмежень прав фізичної особи на обмін, які полягають в такому.

По-перше, на відміну від ст. 79 ЖК, ст. 164 ЖК вимагає письмової згоди на обмін з боку власника будинку (квартири).

По-друге, якщо наймач жилого приміщення в будинку державного або громадського (комунального) фонду може здійснити обмін цього приміщення з іншим наймачем (при цьому, ст. 79 ЖК не обмежує зазначене право вказівкою про те, про наймача в якому саме виді фонду йдеться) або членом житлово-будівельного кооперативу, то наймач приватного житла може здійснити обмін займаного жилого приміщення лише з іншим наймачем у цьому будинку (квартирі) або в іншому будинку (квартирі), що належить громадянину на праві приватної власності. Отже, він не має права на обмін ані стосовно наймача жилого приміщення в будинках державного або комунального житлового фонду, ані з членом ЖБК, ані, навіть, з іншим наймачем жилого приміщення, яке належить на праві приватної власності не громадянину (фізичній особі), а юридичній особі.

По-третє, винятком із загального правила, встановленого щодо обміну жилих приміщень у будинках державного або громадського (комунального) фонду, є те, що відмову власника приватного будинку (квартири) в його згоді на обмін жилих приміщень не може бути оспорено в судовому порядку.

Таке вирішення зазначених питань виглядає досить архаїчним і може бути пояснене лише застарілістю норм чинного ЖК, прийнятого більше ніж чверть століття тому. Але, якщо, скажімо, у радянські часи ймовірним виглядало пояснення фактичної заборони обміну наймачем жилого приміщення в будинку, що належить громадянину, на приміщення в будинку державного чи громадського фонду, фонду ЖБК тощо прагненням не допустити незаконного отримання житла шляхом використання несумлінними громадянами обміну [1, 456], то сьогодні такі мотиви виглядають щонайменше маловірогідними.

У зв'язку із цим варто зазначити, що у вітчизняній літературі вже досить давно зверталася увага на хибність такого підходу [2, 56] і наголошувалося на тому, що питання обміну (зокрема, стосовно права на обмін наймача) мають вирішуватися з урахуванням положень вітчизняного законодавства про рівність усіх форм власності. У цьому контексті слушно зверталася увага й на те, що до регулювання відносин обміну жилих приміщень приватного фонду, користування якими здійснюється на підставі договору найму, мають застосовуватися загальні засади цивільного законодавства, також і ті, що визначають мож-

ливість суб'єктів цивільних відносин здійснювати всі правочини, які не заборонені прямо законом або договором між учасниками даних відносин. Відтак правочини обміну помешканням, яке є предметом договору найму, для наймача житла за цивільно-правовим договором найму (оренди) житла можливі за умови, коли це не було прямо заборонено договором наймача з наймодавцем при укладенні такого договору [3, 137–141].

Погоджуючись з таким висновком, слід також звернути увагу на те, що положення ч. 2 ст. 164 ЖК суперечать загальним засадам захисту цивільних прав громадян, установленим Конституцією України та розвинутим у вітчизняному цивільному законодавстві [4], згідно з яким особа не може бути позбавлена права на судовий захист. З урахуванням положень Конституції України й принципів вітчизняного цивільного законодавства, слід визнати, на нашу думку, що ч. 2 ст. 164 ЖК не може застосовуватися при розгляді спорів про обмін жилих приміщень у будинках, що належать громадянам, як така, що не відповідає загальним засадам українського законодавства й порушує право громадян на судовий захист їх цивільних прав і інтересів. Тому сторони договору найму жилого приміщення в приватних будинках (квартирах) можуть включати до цього договору застереження стосовно того, що наймач не має права на обмін жилого приміщення, але й вони не мають право передбачати своїм договором позбавлення наймача права звернутися по судовий захист. Перевага угоди сторін над приписом закону впливає з принципу свободи договору, але перевага принципу судового захисту над угодою учасників цивільних відносин і нормами законодавства впливає з положень природного права, закріплених в Конституції України та загальних засад цивільного законодавства.

При вирішенні питань обміну наймачем жилих приміщень, які належать до приватного житлового фонду, виникає також проблема визначення кола членів сім'ї наймача, згода яких необхідна для здійснення обміну. Справа в тому, що глава 6 ЖК, яка регулює відносини користування жилими приміщеннями в будинках (квартирах) приватного житлового фонду, не містить поняття або переліку членів сім'ї наймача жилого приміщення в будинку (квартирі), що належить громадянину. Передбачаючи в ст. 160 ЖК широке коло прав і обов'язків членів сім'ї наймача (таке ж широке як для наймача), законодавці обмежились відтворенням тут лише ч. 1 ст. 64 ЖК «Права і обов'язки членів сім'ї наймача». Разом із тим положення ч. 2 та 3 ст. 64 ЖК, де містяться вказівки стосовно того, хто належить до членів сім'ї наймача й які права мають колишні члени сім'ї наймача, які продовжують проживати в займаному жилому приміщенні, у главі шостій ЖК не відтворені, що породжує певні проблеми. Зокрема, залишається незрозумілим, чи можуть бути використані в порядку аналогії закону правила ч. 2 та 3 ст. 64 ЖК. Цілком логічно припустити, що така можливість не виключається, оскільки і в одному, і в другому випадках йдеться про сферу регулювання відносин користування житлом. Деякі автори навіть окремо наголошують на тому, що для житлових правовідносин у цілому базовим слід вважати визначення члена сім'ї, що міститься в ч. 2 ст. 64 ЖК [5, 367].

Але якщо такий підхід взагалі не викликав сумнівів до прийняття чинного ЦК України у зв'язку з тим, що відносини користування жилими приміщеннями за договором регламентувалися тільки Житловим кодексом, то тепер має враховуватися й та обставина, що відносини найму (оренди) житла (передусім, у будинках приватного фонду) регулюються також нормами глави 59 ЦК України. У результаті виникає колізія норм, про яку вже йшлося у вітчизняній науковій літературі.

На відміну від житлового законодавства, Цивільний кодекс не виокремлює членів сім'ї наймача в окрему категорію з визнанням за ними спеціального статусу після вселення в жиле приміщення, установлюючи, натомість, у ст. 817 право наймача та осіб, які постійно проживають разом з ним (ці особи відповідно до ст. 816 ЦК України мають рівні з наймачем права та обов'язки щодо користування житлом), за їх взаємною згодою та за згодою наймодавця вселити в житло інших осіб для постійного проживання в ньому.

Слід також звернути увагу ще на одну колізію норм житлового й цивільного законодавства, яка виникає при вирішенні питань про встановлення кола осіб, згода яких є необхідною для обміну наймачем жилого приміщення, що знаходиться в будинку (квартирі), що належить громадянам (приватний житловий фонд).

Йдеться про членів сім'ї наймача, які не вселилися з ним відразу при укладенні договору найму жилого приміщення, а були вселені пізніше відповідно до положень ст. 161 ЖК, що передбачає право наймача на вселення інших осіб у займане ним жиле приміщення в будинку (квартирі), що належить громадянину. Відповідно до згаданої норми Житлового кодексу наймач має право вселити в займане ним жиле приміщення в будинку (квартирі), що належить громадянину на праві приватної власності, свою дружину, дітей, батьків, а також інших осіб за письмовою згодою власника будинку (квартири) й усіх членів сім'ї, які проживають з наймачем. На вселення до батьків їх неповнолітніх дітей зазначеної згоди не потрібно.

Згідно з ч. 2 ст. 161 ЖК особи, які були вселені в займане наймачем жиле приміщення як члени сім'ї наймача, набувають рівного з іншими членами сім'ї права користування приміщенням, якщо при їх вселенні між цими особами, наймодавцем, наймачем та членами його сім'ї, які проживають разом з ним, не було іншої угоди про порядок користування жилим приміщенням.

Попри зовнішню простоту й ясність наведеного правила, його існування не виключає непорозуміння при застосуванні зазначеної норми, про що йшлося в коментарях до житлового законодавства.

Деякими авторами слушно зверталася увага на те, що порядок та наслідки вселення наймачем і особами, які постійно проживають разом з ним, у займане ними житло інших осіб регламентується, крім ст. 161 ЖК, ще й ст. 817 ЦК України, норми якого (до того ж, маючи пріоритет) інакше визначають правове становище пізніше вселених членів сім'ї наймача [5, 386–387].

Погоджуючись з зауваженням стосовно існування розбіжностей між правилами Цивільного й Житлового кодексів щодо визначення статусу членів сім'ї

наймача, ми, разом із тим, маємо констатувати, що автори не торкаються питань установлення наслідків існування зазначених розбіжностей для врегулювання питань обміну жилих приміщень.

Отже, проаналізуємо названу розбіжність детальніше й з урахуванням її значення для вирішення спорів, пов'язаних з обміном жилих приміщень у будинках приватного фонду.

Згідно з ч. 2 ст. 161 ЖК вселені в установленому порядку особи отримують рівне з наймачем та іншими проживаючими з ним особами право користування жилим приміщенням, якщо при їх вселенні між цими особами, наймодавцем, наймачем та членами його сім'ї, які проживають разом з ним, не було іншої угоди про порядок користування жилим приміщенням. Тобто названа норма Житлового кодексу чітко вказує, що мається на увазі угода про порядок користування жилим приміщенням. Звідси випливає висновок, що вселена особа обмежена у праві користування жилим приміщенням, але все ж таки набуває права давати або не давати згоду на обмін наймачем жилого приміщення, оскільки тут йдеться фактично про право обмеженого розпорядження жилим приміщенням.

Натомість, ст. 817 ЦК України передбачає, що інші особи, вселені наймачем «у житло для постійного проживання в ньому», набувають рівних з іншими особами прав користування житлом, якщо інше не було передбачено при їх вселенні. Отже, у зазначеній нормі ЦК України йдеться лише про виникнення прав користування та їх обмеження.

Але, якщо стосовно членів сім'ї наймача в будинках державного й громадського у ст. ст. 64 та 160 ЖК вказується, що вони «користуються нарівні з наймачем усіма правами й несуть усі обов'язки, що випливають з договору найму», то ст. ст. 816 та 817 ЦК України містять дещо інші формулювання й положення, що звідси випливають. Так у ч. 1 ст. 816 ЦК України передбачається, що «у договорі найму житла мають бути вказані особи, які проживають разом із наймачем. Ці особи набувають рівних з наймачем прав та обов'язків щодо користування житлом». У ч. 2 ст. 817 ЦК України вказується, що «особи, які вселилися у житло відповідно до частини першої цієї статті, набувають рівних з іншими особами прав користування житлом, якщо інше не було передбачено при їх вселенні».

Отже, якщо в наведених нормах Житлового кодексу йдеться про рівність «усіх прав і обов'язків наймача та членів його сім'ї», то в зазначених нормах ЦК України йдеться лише про «рівність прав та обов'язків щодо користування житлом».

З викладеного, на нашу думку, випливає висновок про наявність кількох колізій між нормами цивільного й житлового законодавства, які стосуються відносин обміну житла (жилих приміщень).

По-перше, на відміну від Житлового кодексу, ЦК України не передбачає існування категорії «члени сім'ї наймача», що змушує ставити питання про пріоритетність норм цивільного й житлового законодавства та доцільність їх узгодження в цій галузі.

По-друге, на відміну від Житлового кодексу, ЦК України не передбачає прямо необхідності згоди на обмін наймачем житла в будинках приватного житлового фонду з боку членів його сім'ї. Необхідність такої згоди може впливати хіба що з договору найму (оренди) житла, в якому таке право членів сім'ї наймача (інших осіб, які вказані в договорі найму житла як такі, що проживатимуть разом з наймачем) може бути передбачене відповідно до ч. 1 ст. 816 ЦК України.

По-третє, на відміну від норм цивільного законодавства, зміст ст. ст. 160, 161 ЖК дає підстави для припущення, що члени сім'ї наймача, вселені ним у наймане ним приміщення для проживання в ньому, набувають рівних з іншими особами, які раніше проживали в цьому жилому приміщенні, прав стосовно дачі згоди на обмін (навіть за наявності застереження про інакший щодо них порядок користування жилими приміщеннями).

### Література

1. Жилищный кодекс Украинской ССР : науч.-практ. коммент. / М. А. Голодный, П. Н. Дятлов, В. И. Жуков. — К. : Политиздат Украины, 1990. — 542 с.
2. Харитонов Є. О. Про обмін жилих приміщень та деякі інші проблеми житлового законодавства // Радянське право. — 1989. — № 11. — С. 75–77.
3. Гуляк Я. В. Договір найму (оренди) житла за цивільним законодавством України : дис... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Я. В. Гуляк. — О., 2005. — 204 с.
4. Колодій А. М. Конституція і розвиток принципів права України (методологічні питання) : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 ; 12.00.02 / А. М. Колодій. — К., 1999. — 36 с.
5. Житловий кодекс України : наук.-практ. комент. / [Є. О. Харитонов, М. К. Галантич, О. І. Харитонова] ; за заг. ред. Є. О. Харитонова, Н. Ю. Голубевої. — Х. : Одиссей, 2009. — 480 с.

### Анотація

**Берназ-Лукавецька О. М.** Особливості обміну жилих приміщень у будинках (квартирах), що належать громадянам (на праві приватної власності). — Стаття.

У статті дається характеристика особливостей обміну жилих приміщень у будинках (квартирах), що належать громадянам (на праві приватної власності) за чинним житловим законодавством, а також визначається коло членів сім'ї наймача, згода яких необхідна для здійснення обміну.

**Ключові слова:** обмін жилих приміщень у будинках (квартирах), що належать громадянам, умови обміну жилих приміщень у будинках (квартирах), що належать громадянам, обмін житла, члени сім'ї наймача, Житловий кодекс України.

### Аннотация

**Берназ-Лукавецкая О. М.** Особенности обмена жилыми помещениями в домах (квартирах), которые принадлежат гражданам (на праве частной собственности). — Статья.

В статье дана характеристика особенностей обмена жилых помещений в домах (квартирах), которые принадлежат гражданам (на праве частной собственности), согласно действующему законодательству, а также определен круг членов семьи нанимателя, согласие которых необходимо для осуществления обмена.

**Ключевые слова:** обмен жилых помещений в домах (квартирах), которые принадлежат гражданам, условия обмена жилых помещений в домах (квартирах), которые принадлежат гражданам, обмен жилья, члены семьи нанимателя, Жилищный кодекс Украины.

### Summary

**Bernaz-Luckavetskaya Helen. Features of Exchanging Living Quarters in Houses (Apartments), Which Belongs to Citizens (the Right of Private Property). — Article.**

In the article the characteristic features of exchanging living quarters in houses (apartments), which belongs to citizens (the right of private property), in accordance with applicable law, as well as defined the circle of family members of an employer whose consent is necessary for the exchange.

**Keywords:** exchanging living quarters in houses (apartments), which belong to citizens, the conditions of the exchange of residential homes (apartments), which belongs to citizens, the exchange of the habitable dwellings, family members of an employer, the Housing code of Ukraine.

УДК 347.4

*Н. Ю. Голубева*

### ХАРАКТЕРИСТИКА ЕЛЕМЕНТІВ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

Категорія зобов'язань є однією із ключових у системі цивільно-правових понять та категорій. Зобов'язання належать до числа основних правових засобів, які опосередковують торговий обіг на різних етапах розвитку людства, тому їх дослідження ніколи не втрачають актуальності.

До цієї теми спеціально чи побічно звертались багато авторів дореволюційного, радянського та сучасного періодів: М. М. Агарков, В. А. Белов, Т. В. Боднар, М. І. Брагинський, С. М. Братусь, В. В. Вітрянський, В. П. Грибанов, О. В. Дзера, О. С. Іоффе, Н. С. Кузнецова, В. В. Луць, Д. І. Мейєр, І. Б. Новицький, Р. Саватьє, О. М. Садіков, І. В. Спасибо-Фатеева, Є. О. Харитонов, Я. М. Шевченко, Г. Ф. Шершеневич та ін.

Метою цієї статті є аналіз елементів цивільного зобов'язання як правовідношення на сучасному етапі розвитку цивільного права та законодавства. Зобов'язанню властиві ті ж елементи, що і будь-якому цивільному правовідношенню: суб'єкти, об'єкти, зміст.

У зобов'язанні беруть участь дві сторони: зобов'язана сторона — боржник, зобов'язаний вчинити певну дію, що становить зміст зобов'язання, чи утриматися від певних дій, та управнена сторона — кредитор, який має право вимагати виконання зобов'язання. Суб'єкти зобов'язання іменуються як кредитор та боржник (в окремих видах зобов'язань вони мають спеціальні назви, як, наприклад, позичальник — позикодавець, орендар — орендодавець).

Але це не означає, що у всіх зобов'язаннях одночасно беруть участь тільки дві особи. По-перше, кількість кредиторів і боржників в конкретному зобов'язанні не обмежується, тому можливі зобов'язання з множинністю осіб. В залежності від кількості суб'єктів на тій або іншій (або на кожній) стороні зобов'язань розрізняють зобов'язання прості і складні (з множинністю осіб). По-друге, в деяких зобов'язаннях крім боржника і кредитора можуть брати участь і інші суб'єкти — треті особи.

Треті особи, беручи участь в зобов'язаннях, зв'язані правовідносинами лише з одним з основних суб'єктів — з кредитором, або з боржником. Це відрізняє



їх, зокрема від субсидіарних зобов'язань, в яких додатковий боржник зв'язаний правовідносинами як з основним боржником, так і з його кредитором, а тому виступає як боржник, а не як самостійна третя особа.

Стаття 511 ЦК України встановлює імперативне правило — зобов'язання не створює обов'язку для третьої особи. Разом з тим у випадках, встановлених договором, зобов'язання може породжувати для третьої особи права щодо боржника та (або) кредитора. Це можливе, наприклад, у випадку укладення договору на користь третьої особи (ст. 636 ЦК).

До зобов'язань за участі третіх осіб відносяться: зобов'язання на користь третьої особи; зобов'язання, що виконуються третьою особою (передоручення виконання); зобов'язання, що виконуються третій особі (переадресація виконання). Також до зобов'язань за участі третіх осіб відносять регресні.

Заміна осіб у зобов'язанні передбачає заміну особи на стороні кредитора чи боржника, що супроводжується відповідним правонаступництвом. Це питання часто стає об'єктом досліджень цивілістів, тому зупинимось лише на такому аспекті, як підстави заміни кредитора у зобов'язанні. Нами можна вважати: 1) цесію (відступлення права вимоги) — передання ним своїх прав іншій особі за правочином; 2) правонаступництво — воно може бути як універсальним (наприклад, спадкування за загальними правилами), так і сингулярним, тобто частковим (наприклад, у деяких випадках реорганізації юридичних осіб); 3) суброгацію — виконання зобов'язання за боржника третьою особою із вступом зазначеної особи у права кредитора (наприклад, п. 3 ст. 528 ЦК, ст. 993 ЦК України).

Заміну кредитора слід відрізнити від права регресу (права зворотної вимоги), яке виникає, наприклад, внаслідок виконання боржником солідарного обов'язку (ст. 544 ЦК України), відшкодування шкоди, завданої іншою особою (ст. 1191 ЦК України), сплатення гарантом сум за боржника, що дає змогу пред'являти зворотну вимогу (регрес) до боржника в сумі, що була сплачена ним за гарантією кредиторів (ст. 569 ЦК України).

Окремо зупинимось на одній з підстав заміни кредитора — суброгації. Суброгацією називається один з окремих випадків недоговірної заміни кредитора в зобов'язанні.

Не варто змішувати поняття «суброгація» і «цесія», хоч останнє також є інститутом переходу прав кредитора. Розходження між цими поняттями проявляється у підставі їхнього виникнення. Підставою цесії є двосторонній правочин. Підставою суброгації є закон і настання зазначених у ньому обставин.

До того ж одна з основних відмінностей суброгації від цесії полягає в тому, що при суброгації третя особа виконує зобов'язання (найчастіше у формі платежу), у силу чого займає місце первісного кредитора; при цесії ж зміна кредиторів відбувається без виконання зобов'язання. Таким чином, при суброгації відбуваються дві дії: платіж кредиторів й передача прав кредитора особі, що зробила платіж; при цесії ж має місце лише друга дія.

Прикладом суброгації є перехід прав кредитора відповідно до ч. 3 ст. 528 ЦК України: інша особа може задовольнити вимогу кредитора без згоди борж-

ника у разі небезпеки втратити право на майно боржника (право оренди, право застави тощо) внаслідок звернення стягнення кредитором на це майно. При цьому інша особа може запропонувати кредиторowi виконання не лише не запитуючи на це згоди боржника, а навіть не повідомляючи його про намір здійснити виконання зобов'язання іншою особою. Зі змісту цієї правової норми випливає, що інша особа має право на виконання не будь-якого обов'язку боржника, а виключно такого обов'язку, який є простроченим.

Таке виконання вимоги кредитора до боржника має наслідком перехід прав кредитора до цієї особи. Тобто йдеться про випадок, коли надання виконання за боржника третьою особою не припиняє зобов'язання, але тягне за собою заміну активного суб'єкта зобов'язання — первісний кредитор вибуває із зобов'язання, а на його місце вступає третя особа, що виконала зобов'язання.

Ще один приклад суброгації — ст. 993 ЦК України, у відповідності до якої до страховика, який виплатив страхове відшкодування за договором майнового страхування, у межах фактичних витрат переходить право вимоги, яке страхувальник або інша особа, що одержала страхове відшкодування, має до особи, відповідальної за завдані збитки.

Оскільки у відповідності до ст. 993 ЦК України вимоги страховика про відшкодування збитків пред'являються до особи, відповідальної за їх заподіяння, слід встановити відповідальність такої особи. Мають бути в наявності всі умови вказані у ст. 1166 ЦК України.

Оскільки суброгація є різновидом заміни кредитора у зобов'язанні — на неї розпоряджуються норми ст. ст. 512–519 ЦК України.

Переведення боргу (заміну боржника) у цивілістиці називають делегацією. Особа боржника має велике значення для кредитора, який, вступаючи в договір, урахував його майнове становище, обов'язковість і інші якості, оскільки платоспроможність боржника, наявність у нього майна, на яке може бути звернене стягнення, відіграють істотну роль у зобов'язанні. Тому переведення боргу на відміну від цесії можливе тільки зі згоди іншої сторони (кредитора). Однак необхідно мати на увазі, що це правило діє, якщо підставою перекладу боргу є угода сторін, і не застосовується, якщо заміна боржника відбувається на підставі спадкування.

Заміна боржника можлива навіть у зобов'язаннях, пов'язаних з особистістю їх учасників — виражаючи свою згоду на переведення боргу, кредитор оцінює перспективи виконання зобов'язання новою особою, фактично має місце досягнення нової домовленості.

Законодавча конструкція заміни боржника у зобов'язанні за правочином, втілена у ст. 520 ЦК України, свідчить, що законодавець розглядає категорії «заміна боржника у зобов'язанні» і «переведення боргу» як ідентичні. Такий підхід заслуговує критичної оцінки з огляду на те, що боржник у зобов'язанні може бути замінений з інших підстав, пов'язаних не лише з переведенням боргу [1, 11], що науковцями трактується як договір.

Тому, підставами заміни боржника у зобов'язанні можуть бути: 1) договір про переведення боргу між первісним та наступним боржниками при наявності

згоди кредитора; 2) добровільне прийняття боргу боржника іншою особою, що закріплюється у договорі між кредитором та новим боржником; 3) універсальне правонаступництво, наприклад, при спадкуванні обов'язків спадкодавця.

Об'єкт зобов'язання. Юридичним об'єктом зобов'язання є певна поведінка зобов'язаної особи, тобто дія або бездіяльність, що повинна виконати зобов'язана особа. Об'єкт зобов'язання варто відрізнити від того об'єкта права (річ, цінний папір, робота), у відношенні якого відбувається дія. Так, предметом обов'язку передати певну річ є не сама річ, а дія по її передачі.

Об'єкт зобов'язання повинен володіти наступними властивостями: 1) бути корисним; 2) бути визначеним; 3) бути фактично можливим; 4) бути юридично можливим.

Так, об'єкт зобов'язання бути корисним для того, на чию користь установлений обов'язок. Визначеність об'єкта зобов'язання тісно пов'язана з корисністю, оскільки зміст обов'язку не може вважатися досить визначеним, якщо можливо таке виконання, що не задовольняє інтерес правоволодільця, і навпаки, якщо таке марне виконання можливо, то предмет досить визначений. Отже, визначеність предмету зобов'язання означає, що поведінка, яка складає об'єкт обов'язку повинна бути визначеною до такого степеня, щоб виконання задовольняло інтерес особи, на користь якої встановлений обов'язок.

Таким чином, визначеність залежить від того інтересу, котрий підлягає задоволенню. Якщо мова йде про те, що необхідно нагодувати дуже голодну людину, то можна зобов'язатися доставити 1 кг їжі, тому що будь-яка їжа задовольнить його інтерес. Якщо ж мова йде про те, що потрібно піти в магазин, тому що в будинку не вистачає продуктів, то зобов'язатися принести 1 кг їжі не можна. Доставивши 1 кг хліба, ви не виконаєте обов'язок, тоді як саме хліб, можливо, у будинку і є [2, 90].

Дія, що має бути здійснена зобов'язаною особою, повинна бути фактично («фізично») можливою.

Фізична неможливість стосується самої природи якого-небудь явища або речі, охоплює собою «обставини фактичного порядку» [3, 93]. Наприклад, у випадку загибелі індивідуально-визначеної речі, що мала стати об'єктом зобов'язання.

Не слід розуміти фізичну неможливість обмежно, а тому не можна погодитися із твердженням, що в подібній ситуації «виконання договору залежить від існування конкретної особи або конкретної речі, які після укладання договору фізично гинуть» [4, 141]. Адже така неможливість може полягати і у фізичній нездійсненності дій внаслідок виникнення тих або інших обставин.

Юридична неможливість об'єкта зобов'язання виникає тоді, коли відповідна поведінка є протиправною. Особа не зможе виконати зобов'язання в силу розпорядження компетентних органів (у випадку видання нормативного або індивідуального акту державного органа), що забороняє саме ту дію, що мала стати об'єктом зобов'язання. У цьому випадку фізична (фактична) можливість виконати зобов'язання може існувати, однак реалізація даної можливості буде розглядатися як правопорушення.

При цьому неможна змішувати неможливість виконання (фактичну чи юридичну), що тягне припинення зобов'язання (у відповідності до ст. 607 ЦК України, зобов'язання припиняється неможливістю його виконання у зв'язку з обставиною, за яку жодна із сторін не відповідає) та можливість виконання як вимогу до об'єкту зобов'язання.

Так, неможливість виконання розрізняється у залежності від часу її виникнення. З цього погляду вона може бути первісною, тобто такою, що існує у момент, коли зобов'язання повинне було виникнути, і наступною (вторинною) — такою, що настала вже під час існування зобов'язання. Таким чином, зазначене розмежування проводиться залежно від того, чи існувала неможливість реального виконання під час укладення договору або виконання умов договору стало неможливим згодом.

Стосовно первісної неможливості виконання Г. Дернбург зазначав, що, оскільки неможливе — нездійсненне, то воно не й може бути предметом зобов'язання [5, 41]. Варто згадати, що ця теза ґрунтується на сентенції давньоримських правознавців: «*Impossibilium nulla est obligatio*» (неможливе не може служити предметом зобов'язання). Разом із тим у цього правила у Стародавньому Римі була досить обмежена сфера застосування — в основному у формальних стипуляційних зобов'язаннях, спрямованих на надання у власність речі [6, 302]. Необхідною умовою дійсності була можливість існування об'єкта, щодо якого укладалася угода про передачу права власності. Як приклад недійсної угоди називалася стипуляція стосовно раба, що вже помер, про кентавра, тобто про об'єкти, які більше не існують, або, які за своєю природою не можуть існувати (Інституції 3,19). До речей, що фізично не існують, дорівнювалися об'єкти, вилучені з обігу, а також дії, що немислимі по самій своїй суті (Д. 45.1). Питання про неможливість виконання ставилося не у зв'язку з конкретною обставиною даного випадку, а абстрактно, об'єктивно: неможливим є те, що немислиме в силу космологічної сили, що стоїть над людством. При неформальних угодах питання про неможливість виконання ставилося головним чином у зв'язку з питанням про винність або невинність боржника. Звідси випливало, що, наприклад, неформальний договір про продаж вільної людини міг бути дійсним і породжувати вимогу про відшкодування інтересу [7, 187].

Стаття 607 ЦК України має на увазі насамперед неможливість виконання наступну, оскільки неможливість, що існує в момент, коли зобов'язання мало виникнути, означає, що воно просто не виникне.

Так, укладений договір факторингу, за яким одна юридична особа зобов'язується придбати грошові вимоги іншої юридичної особи. Однак перша юридична особа не змогла одержати ліцензію на здійснення діяльності як фактор. У наявності первісна неможливість виконання зобов'язання.

У цьому випадку зобов'язання не припиняється за правилами ст. 607 ЦК України. У наявності дефект об'єкта, а тому зобов'язання є невиниклим взагалі (договір не є укладеним).

З іншого боку, іноді вважають, що зобов'язання нікчемне, якщо неможливість була наявною в момент установлення зобов'язання, байдуже чи була

усунута ця неможливість згодом, чи ні. Тобто, первісна неможливість протиставляється не тільки наступній неможливості, але й наступній можливості. У літературі заперечували вказану тезу з посиланням на те, що для кредитора важливим є питання про можливість виконання зобов'язання саме у момент настання строку виконання [8, 52]. Сторона, яка має право вимагати виконання зобов'язання, зацікавлена в тому, щоб виконання було можливим саме в момент настання строку виконання. Натомість, та обставина, чи можливим було виконання зобов'язання в момент укладання договору, для кредитора в більшості випадків цілком байдуже. Думається, що недоцільно позбавляти кредитора права вимагати від боржника виконання, якщо таке стало знову можливим до моменту настання строку виконання зобов'язання або до моменту пред'явлення вимоги у зобов'язанні безстроковому.

А тому в деяких випадках питання про неможливість виконання (якщо вона не остаточна, наприклад, у випадку загибелі індивідуально-визначеної речі, що підлягає передачі за договором, має місце остаточна неможливість виконання договору, боржник уже ніколи та ні за яких умов не зможе виконати своє зобов'язання в натурі) слід ставити у той момент, коли має бути проведено виконання зобов'язання.

Характерною рисою зобов'язання є те, що на перший план у зобов'язанні виступають позитивні дії боржника, а негативна поведінка (утримання від вчинення визначених дій) не мають визначального характеру.

У багатьох зобов'язаннях виділяють також матеріальний об'єкт зобов'язання — конкретне майно, з приводу якого, наприклад, укладається договір. В ряді зобов'язань матеріальний об'єкт взагалі відсутній, наприклад, в деяких договірних зобов'язаннях з надання послуг.

З метою уникнення плутанини в теорії, законодавстві і на практиці, юридичний об'єкт доцільно замінити терміном «предмет», а матеріальний об'єкт — «об'єкт», що відповідає визначенню цих термінів в теорії права та філософії. Хоча треба враховувати, що у ЦК України саме матеріальний об'єкт зобов'язання називається «предмет договору».

Зміст зобов'язального правовідношення складає право вимоги кредитора і борг боржника. Право вимоги однієї сторони і відповідний їй обов'язок іншої сторони направлені на те, щоб боржник вчинив певну дію або утримався від якої-небудь дії. Таким чином, розрізняють зобов'язання з позитивним змістом, коли боржник зобов'язаний вчинити на користь кредитора яку-небудь дію, і з негативним змістом, коли боржник зобов'язаний утриматися від здійснення дії.

Утримання від дій також являє собою вольовий акт із чітко позначеними межами. Із цієї причини не слід змішувати утримання від дій з бездіяльністю. І дія, і утримання від дії можуть носити як однократний, так і багаторазовий, але завжди конкретний характер. Прикладом дій служить обов'язок постачальника передавати покупцеві продукцію у вигляді певної партії або передавати конкретні партії щомісяця, щотижня або щодня. Нарешті, зобов'язання може передбачати безперервне здійснення дій протягом певного періоду (приклад — договір енергопостачання) [9, 517].

Зобов'язання, як правило, визначає, які дії (утримання від дій), ким, у якому обсязі, коли, де і як повинні бути виконані.

### Література

1. Смілянський І. П. Заміна боржника у зобов'язанні за цивільним законодавством України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / І. П. Смілянський. — О., 2010.
2. Фогельсон Ю. Б. Избранные вопросы общей теории обязательств : курс лекций / Ю. Б. Фогельсон. — М. : Юрист, 2001.
3. Камалитдинова Р. А. Развитие доктрины невозможности исполнения обязательств в различных правовых системах // Актуальные проблемы гражданского права : сб. ст. / под ред. М. И. Брагинского. — М., 2002. — Вып. 4. — С. 112–168.
4. Павлов А. А. Некоторые вопросы учения о невозможности исполнения обязательств // Очерки по торговому праву : сб. науч. тр. / под ред. Е. А. Крашенинникова. — Ярославль, 2004. — С. 49–60.
5. Дерибурж Г. Пандекты. Т. III. Обязательственное право / Г. Дерибурж. — М., 1901.
6. Римское частное право : учебник / под ред. И. Б. Новицкого, И. С. Перетерского. — М., 1999.
7. Новицкий И. Б. Обязательственное право / И. Б. Новицкий. — М., 1925.
8. Генкин Д. М. К вопросу о влиянии на обязательство невозможности исполнения // Сборник статей по гражданскому и торговому праву : памяти профессора Габриэля Феликсовича Шершеневича. — М. : Статут, 2005. — (Классика российской цивилистики).
9. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / рук. авт. кол. и отв. ред. О. Н. Садиков. — М. : Юрид. фирма КОНТРАКТ : ИНФРА-М, 1997.

### Анотація

**Голубева Н. Ю.** Характеристика елементів зобов'язання. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду елементів цивільного зобов'язання як правовідношення на сучасному етапі розвитку цивільного права та законодавства. Проаналізовані суб'єкти, об'єкти, зміст зобов'язального правовідношення. Встановлено співвідношення понять «предмет зобов'язання» та «об'єкт зобов'язання». Визначені проблемні аспекти досліджуваних питань.

**Ключові слова:** зобов'язання, об'єкт зобов'язання, суб'єкти зобов'язання, зміст зобов'язання, предмет зобов'язання, суброгація, регрес, делегація, неможливість виконання зобов'язання

### Аннотация

**Голубева Н. Ю.** Характеристика элементов обязательства. — Статья.

Статья посвящена рассмотрению элементов гражданского обязательства как правоотношения на современном этапе развития гражданского права и законодательства. Проанализированы субъекты, объекты, содержание обязательственного правоотношения. Установлены соотношения понятий «предмет обязательства» и «объект обязательства». Определены проблемные аспекты исследуемых вопросов.

**Ключевые слова:** обязательство, объект обязательства, субъекты обязательства, содержание обязательства, предмет обязательства, суброгация, регресс, делегация, невозможность выполнения обязательства

### Summary

**Golubeva N. U.** Characteristic of Obligation's Elements. — Article.

The article considers the elements of civil obligations as legal relations at the present stage of development of civil law and legislation. It was analyzed subjects, objects, content of obligation's legal relations. It was established co-relation of such terms as «subject of obligation» and «object of obligation». There are defined the problem aspects of investigated questions in the article.

**Keywords:** obligations, object of obligation, subject of obligation, content of obligation, subrogation, restaur, delegation, impossibility to fulfill the obligations.

## ПРОБЛЕМА ВИЗНАЧЕННЯ ЕЛЕМЕНТІВ РЕГРЕСНОГО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

Значення розгляду питання, пов'язаного із застосуванням норм про регрес, залишається досить актуальним, про що свідчить збільшення кількості відповідних справ у судах. Однак проблеми реалізації права регресу достатньо рідко підіймається в юридичній літературі нашого часу, недивлячись на те, що регресні зобов'язання широко розповсюджені в практиці.

Питання виникнення, виконання та припинення регресних зобов'язань не були предметом окремих досліджень. Окремі питання у радянській цивільно-стичній науці піднімалися І. Б. Новицьким та В. Т. Смирновим. У сучасній літературі регресні зобов'язання в основному розглядаються у контексті страхових зобов'язань.

Оскільки регресне зобов'язання є, як і будь-яке інше зобов'язання, цивільним правовідношенням, йому властиві такі елементи: суб'єкти, об'єкти, зміст.

Метою цієї статті є дослідження елементів регресного зобов'язання як специфічного різновиду зобов'язань у системі зобов'язань українського цивільного права.

Кредитор за регресним зобов'язанням йменується регредієнтом. Він завжди є й учасником основного зобов'язання. Боржник за регресним зобов'язанням йменується регресатом. В одних випадках він бере участь, а в інших не бере участь в основному зобов'язанні, але завжди саме певна його дія або бездіяльність обумовлює невиконання основного зобов'язання регредієнтом або навіть саме встановлення обов'язку регредієнта перед третьою особою [1, 79].

На думку М. М. Агаркова, характерною рисою регресних відносин є таке: в них завжди є мінімум три сторони, з яких мінімум дві є боржниками у відношенні до третьої (або четвертої, п'ятої тощо). Зобов'язальні відносини між цими двома сторонами й третьою виникають або з єдиної підстави (наприклад, солідарна відповідальність осіб, що спільно заподіяли шкоду) [2, 51] або з різних підстав (відповідальність гаранта та головного боржника).

Але не обов'язково, щоб дві з цих сторін були боржниками стосовно третьої. Наявність двох або декількох боржників, зобов'язаних зробити тому самому кредиторові виконання, безпосередньо спрямоване на ту саму мету, не є характерним і обов'язковим елементом регресного зобов'язання.

Однак цей погляд не поділяв В. Т. Смирнов, вважаючи, що таке положення характеризує лише деякі окремі випадки регресу (наприклад, регресні позови, що виникають із солідарної відповідальності, з договору поруки та із заподіяння шкоди застрахованій особі або ушкодження (знищення) застрахованого майна), а тому воно не може мати значення загального правила [3, 67].

Цієї ж думки дотримувався і І. Б. Новицький, який вважав, що не обов'язково, щоб дві з трьох сторін були боржниками стосовно третьої. Для тих прикладів регресних вимог, з яких виходить М. М. Агарков, зазначені характерні

ознаки є підходящими. Особливо це очевидно відносно регресу солідарних боржників: тут, дійсно, є декілька боржників у відношенні того самого кредитора та факт платежу одним з боржників у повному розмірі; із цього фактичного складу впливає регресна вимога боржника, що сплатив, до інших співборжників. Такий же фактичний склад можна встановити при гарантії (наявність двох боржників — головного й гаранта — щодо одного кредитора й платіж з боку гаранта). Однак для ряду інших випадків безперечного регресного зобов'язання не можна встановити наявність двох боржників перед одним кредитором. Наприклад, постачальник відвантажив товар своєму експедиторові; з вини останнього товар отриманий з недостатчею або в ушкоджену вигляді; вантажоодержувач стягує суму свого збитку з постачальника, а останній пред'являє регресну вимогу до експедитора. У цьому випадку немає двох боржників перед тим самим кредитором: експедитор, що не знаходиться ні в яких договірних відносинах з вантажоодержувачем, ніяк не може вважатися його боржником; він є боржником відносно постачальника, з яким зв'язаний тільки договором. Те ж саме треба визнати й відносно низки інших випадків [4, 23].

З такими поглядами можна цілком погодитися. Наявність двох або декількох боржників, зобов'язаних зробити тому самому кредиторові виконання, безпосередньо спрямоване на ту саму мету, не є характерним і обов'язковим елементом регресного зобов'язання.

Але викликає заперечення наступна теза І. Б. Новицького, що «наличие трех сторон является существенной особенностью любого случая регрессного обязательства. Нельзя поэтому признать регрессным требование о возврате части уплаченной суммы, как полученной излишне, ввиду обнаруженных недостатков исполнения, за которое произведен платеж, если и первоначальный платеж и требование о возврате имеют место между двумя (одними и теми же) организациями» [4, 23].

Тобто, як і М. М. Агарков, І. Б. Новицький вважав, що у регресному зобов'язанні беруть участь три сторони.

Дійсно, три особи зв'язані між собою. Наприклад, у солідарному зобов'язанні первісно беруть участь кредитор та його боржники, а якщо один з боржників сповна задовольнить вимогу кредитора, солідарне зобов'язання припиняється. Закінчуються відносини із кредитором, але правовий зв'язок між солідарними боржниками триває. На цьому етапі інші співборжники стають зобов'язаними перед тим з них, хто виконав солідарне зобов'язання. Але з цього прикладу чітко видно, що у регресному зобов'язанні первісний кредитор вже не бере участь, зобов'язання з його участю припиняється. Його не можна зарахувати до суб'єктів регресного зобов'язання.

З цього приводу В. Т. Смирнов вірно вказав, що три особи зв'язані між собою двома однорідними правовідносинами, але у яких одному кредиторові протистойть тільки один боржник. Іншими словами, виникає «ланцюгова відповідальність», одна або кілька ланок якої являє собою регресне правовідношення. Наприклад, в зобов'язаннях із заподіяння шкоди, якщо в якості заподіювача шкоди виступає юридична особа, то перед потерпілим відповідає тільки



юридична особа, а не конкретний працівник цієї юридичної особи, діями якого заподіяна шкода. Перед потерпілим боржником є юридична особа, що, відшкодувавши шкоду, у свою чергу може пред'явити регресну вимогу до свого працівника, що не є боржником перед потерпілим [3, 67].

Про «три сторони» регресного зобов'язання можна говорити лише у відомому сенсі, якщо враховувати підставу такого зобов'язання, або стосовно тієї його стадії, що характеризується умовністю існування самої регресної вимоги в даних правовідносинах, тому що поки існує основне зобов'язання, не погашене виконанням, регресне зобов'язання не виникає. Виникнувши ж, воно стає звичайним зобов'язанням між двома особами й лише опирається на те основне зобов'язання, у якому брала участь третя особа (третя сторона), але яка вже не є стороною в регресній вимозі [3, 68].

Це, звичайно, не означає, що на одній або іншій стороні регресного зобов'язання не може бути декілька осіб. Тому, у регресному зобов'язанні беруть участь дві сторони — кредитор (регредієнт) і боржник (регресант).

Тому, не є вірною теза О. С. Йоффе, що в передбачених законом випадках, іменованих прямою відповідальністю, третя особа вправі вимагати виконання, міняючи регредієнта, безпосередньо від регресата. Так, за поставку недоброякісної продукції відповідальність перед покупцем несе не постачальник (наприклад, оптова база), а виготовлювач, хоча він і не знаходиться з покупцем у договірних відносинах [1, 75].

Але регресат завжди виступає як суб'єкт виконання тільки перед регредієнтом, а не перед третьою особою, якщо ми говоримо про регресні зобов'язання.

Особливість кредитора полягає в тому, що він, перш ніж стати кредитором у регресному зобов'язанні, був боржником в іншому зобов'язанні, виконання якого і породило регресне зобов'язання.

Тому не слід ототожнювати випадки, коли у зобов'язанні беруть участь три сторони, із регресними зобов'язаннями. У регресному зобов'язанні є дві сторони, але для його виникнення необхідно, щоб принаймні одна з його сторін була зв'язана певними правовідносинами з якоюсь третьою особою. У самому ж регресному зобов'язанні беруть участь лише дві сторони. Вимога кредитора за регресним зобов'язанням (регредієнта) лише опирається на його виконання третій особі, за рахунок боржника (регресата) або виконання, хоча й свого обов'язку, але з вини регресата. Тому вірніше говорити не про три сторони регресного зобов'язання, а про трьох суб'єктів, зв'язаних між собою двома правовідносинами, одне з яких, виникаючи на основі й із припиненням іншого, є регресним. При цьому положення регредієнта як суб'єкта регресної вимоги характеризується тим, що він перш, ніж стати кредитором, був боржником або виступав у якості такого за основним зобов'язанням, виконання якого й викликало до життя регресне [3, 69].

З цього погляду не можна погодитися з І. Б. Новицьким, який вважав, що у регресній вимозі сполучено два правовідношення [4, 21].

О. А. Красавчиків вважав, що суб'єктний склад регресного зобов'язання залежить від того, ким була відшкодована шкода потерпілому (очевидно, що

мова йде тільки про окремий випадок права регресу — регрес у відносинах із відшкодування шкоди). Якщо шкоду потерпілому відшкодував один із співзаподіювачів шкоди за себе й за інших співзаподіювачів у порядку задоволення солідарної вимоги потерпілого — кредитора, то кредитором регресного зобов'язання стає саме цей заподіювач шкоди, інші залишаються у положенні боржників. У випадку ж коли шкода потерпілому відшкодувала відповідальна особа, вона й стає кредитором регресного зобов'язання. Боржником цього зобов'язання є безпосередній заподіювач шкоди [5, 363].

Об'єктом регресного зобов'язання у літературі називають те відшкодування, яке регресант зобов'язаний вчинити регредієнту, що виконав основне зобов'язання за нього або з його провини [6, 16].

На думку В. Т. Смирнова, об'єкт регресної вимоги за своєю природою завжди є збитками на стороні регредієнта й безпідставним збагаченням на стороні регресата [3, 70].

Однак, оскільки, за загальним правилом, об'єктом будь-якого зобов'язання є певні фактичні і юридичні дії зобов'язаної сторони (боржника), то об'єктом регресного зобов'язання мають бути певні дії. Тому, на нашу думку, об'єктом є не саме майно, а дії регресата з відшкодування (відновлення права).

Предмет регресної вимоги, як вимоги похідної, визначається залежно від змісту основних правовідносин, на ґрунті якого виникає регрес. В одних випадках — це сума штрафних санкцій, сплачених за договором; в інших — сума, сплачена за основним відношенням у відшкодування заподіяних витрат (наприклад, при недостатчі товару підприємство, що понесло відповідальність за цю недостатчу, бажає за допомогою регресного позову перекласти ці витрати на справжнього винуватця). Який би характер не мала сплачена (за основним зобов'язанням) сума для самого позивача за регресним позовом (у його відносинах із третьою особою), чи буде це штрафна сума або сума збитку, — у регресний позов вона переходить, у всякому разі, як сума збитків, що позивач вимагає з відповідача за правом регресу, — як позитивний збиток у майні [4, 90].

За загальним правилом, на боржника за зворотною вимогою покладається обов'язок відшкодувати кредитору сплачений ним третій особі платіж у повному обсязі.

Як було наголошено, розмір регресної вимоги не може бути більше суми фактичного сплаченого кредитором в основному зобов'язанні. Передбачається рівність розмірів вимоги в порядку регресу й вимоги в основному зобов'язанні. Якщо провинна передбачуваного регресата не може мати місця в принципі або фактично не мала місця, регресне зобов'язання не виникає, за винятком юридичних складів, коли регресат несе відповідальність незалежно від провини.

За допомогою регресного позову можна вимагати тільки сплачену (або отриману) суму, тому що тільки в цьому розмірі така вимога відповідає поняттю регресу. Включення в цей же позов деяких інших сум неприпустимо хоча б тому, що в протилежному випадку на вимогу, по суті не пов'язане з фактом платежу, поширилося б врахування строку позовної давності тільки з моменту платежу, тобто були б порушені примусові норми про позовну давність [5, 91].

Не є обов'язковим, щоб розмір регресної вимоги неодмінно дорівнював розміру основної вимоги. Тому невірною є судова практика, що заперечує іноді регресний характер вимоги тільки тому, що її розмір не збігається з основним, з якого регрес виникає.

Зміст регресного зобов'язання становлять права і обов'язки сторін. У регресному зобов'язанні регредієнту належить право на одержання відшкодування, регресант зобов'язаний вчинити дії по відшкодуванню, тобто змістом регресного зобов'язання є стягнення сплаченого.

Змістом регресного охоронного зобов'язання є право на захист і охоронний обов'язок. Виконання даних правовідносин складаються у відновленні правового положення особи, що відповіло за правопорушника (правопорушників).

У рамках аналізованих правовідносин реалізуються такі примусові заходи, як відшкодування шкоди, зокрема, відшкодування збитків, присудження до виконання обов'язку в натурі й інші [7, 110–111].

### Література

1. Иоффе О. С. Обязательственное право / О. С. Иоффе. — М. : Юрид. лит., 1975.
2. Агарков М. М. Обязательства по советскому гражданскому праву // Избранные труды по гражданскому праву : в 2 т. / М. М. Агарков. — М., 2002. — Т. 1.
3. Смирнов В. Т. К понятию регрессных обязательств // Правоведение. — 1960. — № 1. — С. 67–72.
4. Новицкий И. Б. Регрессные обязательства между социалистическими хозяйственными организациями / И. Б. Новицкий. — М. : Юрид. лит., 1952.
5. Советское гражданское право : учебник. В 2 т. Т. 2 / под ред. О. А. Красавчикова. — 3-е изд., испр. и доп. — М. : Высш. шк., 1985.
6. Шевченко Г. Н. Регрессные обязательства в отношениях между социалистическими организациями / Г. Н. Шевченко. — Владивосток, 1990.
7. Кархалев Д. Н. Юридическая природа регрессного обязательства // Закон и право. — 2008. — № 5. — С. 110–111.

### Анотація

**Жила О. В.** Проблема визначення елементів регресного зобов'язання. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду елементів регресного зобов'язання як специфічного різновиду зобов'язань у системі зобов'язань українського цивільного права. Зроблено висновок, що у регресному зобов'язанні беруть участь не три сторони, а дві — кредитор (регредієнт) і боржник (регресант). Об'єктом регресного зобов'язання є не саме майно, що передається на виконання регресного зобов'язання, а дії регресата з відшкодування (відновлення права).

*Ключові слова:* зобов'язання, регрес, право регресу, об'єкт регресного зобов'язання.

### Аннотация

**Жила О. В.** Проблема определения элементов регрессного обязательства. — Статья.

Статья посвящена рассмотрению элементов регрессного обязательства как специфической разновидности обязательств в системе обязательств украинского гражданского права. Сделан вывод, что в регрессном обязательстве принимают участие не три стороны, а две — кредитор (регредиянт) и должник (регрессант). Объектом регрессного обязательства является не само имущество, которое передается во исполнение регрессного обязательства, а действия регрессата по возмещению (восстановлению права).

*Ключевые слова:* обязательство, регресс, право регресса, объект регрессного обязательства.

### Summary

**Gila O. V. The Problem of Determining the Elements of Restaur Obligations.** — Article.

The article is devoted to the elements of restaur obligations as a particular kind of obligations in the obligation's system of Ukrainian civil law. It was made the conclusion that the restaur obligations involve not three sides, but two — creditor (regredient) and the debtor (regresant). The object of restaur obligation is not the property itself, that should be pass for execution of restaur obligation, but the actions of regresant for compensation (renewal law).

**Keywords:** obligations, restaur, the right of restaur, the object of restaur obligations.

УДК 347.27:347.214.1

О. С. Кізлова

### ІПОТЕКА РУХОМОГО МАЙНА — ОСОБЛИВИЙ ВИД ЗАСТАВИ

Іпотека — це особливий вид застави, де об'єктом виступає нерухоме майно. Але існують випадки, встановлені законодавством України, коли іпотека виникає на об'єкти, які за своїми фізичними, природними властивостями відносяться до рухомого майна, але за нормами законодавства на них розповсюджується режим нерухомого майна.

Частина 1 ст. 181 ЦК України визначає, що до нерухомих речей належать земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни призначення. Сьогодні ця норма не відповідає потребам суспільства і, на нашу думку, не відповідала їм навіть на момент прийняття ЦК України [1].

У цивільному праві України тривають дискусії щодо поняття «нерухоме майно». Попри те що поділ майна на рухоме та нерухоме закріплено в цивільному законодавстві більшості країн світу, у вітчизняній цивільно-правовій доктрині немає єдиної думки з приводу нерухомості і критеріїв віднесення до неї. Чіткий законодавчий критерій поділу майна на рухоме та нерухоме вкрай необхідний. Адже за безсистемного віднесення різних видів майна до нерухомого постає питання про умовність поняття «нерухоме майно». З практичного погляду це неприпустимо, оскільки законодавство розрізняє правові режими рухомого та нерухомого майна.

У юридичній науці склалися три теорії нерухомості. Перша, найбільш розповсюджена, пропонує визнавати нерухомістю речі, які мають міцний зв'язок із землею (К. Победоносцев, Е. Васьковський, Ю. Гамбаров). Представники другої концепції (Г. Шершеневич, К. Малишев, І. Францесон), посилаючись на судову практику свого часу, пропонували при визначенні ознак нерухомості керуватися критерієм «наявності юридичного зв'язку прав володільця будови із землею, на якій воно збудоване», вважаючи, що не треба визнавати нерухомістю споруди, збудовані на чужій землі і тимчасові. Існувала і проміжна думка, згідно з якою можна виокремити і третю теорію. Її представники — А. Вормс, В. Єльяшевич та А. Думашевський. На їхню думку, споруди, збудовані

вані на чужій землі, у силу зобов'язального права необхідно вважати речами рухомими, а будови, створені в силу речового права на цю землю, — нерухомими речами. Остання теорія може знайти в сучасних правових системах як прихильників, так і опонентів, але, на нашу думку, дуже важко не вважати нерухомістю будівлю, що зведена на землі, взятій у довгострокову оренду, наприклад на 90 років.

Деякі юристи встановлюють, що вибраний законодавцем критерій для розмежування нерухомого і рухомого майна — можливість переміщення майна без його знецінення та зміни його призначення — є недостатнім для визначення сфери дії Закону «Про іпотеку». Тому зазначений критерій слід доповнити спеціальними законодавчими положеннями про те, що тимчасові будівлі і споруди до категорії нерухомого майна не належать. Слід також вирішити питання про можливість віднесення до нерухомого майна комунікацій, доріг, тротуарів, маючи на увазі, що ці об'єкти охоплюються законодавчим визначенням поняття нерухомого майна, але їх технічна інвентаризація на цей час де-факто не здійснюється [2].

Деякі речей залишаються поза впливом норми ст. 181 ЦКУ. Наприклад: зруби, курортні будинки, вагончики для відпочинку тощо. А по-друге, технології переміщення нерухомості застосовувалися у світі ще з 1455 р., коли Арістотель Фьораванті переніс дзвіницю церкви Санта-Марія Маджорне зі всіма дзвонами більше ніж на 10 м. У 1934 р. інженер Кірлан пересунув у Макіївці цегляну двоповерхову будівлю пошти вагою 1300 т. Можливо, автори ст. 181 ЦКУ по-іншому розуміли «неможливість переміщення без їх знецінення та зміни призначення», але наразі констатуємо необхідність перегляду положень, що регулюють зазначені відносини. Деякі юристи й економісти намагаються зрозуміти природу нерухомості, розкривши фізичний, економічний і правовий зміст.

На визначення юридичного поділення речей на рухомі та нерухомі звертав увагу Д. І. Мейєр, який встановлював, що «нерухоме майно за нашим законодавством — землі, будинки, заводи і т. д.; рухоме — морехідні і річкові судна, книги, карти, інструменти, худоба, хліб стислий і мелений і т.д. Словом, поділ майна на нерухоме та рухоме, прийняте законодавством, відповідає природі речей: все майно, яке за природою своєю виявляється нерухомим або рухомим, визнається таким і законодавством. Ні, проте ж, необхідності, щоб юридична поділ майна на нерухоме та рухоме збігалося з фізичної нерухомістю або рухомістю речей: в галузі права це поділ майна має те значення, що одні визначення зв'язуються з речами нерухомими, інші — з речами рухомими; але чи майно, що визнається за законом нерухомим, нерухомо за своєю природою або воно рухоме — це все одно; і якщо, наприклад, законодавство знайде за потрібне якесь визначення, що стосується нерухомого майна, поширити і на майно рухоме, то визначення це буде застосовуватися і до рухомого майна, і навпаки [3].

Щодо рухомого майна, то ч. 2 ст. 181 ЦК України відносить до нього речі, які можна вільно переміщувати у просторі. На такі види рухомого майна (за

фізичними властивостями) як повітряні та морські судна, судна внутрішнього плавання, космічні об'єкти, ЦК України встановлює правовий режим нерухомого майна, але, відповідно до п. 2 ст. 1 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмеження» від 1 липня 2004 р. № 1952-IV, на ці об'єкти правовий режим державної реєстрації речових прав на нерухоме майно не поширюється [4]. Таким чином виникає юридична колізія — застава на повітряні та морські судна, судна внутрішнього плавання, космічні об'єкти регулюється за правилами нерухомості (іпотеки), а ось реєстрація такої іпотеки (речових прав на нерухоме майно та їх обмежень) відбувається як рухомих речей.

Юридичними особливостями розрізнення рухомого та нерухомого майна, є законодавче закріплення та оформлення прав та такі види майна. Природа прав на землю та іншого нерухомого майна, включаючи іпотеку, та інші види прав, що застосовуються для забезпечення погашення позики, в основі своїй відрізняється від прав на рухоме майно, і, відтак, метод пошуку цих прав та оцінки відносних пріоритетів вимагає створення та ведення реєстру нерухомого майна, яке відрізнятиметься від ведення реєстру рухомого майна. Звичайно між забезпеченням на нерухоме і рухоме майно багато спільного, з чого можна зробити висновок, що для них слід створити і вести один реєстр. Права власності на нерухоме майно фактично надаються шляхом реєстрації, тоді як власність на рухоме майно не реєструється взагалі.

18 листопада 2003 р. Верховна Рада України прийняла Закон України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрації обтяжень» № 1255-IV, покликаний визначити правовий режим регулювання обтяжень, виникнення, оприлюднення та реалізації інших прав юридичних осіб стосовно рухомого майна [5]. Закон скасував Державний реєстр застав рухомого майна та впровадив ведення Державного реєстру обтяжень рухомого майна. У вказаний реєстр мають заноситись обтяження рухомого майна. У відповідності до Закону України «Про іпотеку» від 5 червня 2003 р. № 898-VI [6] Кабінет Міністрів України розробив Тимчасове положення про державну реєстрацію іпотек. Окрім того, Верховною Радою України 1 липня 2004 р. прийнято Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмеження» № 1952-IV, що визначає засади створення системи державної реєстрації речових прав на земельні ділянки та інше нерухоме майно, обмеження цих прав. Цим Законом було започатковано створення єдиної системи державної реєстрації речових прав на земельні ділянки та інше нерухоме майно, обмежень цих прав. Однак із набуттям чинності зазначеного нормативно-правового акту вказану систему все ще важко назвати єдиною.

Так, ст. 23 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмеження» розглядає заставу (іпотеку) нерухомого майна як обмеження речових прав на нерухоме майно і вимагає їх реєстрації у Державному реєстрі прав на нерухоме майно та їх обмежень. Однак ані вказана стаття, ані Закон в цілому не визначають порядок і особливості реєстрації іпотеки. Зокрема, не визначено порядок внесення до Державного реєстру прав

на нерухоме майно та їх обмежень відомостей про іпотекодержателя та іпотекодавця, майнового поручителя, опис предмета іпотеки, інформацію про основне забезпечене зобов'язання, строк його повного виконання, посилання про випуск заставної чи її відсутність. Не йдеться і про необхідність та порядок внесення відомостей про зміну умов обтяження нерухомого майна іпотекою, відступлення прав за іпотечним договором та передачу, анулювання, видачу дубліката заставної та видачу нової заставної.

12 квітня 2004 р. був введений у дію Державний реєстр іпотек, єдина комп'ютерна база даних про обтяження і зміну умов обтяження нерухомого майна іпотекою, відступлення прав за іпотечним договором, передачу, анулювання, видачу дубліката заставної та видачу нової заставної.

Відтак, права, надані на рухоме майно, можна виявити за допомогою пошуку за іменем ймовірного боржника, а права на нерухоме майно слід шукати за земельною ділянкою. Поєднання двох систем не принесе жодних переваг, оскільки пошук в об'єднаній системі все рівно треба буде здійснювати по-різному для рухомого і нерухомого майна. Дублювання дій на практиці уникнути не вдасться. Якщо позикодавець зацікавлений в земельній ділянці, як перебуває в забезпеченні, пошук повинен здійснюватись за земельною ділянкою. Якщо позикодавець зацікавлений в рухомому майні, пошук слід здійснювати за іменем. Об'єднання двох реєстрів не змінює системи і нічого не спрощує.

Закон України «Про іпотеку» у ст. 1 встановлює, що застава повітряних та морських суден, суден внутрішнього плавання, космічних об'єктів, майнових прав на нерухомість, будівництво якої не завершено, регулюється за правилами, визначеними цим Законом. Тобто у випадку, коли об'єктом застави виступають дані види речей, мова йде про іпотеку рухомого майна, або іпотеку особливих об'єктів.

Іпотека зазначених об'єктів регулюється Законом України «Про іпотеку» та спеціальними законодавчими актами\*. Так спеціальні Кодекси встановлюють перш за все поняття цих об'єктів. Повітряний кодекс України від 4 травня 1994 р. закріплює у ст. 15, що повітряне судно — це літальний апарат, що тримається в атмосфері за рахунок його взаємодії з повітрям, відмінної від взаємодії з повітрям, відбитим від земної поверхні, і здатний маневрувати в тривимірному просторі. Згідно з ПК України повітряні судна поділяються на державні, цивільні і експериментальні. Цивільні повітряні судна підлягають обов'язковій реєстрації і можуть бути зареєстровані тільки в одній державі.

Цивільному повітряному судну, занесеному до державного реєстру повітряних суден України, видається реєстраційне посвідчення, що є фактом визнання його національної належності.

Державні повітряні судна підлягають реєстрації у реєстрі державних повітряних суден України. Правила реєстрації державних повітряних суден України встановлює Міністерство оборони України. Правила реєстрації цивільних повітряних суден в Україні, затверджені наказом Державіаслужби від 31.01.2006 р. №67, використовуються її спеціалістами, а також власниками, орендарями або експлуатантами для реєстрації (перереєстрації) повітряних суден

у державному реєстрі цивільних повітряних суден України. Крім того, Правила встановлюють, що запис про заставу повітряних суден повинна бути зроблена у Журналі обліку застав на повітряні судна (підп. 2.10 Правила реєстрації цивільних повітряних суден в Україні), ведення якого покладено на Головну інспекцію з безпеки польотів цивільних повітряних судів.

Закон України «Про космічну діяльність» від 15 листопада 1996 р. [7] закріплює визначення об'єктів космічної діяльності. Так, ст. 1 Закону визначає, що об'єкти космічної діяльності (космічна техніка) — матеріальні предмети штучного походження, що проєктуються, виготовляються та експлуатуються як у космічному просторі (космічний сегмент, космічна інфраструктура), так і на поверхні Землі (наземний сегмент, наземна інфраструктура) з метою дослідження та використання космічного простору. Статті 12–13 Закону встановлює правила щодо умов користування об'єктами космічної діяльності це сертифікація та реєстрація цих об'єктів. Будь-який об'єкт космічної діяльності в Україні підлягає сертифікації на відповідність вимогам експлуатаційної придатності, встановленим чинними в Україні нормативними документами, з оформленням сертифіката відповідності.

Необхідно відмітити, що згідно з зі ст. 2 Договору про принципи діяльності держав по дослідженню і використанню космічного простору, включаючи Місяць та інші небесні тіла (1967 р.), прямо передбачає, що космічний простір, Місяць, інші небесні тіла не підлягають привласненню ні шляхом проголошення на них суверенітету, ні шляхом використання або окупації, ні якими-небудь іншими способами.

Крім того, основним моментом у випадку застосування об'єктів космічної діяльності є положення Постанови ВР України «Про право власності на окремі види майна» від 17 червня 1992 р., яка встановлює обмеження щодо суб'єктного складу осіб, які можуть мати право власності на окремі види майна. Так, ракетно- космічні комплекси, згідно з п. 1 Переліку видів майна, що не може перебувати у власності громадян, громадських об'єднань, міжнародних організацій та юридичних осіб інших держав на території України, є правом власності держави Україна. Тобто, виникає або колізія норм цивільного законодавства або встановлюється обмеження щодо кола осіб, які можуть бути учасниками іпотечних правовідносин, де предметом виступають об'єкти космічної діяльності. Це питання слід врегулювати нормами цивільного, космічного права.

### Примітки

- \* Найбільш стародавнім відомим договором, що становить собою договір позики про заставу судна, був договір будмерії. Його укладав капітан судна на користь кредитора для забезпечення його зобов'язань за договором позики. Він був відомий ще грецькому праву і зустрічався в римському праві. Предметом застави було тільки судно, це була «грошова позика під заставу судна і вантажу, отримана через власників капітаном судна, у разі крайньої необхідності в грошових коштах для завершення рейсу». Див.: Современный словарь иностранных слов. — С.Пб. : Дуэт, 1997. — С. 103. На зміну будмерії прийшли застава морських суден англосаксонського права і іпотека морських суден за континентальним правом. Основу сучасного законодавчого регулювання застави морських суден в Україні складають



ЦК України 2003 р., Закон України «Про заставу» 1992 р., КТМ України 1995 р., Закон України «Про іпотеку» 2003 р.

Іпотека морських суден безпосередньо передбачена главою 9 Кодексу торговельного мореплавства України. Предметом іпотеки може бути будь-яке судно або судно, що будується, зареєстроване в Державному судновому реєстрі України або Судновій книзі України.

КТМ України у ст. 15 визнає судно як самохідне чи несамохідне плавуче спорудження, яке використовується для визначеної мети. Див.: Кізлова О. С. Іпотека морських суден як самостійний вид застави // Міжнародна науково-практична конференція молодих вчених «П'яті осінні юридичні читання» : тези доп. — Хмельницький, 2006. — С. 153–155.

Відповідно до ст. 366 КТМ, нотаріальне завірнення договору про іпотеку стосовно морських торговельних суден має бути за місцем реєстрації судна в Державному судновому реєстрі України або в Судновій книзі України.

### Література

1. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 1.
2. Чанишева А. Р. Іпотечні цивільні правовідносини : монографія / А. Р. Чанишева. — О. : Фенікс, 2009. — С. 25–26.
3. Мейер Д. И. Русское гражданское право. Чтения Д. И. Мейера / Д. И. Мейер ; изд. по спискам слушателей под ред. А. И. Валуа. — С.Пб. : Тип. Д. В. Чичинадзе, 1902. — 676 с.
4. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмеження : Закон України від 1 лип. 2004 р. № 1952-IV.
5. Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрації обтяжень : Закон України № 1255-IV.
6. Про іпотеку : Закон України від 5 черв. 2003 р. № 898-VI.
7. Про космічну діяльність : Закон України від 15 листоп. 1996 р.

### Анотація

**Кізлова О. С. Іпотека рухомого майна — особливий вид застави. — Стаття.**

У даній статті розглянуті основні положення іпотеки рухомого майна. Досліджуються випадки виникнення іпотеки на об'єкти, які за своїми фізичними, природними властивостями відносяться до рухомого майна, але за нормами законодавства на них розповсюджується режим нерухомого майна. Розглядаються юридичні підстави розрізнення майна на рухоме та нерухоме.

**Ключові слова:** іпотека, рухоме майно, нерухоме майно.

### Аннотация

**Кизлова Е. С. Ипотека движимого имущества — особый вид залога. — Статья.**

В данной статье рассмотрены основные положения ипотеки движимого имущества. Исследуются случаи возникновения ипотеки на объекты, которые по своим физическим, естественным свойствам относятся к движимому имуществу, но по нормам законодательства на них распространяется режим недвижимого имущества. Рассматриваются юридические основания различия имущества на движимое и недвижимое.

**Ключевые слова:** ипотека, движимое имущество, недвижимое имущество.

### Summary

**Kizlova O. S. Mortgage of Movable Property As a Special Type of Collateral. — Article.**

The substantive provisions of mortgage of the personal chattels are considered in this article. The cases of origin of mortgage are investigated on objects which on the physical, it is behaved natural properties to the personal chattels but after the norms of legislation the mode of the real estate spreads to them. The legal grounds of distinction of property are examined on movable and immobile.

**Keywords:** mortgage, personal chattels, real estate.

**ДЕЯКІ СПІРНІ ПИТАННЯ ЗМІНИ ДОГОВОРУ  
НАЙМУ ЖИТЛА ВНАСЛІДОК ЗБІЛЬШЕННЯ  
АБО ЗМЕНШЕННЯ СКЛАДУ СІМ'І НАЙМАЧА**

Право на житло є одним з основних прав і свобод людини. На сучасному етапі конституційне право на житло означає, насамперед, право особи мати житло для власного проживання і проживання членів сім'ї [1, 6]. Реалізація права на користування житлом особами, які не є його власниками, відбувається за допомогою договору найму. Договір найму жилого приміщення може бути змінений, виходячи з потреб родини, що проживає в найманому приміщенні.

Одним із прав наймача є право на вселення в займане житло інших осіб (ч. 1 ст. 817 ЦК України), котре одночасно є й підставою зміни умов договору найму житла. Тому здається доцільним зупинитися на питанні про права й обов'язки цих осіб та співвідношення правового становища зазначених осіб і становища членів сім'ї наймача стосовно користування жилим приміщенням [2, 20].

У ч. 1 ст. 816 ЦК України та ч. 1 ст. 817 ЦК України така категорія, як «члени сім'ї наймача», не згадується взагалі. Натомість йдеться про осіб, які «проживають разом з наймачем» (ч. 1, 2 ст. 816 ЦК України) та про осіб, які «постійно проживають з наймачем» (ч. 4 ст. 816, ч. 1 ст. 817, ч. 1 ст. 818 ЦК України).

Отже виникає питання: по-перше, чи в ЦК України маються на увазі одна чи дві категорії осіб, котрі можуть проживати разом з наймачем, по-друге, чи охоплюються поняттям «інші особи» члени сім'ї наймача, чи вони складають окрему категорію суб'єктів даних відносин, оскільки відповідно до ст. 64 ЖК України лише члени родини наймача, які проживають разом з ним, користуються всіма правами і несуть обов'язки нарівні з наймачем [3, 168–170].

Для з'ясування позиції законодавців з цього питання доцільно провести порівняння положень ЦК України та чинного житлового законодавства, почавши з останнього, як із закону спеціального.

Зокрема, у ч. 2 ст. 64 ЖК УРСР визначено, хто може бути членом сім'ї наймача. Насамперед, це дружина (чоловік) наймача, їхні діти і батьки [4, 133]. Поняття «дружина (чоловік)» у житловому законодавстві використовуються в юридичному значенні і під ним маються на увазі особи, що перебувають в зареєстрованому шлюбі.

Малолітні діти наймача завжди належать до членів родини наймача, оскільки на підставі частин третьої і четвертої ст. 29 ЦК України місцем проживання таких дітей вважається місце проживання їхніх батьків [5, 45–46].

Що стосується неповнолітніх дітей наймача, а також батьків наймача і його чоловіка і жінки, то зазначені особи є членами родини наймача тільки в тому випадку, якщо вони проживають разом з наймачем (ч. 2 ст. 29 ЦК України).

Членами родини наймача можуть бути й інші особи, якщо вони постійно проживають разом з наймачем і ведуть з ним спільне господарство (під ведення спільного господарства мається на увазі матеріальна участь у сімейних витратах, створення загального бюджету і т.п.). Наявність родинних зв'язків при цьому не є обов'язковою [6, 29–34].

Згідно зі ст. 65 ЖК УРСР наймач вправі у встановленому порядку, з письмової згоди всіх членів родини, що проживають разом з ним, вселити в найняте їм приміщення свою дружину, дітей, батьків і інших осіб. Однак, для вселення до батьків їхніх неповнолітніх дітей такої згоди не потрібно [6, 46–48].

Тривалий час у судовій практиці дискутувалося питання, що варто розуміти під дотриманням установленого порядку вселення.

Зокрема, у відношенні значення прописки існувало роз'яснення в п. 9 Постанови Пленуму Верховного Суду України № 2 від 12 квітня 1985 р. «Про деякі питання, що виникають у практиці використання судами Житлового кодексу», де вказувалося, що під вселенням у встановленому порядку варто розуміти, вселення в жиле приміщення з дотриманням правил прописки. У тих випадках, коли в прописці було необґрунтовано відмовлене, суд може визнати право на жиле приміщення за особою, що вселилося.

Оскільки Конституційним Судом України інститут прописки був визнаний таким, що не відповідає положенням Конституції України, і у чинне законодавство були внесені відповідні зміни, зараз це роз'яснення втратило практичне значення. Як представляється, під установленим порядком уселення зараз варто розуміти тільки дотримання положень закону, насамперед, Цивільного та Житлового кодексів.

Зокрема, необхідною умовою вселення в жиле приміщення, згідно з чинним законодавством, є письмова згода всіх членів родини, що проживають разом з наймачем (у тому числі й тимчасово відсутніх) [3, 172–173; 7, 143].

Разом із тим дотримання правил прописки має значення при розгляді спорів по відносинам, які виникли до постанови Конституційного Суду про визнання інституту прописки таким, що суперечить Конституції України.

Так, Дарницький районний суд м. Києва розглянув справу за позовом громадян В., Н., до громадянки С. про визнання її такою, що втратила право користування жилим приміщенням — квартирою № 10, у будинку № 3 по вул. Вакуленчука в м. Києві. Позивачі посилалися на те, що відповідачка в жовтні 1992 р. з дітьми залишила спірне жиле приміщення, забравши при цьому спільно нажите з громадянином А. майно. Відтоді С. спірною квартирою не цікавиться, витрат по оплаті комунальних послуг і квартири не несе тощо. У зв'язку з цим позивачі просять визнати відповідачку такою, що втратила право користування жилим приміщенням.

Відповідачка С. пояснила, що спірне жиле приміщення залишила вимушено, тому що в родині склалися вкрай неприємні відносини, і вона заради здоров'я дітей змушена була залишити спірне житло. Просила в основному позові відмовити, а її зустрічний позов про вселення задовольнити.

Суд дійшов висновку, що в задоволенні позовних вимог позивачів про ви-

знання відповідачки такою, що втратила право користування жилим приміщенням, має бути відмовлено, а зустрічний позов про вселення підлягає задоволенню з наступних підстав:

Спільне жиле приміщення являє собою двокімнатну ізольовану квартиру площею 33,8 кв. м, що надана за ордером №... від 26 грудня 1967 р. позивачці А, на родину з 4 осіб.

У листопаді 1983 р. позивач А. одружився з відповідачкою С., яка оселилася в квартирі, а в 1985 р. була прописана в спільному житловому приміщенні як член родини наймача.

В даний час у спільному жилому приміщенні прописані шість чоловік, позивачі в справі, відповідачка і двоє неповнолітніх дітей позивача А.

У жовтні 1992 р. шлюб між позивачем А. і відповідачкою був розірваний.

Відповідачка С. дійсно з кінця 1992 р. не проживає в спільному житловому приміщенні, однак суд вважає, що зазначений термін не проживання був викликаний поважними причинами: після розірвання шлюбу в суді в 1992 р. між нею та її колишнім чоловіком, позивачем у справі, а також його батьками склалися вкрай неприязні стосунки, часто виникали сварки і скандали, що негативно позначалося на здоров'ї та вихованні дітей, у зв'язку з чим відповідачка змушена була залишити спільну квартиру. Наприкінці 1992 р. відповідачка оселилася з дітьми на приватній квартирі.

Свідки підтвердили судові, що відповідачка весь цей час (з 1992 р.) проживала на приватних квартирах, іншого житла, крім спільної квартири, вона не має; спільну квартиру залишила вимушено.

Той факт, що позивачі визнають право на спільне житло за відповідачкою підтверджується й тим, що позивач А. у 1986 р. став на квартирний облік зі своєю родиною — відповідачкою та дітьми і перебуває в загальній черзі на одержання житла.

Таким чином, відповідачка не може бути визнана такою, що втратила право користування житловою площею. У зв'язку з цим суд, керуючись ст. ст. 15, 30, 62, 202 ЦПК України ст. ст. 64, 65, 71, 72 ЖК УРСР, рішенням від 11 червня 1997 р. у задоволенні позовних вимог В., Н., А. до С. відмовив, а позовні вимоги С. до В., Н. і А. про вселення суд задовольнив [8].

Отже, хоча відповідно до ст. 71 ЖК УРСР при тимчасовій відсутності наймача або членів його родини за ними зберігається жиле приміщення протягом шести місяців, однак, якщо наймач або члени його родини були відсутні по поважних причинах понад шість місяців, цей строк за заявою відсутньої особи може бути продовжений наймодавцем, а у випадку суперечки — судом.

У кожному разі в результаті відсутності особи понад встановлені в ст. 71 ЖК УРСР строки член сім'ї наймача автоматично не втрачає права користування спільним жилим приміщенням, а може бути визнано такою тільки за рішенням суду [9, 181].

На відміну від житлового законодавства, Цивільний кодекс України не викремлює членів сім'ї наймача в окрему категорію з визнанням за ними спеціального статусу після вселення в жиле приміщення, встановлюючи, натомість,

у ст. 817 право наймача та осіб, які постійно проживають разом з ним (ці особи відповідно до ст. 816 ЦК України мають рівні з наймачем прав та обов'язків щодо користування житлом), за їхньою взаємною згодою та за згодою наймодавця вселити у житло інших осіб для постійного проживання у ньому.

На нашу думку, таке вирішення цього питання не є оптимальним, оскільки не дозволяє враховувати особисті та специфічні майнові (стосовно спільного майна подружжя, спадкування за законом тощо) стосунки, які існують або можуть виникати між наймачем та членами його сім'ї (зокрема, подружжям та дітьми).

Звичайно, можна припустити, що ці питання можуть бути скориговані за допомогою норм спеціального житлового законодавства, передусім, Житлового кодексу, котре може застосовуватися для регулювання відносин найму як спеціальний закон відповідно до вказівки ч. 3 ст. 810 ЦК України.

Однак таке вирішення цього питання не здається оптимальним, оскільки можуть виникати проблеми колізії норм, необхідності їх додаткового тлумачення тощо.

Тому можна погодитися з думкою, що доцільно було б вирішити це питання безпосередньо у главі 59 ЦК України (можливо, безпосередньо у ст. 816 ЦК України), передбачивши існування двох категорій осіб, які постійно проживають разом з наймачем: 1) членів сім'ї та 2) інших осіб.

При цьому статус членів сім'ї наймача має визначатися нормами не лише загального цивільного законодавства, але також нормами сімейного та житлового законодавства, у той час як правове становище «інших осіб» встановлюється на засадах ч. 1 ст. 816 ЦК України.

Воно має бути таким самим як і правове становище наймача та членів його сім'ї, за винятком питань правонаступництва при заміні наймача у договорі найму житла, про що має бути зроблене спеціальне застереження у ст. 824 ЦК України [10, 131–133].

В законі відсутні вимоги щодо належної форми досягнення взаємної згоди між наймачем, особами, які постійно проживають разом з ним та з наймодавцем. Але, оскільки йдеться про зміну умов договору найму житла, то згода наймодавця має бути висловлена в письмовій формі, що слідує з вимог ст. ст. 811, 651 та 652 ЦК України.

Відмова наймодавця в наданні такої згоди не може бути оскаржена до суду, тому що законодавець пов'язує виникнення вказаного права у наймача та осіб, які постійно проживають разом з ним, тільки після отримання згоди власника.

Це правило поширюється і на випадки недосягнення взаємної згоди між наймачем, особами, які постійно проживають разом з ним.

Частина 1 ст. 161 ЖК передбачає, що на вселення до батьків, які є наймачами житла, їх неповнолітніх дітей згоди наймодавця не потрібно. Однак, хоча в Цивільному кодексі такий виняток із загального правила відсутній, підстав для розірвання договору найму у разі вселення у житло неповнолітніх дітей для постійного проживання у ньому немає і виселення неповнолітніх дітей в таких випадках неможливе, оскільки відповідно до ст. 29 ЦК України місцем

проживання неповнолітніх дітей є місце проживання їх батьків або одного з них, з ким вони проживають. Причому це правило стосується як наймача, так і членів його сім'ї.

Варто зазначити, що таким чином складається судова практика і у сусідніх країнах.

Так, у 1987 р. громадянці С. на її сім'ю, що складалася з трьох душ, було надано 2-кімнатну квартиру. Разом з нею у квартирі проживали син від першого шлюбу — громадянин Е. та чоловік — громадянин С., з яким вона розірвала шлюб у 1992 р. У жовтні 1995 р. громадянин С. був засуджений до 1 року позбавлення волі, у зв'язку з чим його виписали із зазначеної квартири. Після відбуття ним покарання колишня дружина з сином перешкоджали його проживанню у помешканні. Внаслідок цього він був вселений у квартиру за рішенням Октябрського районного суду від 23 квітня 1997 р. Після виконання рішення він узнав, що на спірній житловій площі 17 квітня 1997 р. зареєстрований неповнолітній — громадян А (1995 р. народження).

У суді він прохав скасувати реєстрацію, мотивуючи це тим, що порушені його житлові права.

Постановою Президії Іванівського обласного суду 19 грудня 1997 р. було зазначено, що член сім'ї наймача жилого приміщення мав право вселити свого неповнолітнього сина на спірну площу без згоди позивача [11, 175–177].

Особи, які вселилися у житло відповідно до частини першої ст. 817 ЦК України, набувають рівних з іншими особами прав користування житлом, якщо інше не було передбачено при їх вселенні.

Фактично такі особи стають учасниками договору і наділяються відповідними правами та обов'язками відносно наймодавця і наймача. Правила, встановлені ст. 816 ЦК України щодо відповідальності наймача за порушення умов договору, особами які проживають разом з ним та щодо форми домовленості про встановлення порядку користування житлом поширюються на відносини між наймачем, іншими мешканцями і особами, які вселилися у житло відповідно до частини першої цієї статті.

На відміну від вимог ст. 816 ЦК України, яка вказує, що наймач та особи, які постійно проживають разом з ним набувають рівних прав та обов'язків щодо користування житлом, у осіб, які пізніше вселились в житло можуть бути неоднакові права з наймачем та іншими мешканцями.

Нерівність цих прав може бути встановлена за домовленістю між наймачем, особами, які постійно проживають разом з ним, та особами, які вселяються в житло. Наприклад, наймачем та особами, які постійно проживають разом з ним, може бути встановлено, що особи, які вселяються в житло, мають право користуватися тільки певними житловими приміщеннями, тобто може бути встановлений нерівний порядок користування житлом.

Очевидно, при встановленні нерівних прав на користування житлом у осіб, які вселились, виникають відповідні, в меншому обсязі, обов'язки.

Що стосується зміни умов договору найму житла внаслідок втрати однією з осіб, яка у цьому помешканні проживає, права користування ним, то такі

відносини нерідко пов'язані із специфічними спорами щодо утрати права на житло і одночасно про визнання права на житло.

Наведемо приклад такого роду із практики Верховного Суду України. У червні 1995 р. В.С. пред'явила позов до В.А. про визнання його таким, що втратив право користування жилим приміщенням. Позивачка зазначала, що в лютому 1990 р. її сім'ї з п'ятій чоловік було виділено чотирикімнатну квартиру в м. Володимирі-Волинському. У серпні 1994 р. їх шлюб з відповідачем було розірвано в судовому порядку, після чого він забрав свої особисті речі й виїхав на постійне місце проживання в м. Полтаву. Позивачка просила задовольнити позов з підстав, передбачених у ст. 107 Житлового кодексу.

Заперечуючи проти позову, В.А. пред'явив зустрічний позов до В.С. і Володимир-Волинського міськвиконкому про зміну умов договору найму жилого приміщення. Він зазначав, що прописаний і проживає у спірній квартирі з колишньою дружиною та неповнолітньою дочкою. Після розірвання шлюбу між ним і позивачкою склалися неприємні стосунки, вона почала перешкоджати йому користуватися квартирою і не бажає вирішити це питання в добровільному порядку. В.А. просив змінити умови договору кайму, виділивши в його користування кімнату жилою площею 16,2 кв. м а в користування позивачки й дочки — кімнати площею 11,2, 9,7 і 7,8 кв. м і залишивши підсобні приміщення в загальному користуванні. Крім того, він пояснив у судовому засіданні, що виїжджав у м. Полтаву не на постійне місце проживання, а у зв'язку з трудовим договором і ніколи не втрачав інтересу до квартири В.А. просив задовольнити позов, оскільки, на його думку, є можливість виділити йому окрему кімнату.

Справа розглядалася судами неодноразово. Останнім рішенням Волинського обласного суду від 21 травня 1996 р. у позові В.С. було відмовлено, а зустрічний позов В.А. задоволено. Суд змінив договір найму жилого приміщення, виділивши в користування В.А. кімнату площею 16,2 кв. м, і зобов'язав Володимир-Волинський міськвиконком укласти з іншим окремих договір найму Кімнати площею 11,2, 9,7 і 7,8 кв. м. та лоджію було виділено В.С. та її неповнолітній дочці, а підсобні приміщення коридор кухню, ванну, туалет — залишено у спільному користуванні з В.С. на користь В.А. стягнуто 10 млн. крб., сплачених ним за надання юридичної допомоги.

У касаційній скарзі В.С. просила скасувати рішення, посилаючись на те, що воно суперечить зібраним у справі доказам і що суд дав односторонню оцінку поясненням свідків та деяким письмовим доказам. Судова колегія в цивільних справах Верховного Суду України визнала, що касаційна скарга підлягає задоволенню з таких підстав.

Відповідно до ст. 107 ЖК УРСР у разі вибуття наймача та членів його сім'ї на постійне проживання до іншого населеного пункту або в інше живе приміщення в цьому ж населеному пункті договір найму приміщення вважається розірваним з дня вибуття. Якщо з жилого приміщення вибуває не вся сім'я, то договір найму не розривається, а член сім'ї, який вибув на постійне місце проживання в інше місце, втрачає право користування цим приміщенням з дня вибуття.

Пленум Верховного Суду України в п. 11 постанови від 12 квітня 1985 р. № 2 «Про деякі питання, що виникли в практиці застосування судами Житлового кодексу України» роз'яснив, що на підтвердження вибуття суд може брати: до уваги й будь які фактичні дані, які свідчать про обрання стороною іншого постійного місця проживання (повідомлення про це в листах, розписка, переадресовування кореспонденції утворення сім'ї в іншому місті, перевезення майна в інше жиле приміщення, виїзд в інший населений пункт і постійна прописка там, укладення трудового договору на невизначений строк тощо)

Виходячи з цих роз'яснень, суд дійшов обґрунтованого висновку, що В.С. не подала переконливих доказів про добровільний виїзд відповідача зі спірної квартири на постійне проживання в м. Полтаву. Відповідно до ст. 203 ЦПК УРСР суд навів у рішенні докази, що підтверджують тимчасову відсутність В.С. у спірній квартирі), зумовлену характером його роботи, неприязними стосунками з позивачкою та хворобою. Спірна квартира була постійним місцем його проживання, він із неї не виписувався, за місцем роботи в м. Полтаві постійним житлом забезпечений не був.

Задовольняючи зустрічний позов, суд виходив з того, що це відповідає вимогам ст. 63 ЖК УРСР не погіршує житлових умов позивачки.

Разом з тим як у судовому засіданні, так і в касаційній скарзі позивачка зазначала у них з відповідачем склалися неприязні стосунки, він зловживає спиртними напоями, систематично порушує правила співжиття, ідо робить неможливим проживання із ним в одній квартирі й дає їй право порушити питання про обмін останньої всупереч вимогам ст. 40 ЦПК УРСР суд не дав належної оцінки цим доводам позивачки і, постановляючи рішення про укладення окремого договору найму, не врахував, що це не вирішить житлового конфлікту й перешкоджатиме порушенню питання про обмін квартири

Виділяючи відповідачу кімнату розміром 16,2 кв. м. суд не мотивував у рішенні, чому він дійшов саме такого висновку хоча в квартирі є інші кімнати, розмір яких не менший від встановленого для надання одній особі

За таких обставин рішення суду в частині укладення окремого договору найму залишатися в силі не може. Тому судова колегія в цивільних справах Верховного Суду України скасувала рішення в зазначеній частині і направила справу в цій частині на новий розгляд [12].

Аналіз такої спеціальної підстави, як зміна договору найму житла, внаслідок збільшення або зменшення складу осіб, які постійно проживають разом із наймачем, дає підстави для таких висновків.

Оскільки у багатьох випадках зміни договору (вселення інших осіб у жиле приміщення, заміна наймача, наступництво після смерті наймача у договорі найму житла тощо) важливе значення має характер стосунків між наймачем та іншими особами, які проживають разом з ним, доцільно було б визначити поняття «члени сім'ї наймача» та «інші особи, які проживають з наймачем» у главі 59 ЦК України, передбачивши існування двох категорій осіб, які постійно проживають разом з наймачем: 1) членів сім'ї та 2) інших осіб.

При цьому статус членів сім'ї наймача має визначатися нормами не лише



загального цивільного законодавства, але також нормами сімейного та житлового законодавства, у той час як правове становище «інших осіб» встановлюється на засадах ч. 1 ст. 816 ЦК України.

Воно має бути таким самим, як і правове становище наймача та членів його сім'ї, за винятком питань правонаступництва при заміні наймача у договорі найму житла, про що має бути зроблене спеціальне застереження у ст. 824 ЦК України.

### Література

1. Правове регулювання житлових відносин в Україні : навч.-довід. вид. / за заг. ред. Є. О. Харитонова. — Х. : ТОВ «Одіссей», 2008.
2. Ми не торкаємось тут спеціального питання щодо статусу членів сім'ї власника житла. Див., про це: Лічман Л. Г. Судовий захист прав і інтересів членів сім'ї власника жилого приміщення : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Л. Г. Лічман. — Х., 2005. — 20 с.
3. Жилищный кодекс Украинской ССР : науч.-практ. коммент. / М. А. Голодный, П. Н. Дятлов, В. И. Жуков. — К. : Политиздат Украины, 1990.
4. Житловий кодекс України : наук.-практ. комент. / за заг. ред. Є. О. Харитонова, Н. Ю. Голубевої. — Х. : Одіссей, 2009.
5. Цивільний кодекс України : коментар / за ред. Є. О. Харитонова, О. М. Калітенко. — О. : Юрид. д-ра, 2003.
6. Маслов В. Ф. Право на жилище / В. Ф. Маслов. — Х. : Вища шк., 1986.
7. Жилищный кодекс Украины : науч.-практ. коммент. / под общ. ред. Е. О. Харитонова, Н. Ю. Голубевой. — Х. : Одіссей, 2009.
8. Справа № 2-371/96. Рішення від 11 червня 1997 г. // Судебная практика. — 1997. — № 15-16.
9. Андрианов И. И. Жилищное законодательство. Практические вопросы / И. И. Андрианов. — М. : Юрид. лит., 1988.
10. Гуляк Я. В. Договір найму (оренди) житла за цивільним законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук / Я. В. Гуляк. — О., 2005.
11. Судебная практика по семейным спорам. Кн. 1 / рук. кол. сост. П. В. Крашенинников. — М. : Статут, 2004.
12. Неможливість проживання сторін в одній квартирі // Юридичний вісник України. — 1999. — 1-7 квіт.

### Анотація

**Омельчук О. С.** Деякі спірні питання зміни договору найму житла внаслідок збільшення або зменшення складу сім'ї наймача. — Стаття.

Реалізація права на користування житлом особами, які не є його власниками, відбувається за допомогою договору найму. Договір найму жилого приміщення може бути змінений, виходячи з потреб родини, що проживає в найманому приміщенні. Одним із прав наймача є право на вселення в займане житло інших осіб, котре одночасно є й підставою зміни умов договору найма житла. Тому здається доцільним зупинитися на питанні про права й обов'язки цих осіб та співвідношення правового становища зазначених осіб і становища членів сім'ї наймача стосовно користування жилим приміщенням.

*Ключові слова:* договір найму, жилає приміщення, наймач, учасники договору.

### Аннотация

**Омельчук А. С.** Некоторые спорные вопросы изменения договора найма жилья в результате увеличения или уменьшения состава семьи нанимателя. — Статья.

Реализация права на пользование жильем лицами, которые не являются его владельцами, происходит с помощью договора найма. Договор найма жилого помещения может быть изменен исходя из потребностей семьи, которая проживает в нанимаемом помещении. Одним из прав нанимателя является право на вселение в занимаемое жилье иных лиц, которое одновременно

является и основанием изменения условий договора найма жилья. Поэтому кажется целесообразным остановиться на вопросе о правах и обязанностях этих лиц и соотношениях правового положения отмеченных лиц и положения членов семьи нанимателя относительно пользования жилым помещением.

*Ключевые слова:* договор найма, жилое помещение, наниматель, участники договора.

### Summary

**Omelchuk O. S. Some Controversial Issues of the Change of the Accommodation Rental Agreement Due to the Increase or Decrease of Renter Family Composition. — Article.**

Realization of the right to use accommodation by persons who do not own it goes through the accommodation rental agreement. Accommodation rental agreement can be changed proceeding from the needs of a family that stays in rented accommodation. One of the rights of a renter is a right to settle other persons in occupied accommodation which is simultaneously the basis for changing the conditions of the accommodation rental agreement. Therefore it seems appropriate to focus on the rights and responsibilities of these individuals and the correlation of legal status of these individuals and position of a renter's family members on using the accommodation.

*Keywords:* rental agreement, accommodation, renter, parties of a contract.

УДК 347.451:339.187.44(477)

*І. П. Смілянець*

### ДЕЯКІ АСПЕКТИ ДОГОВОРУ ФРАНЧАЙЗИНГУ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

На сьогодні розпочати свій бізнес без значних капіталовкладень, скориставшись чужим ім'ям і популярністю, можливо завдяки системі франчайзингу. Вона дозволяє виступити представником у регіоні якої-небудь відомої компанії й отримати право на торгівлю продукцією або на надання послуг великої фірми на визначених умовах і за визначену компенсацію.

Актуальність даної теми полягає у тому, що серед договорів на передачу прав в останні десятиліття широкого застосування в країнах з розвинутою економікою дістав саме договір франчайзингу. В Україні для законодавчого регулювання комерційних справ, відомих у міжнародній практиці як «франчайзинг» і «франшиза», використовується термінологія «комерційна концесія».

Франчайзинг можна розглядати як систему договірних відносин, при якій одна фірма (франчайзер) надає іншій фірмі (франчайзі) за плату і на певний термін комплекс виключних прав — франшизу. Одразу потрібно зазначити, що франшиза — це дозвіл на використання комплексу виключних прав правоволодільца (визначеної торговельної марки, операційної системи, ноу-хау).

Існує проект Закону України «Про франчайзинг», внесений на розгляд Верховної Ради України ще 8 листопада 2001 р., що дає більш чітке визначення поняття договору франчайзингу, а також правові й економічні основи його існування, однак прийняття його, невинновато затяглося. Основними нормативними актами, що регулюють розглянуті правовідносини, залишаються:

Цивільний кодекс України (глава 76), Господарський кодекс України (глава 36) і Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» та інші [1; 2; 4].

Широкомасштабне використання франчайзингу відбувається завдяки його перевагам для обох сторін: франчайзера (франшизіара) та франчайзі (франшизіата). Франшизіар отримує можливість швидкого будування розгалуженої збутової мережі, яка не тільки не потребує капіталовкладень від нього, а, навпаки, приносить йому дохід. Франшизіат, незалежно від наявності чи відсутності підприємницького досвіду, отримує можливість ведення прибуткової підприємницької діяльності.

Франчайзинг має переваги і для споживачів, які отримують конкурентоздатний товар або послугу за найнижчою ціною та найвищою якістю.

Протягом періоду становлення та розвитку франчайзингу формувалися його види. В залежності від підстави класифікації можна виділити збутовий, транспортний, швидкого харчування, національний та міжнародний, прямий або непрямий та комбінаційний франчайзинг. Проте сьогодні сформувався та широко застосовується новий вид франчайзингу — франчайзинг підприємницького формату, який являє собою синтез найбільш привабливих та відпрацьованих елементів різних видів франчайзингу, сформованих в минулому.

Мета договору комерційної концесії — створення нових підприємницьких структур та забезпечення довгострокового співробітництва сторін.

Що стосується безпосередньо договору франчайзингу, то відповідно до норм міжнародного законодавства договір комерційної концесії (франчайзингу) — це договір за яким один підприємець — правоволоділець (франшизіар) надає іншому користувачеві (франшизіату) в обмін на пряму або непряму фінансову винагороду право експлуатувати франшизу для цілей маркетингу визначених типів товарів та/або послуг [6].

Деякі вчені вважають договір франчайзингу специфічним видом поручительства чи формою поручительства за допомогою довіри свого товарного знака іншій фірмі. Однак договір поручительства значно відрізняється від франчайзингу метою, предметом та змістом. Подібність спостерігається лише в частині відповідальності франчайзера перед споживачем за невідповідність якості товарів та послуг, де споживача можна розглядати як кредитора, а франчайзі — як боржника.

Щодо правової природи договору франчайзингу, то, по-перше, він використовується лише в підприємницькій діяльності; по-друге, має оплатний характер — правоволоділець отримує винагороду за виконання своїх обов'язків за договором; по-третє, договір франчайзингу є казуальним — наявні підстави його укладання, тобто той юридичний результат, який має бути досягнутий виконанням угоди; по-четверте, консенсуальний — вступає в силу з моменту досягнення згоди сторонами; по-п'яте, двосторонній — кожна із сторін має права та обов'язки.

Об'єктом такого договору виступає пакет прав промислової та інтелектуальної власності, які стосуються торгових марок, торгових найменувань, торго-

вельних символів, корисних моделей, зразків, авторських прав, ноу-хау або патентів, що підлягають використанню під час перепродажу товарів або надання послуг кінцевим споживачам [7].

Предмет договору комерційної концесії є правом на використання об'єктів інтелектуальної власності (торгових марок, промислових зразків, винаходів, творів, комерційної таємниці тощо), комерційного досвіду та ділової репутації. Іншими словами, йдеться про виключні права на результати інтелектуальної діяльності і насамперед про ті з них, які спрямовані на індивідуалізацію продукції (робіт, послуг). При цьому має місце комплекс виключних прав, що і відрізняє договір комерційної концесії від інших близьких цьому договорів (уступка права, оренда, договір виконання науково-дослідницьких робіт, ліцензійний договір та інші).

Комплекс виключних прав, наданих правоволодільцем і здобутих користувачем, складається з: права діяти під фірмовим найменуванням і/або комерційним значенням правоволодільця; права на торгові знаки, торгові марки, знаки обслуговування й інші засоби індивідуалізації правоволодільця; права користуватися належною йому охоронюваною комерційною інформацією.

Договір комерційної концесії обов'язково містить у собі опис продукції (товарів, послуг), яка має відповідати визначеному стандарту (якості), застереження щодо всіх варіантів використання фірмового найменування і/або товарного знака франчайзера, основні правила щодо передачі, продовження і завершення ділових відносин.

Варто звернути увагу також на той факт, що у випадку, коли бізнес-план франчайзі успішно втілюється в життя і почне давати позитивні результати, він зможе скористатися гарантією, передбаченою ст. 1124 ЦК України, яка також передбачається і проектом Закону «Про франчайзинг». А саме: користувач, який належним чином виконав свої обов'язки, має право знову укласти договір франчайзингу на той самий термін і на тих самих умовах.

Щодо обов'язків сторін, то обов'язками франчайзера є: передача франчайзі виключних прав, що стосуються предмета договору; передача франчайзі необхідної документації, ноу-хау (рецептура, секрети виробництва, організаційний та комерційний досвід і т.п.); навчання франчайзі з питань організації і ведення бізнесу. Франчайзер має право здійснювати контроль за методами використання системи франшизи. В цьому сенсі франчайзер є незалежним підприємцем.

До обов'язків франчайзі належить: плата за користування ліцензією; використання при здійсненні обумовленої в договорі діяльності найменування та комерційного позначення правоволодільця позначеним в договорі способом; забезпечення відповідності якості вироблених ним на підставі договору товарів, робіт чи послуг якості аналогічних робіт товарів і послуг, що виробляються чи надаються безпосередньо самим виробником; виконання інструкцій та розпоряджень франчайзера, спрямованих на забезпечення відповідності характеру, засобам і умовам використання комплексу виключних прав, наданих йому по договору; надання покупцям усіх додаткових послуг, на які могли б розрахо-

увати споживачі безпосередньо у франчайзера; нерозголошення секретів виробництва надавача та іншої отриманої від нього інформації; надання обумовленої кількості субфранчайзингу, якщо такий обов'язок передбачений договором; інформування покупців найбільш очевидним способом про те що він використовує фірмове найменування, комерційне позначення, знак для товарів та послуг або інший засіб індивідуалізації франчайзера по договору франчайзингу.

Відповідно до ст. 1118 ЦК України для договору франчайзингу передбачена державна реєстрація, при цьому на практиці виникає низка проблем. Так, ч. 3 ст. 640 ЦК України передбачено, що договір, який підлягає державній реєстрації, є укладеним з моменту його державної реєстрації. Однак на сьогоднішній день компетенції органів, які здійснюють державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб — підприємців, не віднесено реєстрацію договорів комерційної концесії, а також змін та розірвання таких договорів. Попри розгалужене правове регулювання договірних відносин у цій сфері, досі не вирішеним залишається питання державної реєстрації договорів комерційної концесії. Зокрема, відповідно до ч. 2 ст. 1118 ЦК України договір комерційної концесії підлягає державній реєстрації органом, який здійснив державну реєстрацію правового дільця [2].

Аналогічне правило міститься у ч. 2 ст. 367 ГК України, згідно з якою державну реєстрацію договору комерційної концесії покладено на орган, що здійснив реєстрацію суб'єкта господарювання, який виступає за договором як правоволоділець [1]. Згідно з ч. 2 ст. 1118 ЦК України і ч. 2 ст. 367 ГК України державну реєстрацію договорів комерційної концесії має здійснювати орган, що здійснив державну реєстрацію правоволоділця. Таким органом є державний реєстратор, який відповідно до ст. 5 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб — підприємців» проводить державну реєстрацію зазначених осіб [3]. Частиною 4 ст. 6 цього Закону передбачено, що на посаду державного реєстратора призначається особа з вищою освітою за освітньо-кваліфікаційним рівнем магістра або спеціаліста та стажем роботи за фахом на державній службі не менше одного року, або стажем роботи в інших сферах управління не менше трьох років.

Державній реєстрації також підлягає розірвання договору комерційної концесії (ч. 4 ст. 374 ЦК). З державною реєстрацією даного договору, крім того, пов'язана можливість його сторін посилається на зміни договору комерційної концесії у відносинах з третіми особами (ч. 2 ст. 374 ЦК).

Існує точка зору, що за відсутності державної реєстрації зазначених видів договорів, вони не вважаються укладеними, тобто не породжують відповідних правових наслідків. Відтак на практиці існуюча прогалина у законодавстві позбавляє можливості суб'єктам цивільного і господарського права використовувати інститут комерційної концесії, оскільки без державної реєстрації договори у цій сфері вважатимуться недійсними.

Так, Г. В. Цірат у дисертаційному дослідженні на тему «Договори франчайзингу» запропонувала спростити формальні вимоги до договорів франчайзин-

гу, а саме скасувати реєстрацію договору в органах, які здійснюють державну реєстрацію суб'єктів підприємництва [6].

З такою пропозицією не можна не погодитись. Тим більше, що недивлячись на великий проміжок часу з моменту прийняття такого положення, проблеми з такою реєстрацією залишились без змін на теперішній час.

Та все ж таки, особи, які бажають укласти договори франчайзингу, не можуть і не зобов'язані чекати поки буде розроблений порядок реєстрації таких договорів. Нині практика йде шляхом того, що франчайзер і франчайзі укладають попередній договір, який відповідає вимогам Цивільного і Господарського кодексів України, в якому обов'язково обумовлюють, що договір буде належним чином зареєстрований після розробки та затвердження реєстру і реального порядку реєстрації.

Зазначимо також дещо про припинення договору франчайзингу. Згідно з законодавством, відносини франчайзингу перериваються при наявності однієї з п'яти таких подій: скасування угоди; припинення за взаємною згодою; відмова франчайзі від своїх зобов'язань; припинення франчайзером контракту; закінчення терміну дії угоди [5].

Припинення правовідносин між сторонами в наслідок закінчення строку дії угоди є самим прийнятним для сторін. В інших чотирьох випадках: коли термін договору не закінчився, а відносини приходить переривати, між сторонами виникають взаємні претензії.

Скасування угоди застосовується, коли відносини франчайзингу перервані до відкриття підрозділу. Звичайно така необхідність виникає через невідповідність вимогам договору роботи франчайзі в період, що передуює відкриттю підрозділу. Можливо, франчайзі не зібрав необхідних коштів, але які б ні були причини, права сторін обговорені в договорі, якого потрібно дотримуватись. Усі виплати франчайзеру, франчайзі зобов'язаний виплатити, що повинно бути чітко обговорене в договорі. Якщо франчайзер будує свою систему правильно, то в нього навряд чи будуть проблеми зі скасуванням угоди.

Щодо припинення за взаємною згодою, то це відбувається рідко і, як правило, з причин, не залежних ні від франчайзера, ні від франчайзі. У цьому випадку підписується угода про взаємне звільнення сторін від зобов'язань договору.

Відмова франчайзі від своїх зобов'язань має місце, коли франчайзі бажає вийти із системи франчайзингу, при цьому він може повідомити про це заздалегідь, або не зробити цього. «Тиха відмова» створює набагато більш проблем. Несвоєчасне надходження виплат є ознакою таких намірів франчайзі. Міри варто застосовувати не відкладаючи, щоб потім франчайзера не обвинуватили в тім, що він своїм нерішучим поведженням спровокував ситуацію. Настійно рекомендується при несвоєчасному надходженні виплат негайно здійснювати контроль якості. Фінансові проблеми франчайзі часто свідчать про те, що він намагається їх вирішити за рахунок якості. Якщо ситуація поправна, можливе закінчення конфлікту — укладення «договору про поновлення», якщо ні, застосовуються пункти договору про припинення відносин.

Коли справа доходить до припинення угоди з ініціативи франчайзера він повинен мати для цього вагомі об'єктивні підстави. Наприклад: неправильне використання торгової марки, невідповідна якість, несплата виплат, неправильна робота, зміни на ринку та інші.

Щодо умов відмови франчайзера від укладання договору на новий термін, то вони такі: 1) відмова франчайзера від укладення з іншими особами аналогічних договорів упродовж трьох років із дня закінчення терміну дії договору; 2) відмова франчайзера від укладення аналогічних договорів, дія яких буде поширюватися на ту ж територію, на якій діяв договір, що втратив силу.

При цьому, якщо до закінчення трирічного терміну правоволоділець знову висловить бажання укласти з ким-небудь договір франчайзингу, він зобов'язаний, передусім, запропонувати попередньому франчайзі укласти такий договір або відшкодувати заподіяні цим збитки. У випадку укладення нового договору франчайзингу, його умови не можуть бути менш сприятливими для франчайзі аніж умови договору, що припинив свою дію.

На сьогодні в Україні за договором комерційної концесії працює чимало всесвітньо відомих корпорацій, які з метою розширення бізнесу передають за договорами франчайзингу право на використання належних їм об'єктів інтелектуальної власності. До них належать такі відомі франчайзери, як McDonald's, Coca-Cola, Pepsi, Лукойл тощо. Завдяки співробітництву з цими та іншими компаніями чимало підприємців успішно ведуть свій бізнес.

Незважаючи на новизну такого юридичного інструменту, як договір комерційної концесії (франчайзинг), він відкриває підприємцям нові обрії для здійснення господарської діяльності, розкриває нові види правовідносин, в яких знаходиться величезна кількість вільних ніш. Ніш, які чекають на підприємців, що не бояться ризику й орієнтуються в останніх змінах у законодавстві.

### Література

1. Господарський кодекс України : Закон України від 16 січ. 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18–22.
2. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січ. 2003 р. // Голос України. — 2003. — № 45–46.
3. Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб — підприємців : Закон України від 15 трав. 2003 р. № 755-IV [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [www.zakon.rada.gov.ua](http://www.zakon.rada.gov.ua).
4. Про охорону прав на знаки для товарів і послуг : Закон України від 15 груд. 1993 р. № 3689XII [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [www.zakon.rada.gov.ua](http://www.zakon.rada.gov.ua).
5. Цират А. В. Франчайзинг и франчайзинговый договор : учеб.-практ. пособие / А. В. Цират. — К. : Истина, 2002. — 240 с.
6. Цират Г. В. Договори франчайзингу : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Г. В. Цират ; Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. — К., 2003.
7. Хозяйственное (предпринимательское) право Украины : учебник / под общ. ред. Р. Б. Шишки, Я. А. Чапичадзе. — Х. : Эспада, 2007. — 552 с.

### Анотація

**Смілянець І. П.** Деякі аспекти договору франчайзингу за законодавством України. — Стаття. У статті дається визначення договору та мета укладання цього договору. Також розглядаються проблемні питання укладання договору франчайзингу, а саме які умови необхідно обов'язково

враховувати при укладанні цього договору, що складає предмет договору та в якій формі укладається договір франчайзингу. Особлива увага приділяється порядку реєстрації договору комерційної концесії та прогалини законодавства з цього приводу, які існують сьогодні.

*Ключові слова:* договір франчайзингу, комерційна концесія, правоволоділець, користувач, франшиза.

### Аннотация

*Смилянец И. И. Некоторые аспекты договора франчайзинга по законодательству Украины. — Статья.*

В статье дается определение договора и цель заключения этого договора. Также рассматриваются проблемные вопросы заключения договора франчайзинга, а именно какие условия необходимо обязательно учитывать при заключении этого договора, что составляет предмет договора и в какой форме заключается договор франчайзинга. Особенное внимание уделяется порядку регистрации договора коммерческой концессии и пробелы законодательства по этому поводу, которые существуют сегодня.

*Ключевые слова:* договор франчайзинга, коммерческая концессия, правовладелец, пользователь, франшиза.

### Summary

*Smilyanets I. Some Aspects of Franchise Contract Under the Legislation of Ukraine. — Article.*

The article defines the franchise contract and the purpose of entering into this contract. Also the article addresses to such problems of franchise contract like — what conditions must be accounted for the conclusion of this agreement, what is the subject of the contract and in what form must be the franchise contract. Particular attention is paid to the order of registration of the franchise contract, and gaps in legislation about this, that exists today.

*Keywords:* franchising contract, commercial concession, the user, the franchise.

УДК 347.27

А. Р. Чанишева

### ПРЕДМЕТ ИПОТЕКИ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Відповідно до частини першої ст. 5 Закону «Про іпотеку» предметом іпотеки можуть бути один чи декілька об'єктів нерухомого майна. При цьому у цивільному законодавстві України чітко не визначається перелік об'єктів нерухомого майна, що спричиняє проблеми у правозастосовчій практиці.

Метою статті є визначення змісту поняття нерухомого майна (нерухомих речей) як предмета іпотеки шляхом аналізу положень чинного законодавства.

Науково-теоретичною базою дослідження стали опубліковані твори науковців-юристів у галузях теорії права та цивільного права. Використовувались наукові праці російських науковців дореволюційного (до 1917 р.) періоду і фахівців у галузі цивільного права: М. М. Агаркова, С. М. Братуся, А. В. Венедиктова, Д. М. Генкіна, О. С. Йоффе, Л. А. Лунца, В. А. Тархова, Й. Б. Новицького, В. К. Райхера, К. А. Флейшиць, твори сучасних російських авторів у галузі цивільного права: М. Й. Брагінського, В. В. Вітрянського, А. А. Сергєєва, Є. О. Суханова, Ю. К. Толстого, праці українських вчених-цивілістів: Ч. Н. Азі-



мова, О. В. Дзери, О. С. Кізлової, І. І. Пучковської, Є. О. Харитоновна, О. І. Харитонові.

В науковій і навчальній літературі автору не вдалося знайти глибокий аналіз проблеми поділу майна на рухоме та нерухоме. Більше того, автори наукових та навчальних видань ухиляються навіть від здійснення аналізу такого поділу майна на види при дослідженні об'єктів права власності. Цим і викликана актуальність теми дослідження.

Так, у навчальному посібнику «Право власності в Україні» класифікації та характеристики об'єктів права власності не присвячений жоден із параграфів [1]. В одному із підручників, що виданий в Росії, проблема об'єктів права власності розглядається тільки стосовно окремих видів власності (права власності громадян, права державної і муніципальної власності [2, 368, 377]. Звернення до дореволюційної російської літератури також не дає конструктивних результатів. Тому в правозастосовчих цілях зміст поняття нерухомого майна (нерухомих речей) слід виявляти шляхом аналізу положень чинного цивільного законодавства.

Поняття нерухомого майна, як воно повинне розумітися в інституті іпотеки, визначається в абз. 2 ст. 1 Закону «Про іпотеку». Це визначення включає до себе вказання, перш за все, на земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці і невід'ємно пов'язані з нею, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення. Таке ж визначення нерухомого майна наводиться в ч. 1 ст. 181 ЦК з тією тільки різницею, що тут не зазначається на невід'ємну пов'язаність речей, що належать до категорії нерухомих, із земельною ділянкою. Очевидно, у цьому зазначенні не було необхідності, бо воно є не вповні коректним: все-таки ознака невід'ємної пов'язаності нерухомих речей з земельною ділянкою є лише повторенням зазначення на таку ознаку нерухомого майна як неможливість його переміщення без знецінення його та зміни його призначення. У Законі «Про державну реєстрацію прав на нерухоме майно та їх обмежень» (абз. 4 ст. 2) дається таке ж визначення нерухомого майна, як і в ч. 1 ст. 181 ЦК. Очевидно, не було будь-якої потреби у спеціальному Законі повторювати визначення поняття нерухомого майна, що наводиться в основному акті цивільного законодавства (Цивільному кодексі України).

Видається, що більш правильним було б вказати у визначенні поняття нерухомої речі не на дві ознаки, як в абз. 2 ст. 2 Закону «Про іпотеку» (невід'ємна пов'язаність із земельною ділянкою та неможливість переміщення без знецінення або зміни призначення речі), чи на одну ознаку неможливості переміщення без знецінення або зміни призначення речі, як у ч. 1 ст. 181 ЦК, а на неможливість збереження річчю ознак, що індивідуалізують її у разі її переміщення. Це ще не означає, що знайдено критерій, за яким буде виокремлюватись нерухоме майно, але у такий спосіб будуть створюватись умови для такого виокремлення і буде правильно визначено напрямок вирішення проблеми. Що стосується повного вирішення проблеми виокремлення нерухомого майна як об'єкта іпотеки, то це можливе тільки шляхом встановлення більш деталь-

ного переліку видів речей, що належать до нерухомих. У зв'язку з цим доцільно було б врахувати, що в Цивільному кодексі Франції нерухоме майно визначається у цілій низці статей (ст. ст. 517–526), потім у декількох статтях описується рухоме майно [3, 227–230].

При визначенні видів нерухомих речей (об'єктів нерухомого майна) слід враховувати положення ч. 2 ст. 17 Закону «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», якою встановлюється, що державна реєстрація проводиться за наявності даних технічної інвентаризації об'єктів нерухомого майна. Отже, за відсутності таких даних державна реєстрація прав на нерухоме майно та їх обмежень не здійснюється. Тож треба звернутись до законодавства, яке визначає види об'єктів, що підлягають технічній інвентаризації.

Відповідно до п. 2 Інструкції про порядок проведення технічної інвентаризації об'єктів нерухомого майна до об'єктів, що підлягають інвентаризації, належать будинки (житлові, громадського та виробничого призначення, садові, дачні), споруди громадського і виробничого призначення, господарські споруди (колодязі, вигрібні ями, огорожі, ворота, хвіртки, замощення тощо), господарські будівлі (сараї (хліви), гаражі, літні кухні, майстерні, вбиральні, погребі, навіси, котельні, бойлерні, трансформаторні підстанції, сміттязбірники тощо), гаражі, що не належать до господарських будівель (багатоповерхові, підземні, одноповерхові блокові), а також інженерні мережі, елементи благоустрою тощо. Це — вкрай широке розуміння об'єктів нерухомого майна. Ним охоплюються практично всі види майна, що пов'язане з землею. Не названі тільки дороги і тротуари. Проте вони можуть бути віднесені до інженерних мереж та елементів благоустрою. Це могло б бути підставою для висновку про те, що предметом іпотеки може бути будь-яке майно, що входить до наведеного переліку, тобто будь-яке майно, що не може бути переміщене із збереженням його індивідуальних ознак, належить до категорії майна нерухомого.

Такий висновок відповідає також змісту Закону «Про державну реєстрацію прав на нерухоме майно та їх обтяжень». Цей Закон, як зазначалось вище, дає визначення нерухомого майна і не встановлює будь-яких виключень щодо кола об'єктів, які підпадають під це визначення. Причому підставою для державної реєстрації прав у разі їх виникнення тут називається не тільки свідоцтво про право власності на будівлю (частину будівлі), споруду (абз. 10 ст. 19), а й акт прийому нерухомого майна до експлуатації (абз. 12 ст. 19). Тобто, у випадках, коли видача свідоцтва про право власності на об'єкт нерухомого майна не передбачена (коли об'єкт не належить до категорії будівель або споруд), право власності може бути зареєстроване на підставі акту прийому нерухомого майна до експлуатації.

Таке розуміння нерухомого майна знайшло відображення в ст. 46 Повітряного кодексу України. Тут вживається термін «усі нерухомі об'єкти і споруди, розташовані на приаеродромній території». Із контексту цього Кодексу можна зробити висновок про те, що під нерухомими розуміються будь-які об'єкти, що пов'язані з землею, а не лежать чи стоять на землі.

Як зазначалося вище, визначення нерухомого майна в абзаці четвертому ст. 2 Закону «Про державну реєстрацію прав на нерухоме майно та їх обтяжень» є тотожним визначенню нерухомого майна у ст. 181 ЦК. Але стосовно реєстрації прав на нерухоме майно у Цивільному кодексі України формулюються суперечливі положення. По-перше, зазначається на те, що «державна реєстрація прав на нерухомість і правочинів щодо нерухомості є публічною, здійснюється відповідним органом, який зобов'язаний надавати інформацію про реєстрацію та зареєстровані права в порядку, встановленому законом». Але ж це — не завжди один і той самий орган. Права на нерухоме майно, крім землі, реєструються на цей час комунальними підприємствами «Бюро технічної інвентаризації і державної реєстрації прав на нерухоме майно» [4, п. 5 розділу V «Прикінцеві положення»], права на землю реєструються державним підприємством «Центр державного земельного кадастру» (його територіальними підрозділами) [4, ч. 3, ст. 5]. Правочини реєструються державним підприємством «Інформаційний центр» Міністерства юстиції [5; 6]. Тому у ч. 2 ст. 182 ЦК слова «відповідним органом, який зобов'язаний...» слід замінити словами «уповноваженими організаціями, які зобов'язані...».

По-друге, ч. 1 ст. 182 ЦК не передбачає будь-яких виключень із зазначеного правила про державну реєстрацію права власності та інших речових прав на нерухомі речі, обмежень цих прав, їх виникнення, переходу і припинення. Але момент виникнення права власності на новостворене нерухоме майно прив'язується до моменту державної реєстрації права власності тільки абз. 3 ч. 2 ст. 331 ЦК. Абзац 2 цієї ж частини допускає, що законом (і навіть договором — незрозуміло, хто і з ким буде укладати договір) може бути передбачено виникнення права власності з моменту прийняття нерухомого майна до експлуатації, що суперечить ч. 1 ст. 182 і абз. 3 ч. 2 ст. 331 ЦК. В абз. 1 ч. 2 ст. 331 ЦК встановлюється, що право власності на новостворене нерухоме майно (називаються житлові будинки, будівлі, споруди тощо) виникає з моменту завершення будівництва (створення майна). Але ж такі об'єкти підлягають прийняттю до експлуатації, а право власності на них підлягає державній реєстрації. Тож абз. 1 та 2 ч. 2 ст. 331 ЦК не мають предмету правового регулювання, не застосовуються, тому підлягають вилученню.

Широке розуміння нерухомого майна (нерухомих речей) впливає із Тимчасового положення про порядок державної реєстрації прав власності на нерухоме майно. Це Тимчасове положення зберегло чинність після введення в дію Закону «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» в частині, в якій воно не суперечить цьому Закону, оскільки воно вирішує деякі питання, які не вирішуються названим Законом.

Зазначене Тимчасове положення до об'єктів, які не підлягають реєстрації (правотворчий орган не розрізняє реєстрацію об'єктів і реєстрацію прав), відносить споруди, що не пов'язані фундаментом з землею (вони не можуть належати до нерухомого майна, оскільки без шкоди для таких споруд вони можуть переміщуватися), а також тимчасові споруди. Положення про те, що тимчасові споруди «не підлягають реєстрації» не відповідає Закону «Про державну реє-

страцію прав на нерухоме майно та їх обтяжень», ч. 1 ст. 182 ЦК, а тому застосуванню не підлягає. Але ж відомо, що на практиці право власності та інші права на такі об'єкти, обмеження таких прав не реєструється.

Відомою і загальнопоширеною є практика, відповідно до якої дороги, тротуари, інженерні мережі (лінії електропередач, зв'язку, газо(водо)проводи, інші комунікації) не інвентаризуються, а право власності на них не оформляється документами, передбаченими для нерухомого майна.

Звичайно, закони повинні виконуватися. Але ж невиконання вимог Закону «Про державну реєстрацію прав на нерухоме майно та їх обтяжень» на всі без винятків види нерухомого майна набуло широких масштабів, а виконання величезної за обсягом роботи щодо технічної інвентаризації всіх без винятків видів нерухомого майна, включаючи тимчасові споруди та інженерні мережі, потребує і часу, і коштів. Тож треба вирішити питання про доцільність реєстрації речових прав на всі без винятку види нерухомого майна та обґрунтувати у такий спосіб пропозиції щодо удосконалення відповідного законодавства.

Абстрактно розмірковуючи, державна реєстрація прав на нерухоме майно і його обтяжень може мати дві мети: 1) дотримання будівельних, протипожежних, санітарних, екологічних та інших правил забудови територій; 2) охорона прав на нерухомість, забезпечення стабільності правовідносин щодо цивільного обороту нерухомості та прав на неї. Закон «Про державну реєстрацію прав на нерухоме майно та їх обтяжень» декларує в преамбулі такі цілі як «забезпечення визнання та захисту державою речових прав на нерухомість, створення сприятливих умов для забезпечення розвитку ринкових відносин, активізація інвестиційної діяльності, збільшення надходжень до державного та місцевого бюджетів». Але ж не підлягає сумніву, що непрямо державна реєстрація переслідує цілі дотримання правил здійснення забудови, бо без акта готовності об'єкту до експлуатації свідоцтво про право власності на будинок, будівлю, споруду, інший об'єкт нерухомого майна не може бути видане. Акт готовності об'єкта до експлуатації підписується, якщо на об'єкті виконані всі передбачені проектною документацією та державними стандартами, будівельними нормами і правилами роботи, а також змонтоване і випробуване обладнання [п. 6]. А на підставі зазначеного акта інспекцією державного архітектурно-будівельного контролю видається свідоцтво про відповідність збудованого об'єкта проектній документації, вимогам державних стандартів, будівельних норм і правил за формою, встановленою Мінрегіонбудом [7, п. 14].

Європейський Суд з прав людини виходить з того, що відповідальність держави за безпеку людей має посилюватись [8, 75–84]. Тому п. 2 Порядку прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів не передбачає будь-яких винятків із загального правила про прийняття в експлуатацію відповідними комісіями об'єктів нового будівництва, реконструкції, реставрації, капітального ремонту, в тому числі комунікацій та споруд інженерної та транспортної інфраструктури. Отже, безпека людей забезпечується прийняттям об'єктів в експлуатацію. За таких умов інвентаризація нерухомого майна, державна

реєстрація прав на нього має здійснюватись щодо об'єктів, які являють собою будинки, будівлі, споруди. У решті випадків інвентаризацію об'єктів та реєстрацію прав належало б здійснювати лише за ініціативою власника відповідного об'єкта (наприклад, якщо він бажає або контрагент договору про відчуження об'єкту, передання його в іпотеку, в оренду тощо вимагає оформлення та реєстрації права власності).

Відповідно до ч. 3 ст. 191 ЦК підприємство як єдиний майновий комплекс є нерухомістю. Цілком логічно, що після цього в частині четвертій цієї ж статті зазначається на те, що підприємство або його частина можуть бути, зокрема об'єктом застави. Але розгорнені положення, що регулюють відносини щодо іпотеки майнового комплексу підприємства, із Закону «Про заставу» були вилучені разом із всім розділом II «Іпотека» при прийнятті Закону «Про іпотеку». Що стосується Закону «Про іпотеку», то він не містить будь-якого зазначення на майновий комплекс підприємства як на предмет іпотеки. Майновий комплекс підприємства як предмет іпотеки не охоплюється і визначенням нерухомого майна (нерухомості) в абз. 2 ст. 1 Закону «Про іпотеку». Тож слід зробити висновок про те, що Закон «Про іпотеку» не передбачає передачі в іпотеку майнового комплексу підприємства, а тому такий об'єкт не може бути предметом іпотеки. Виникає, однак, питання про спосіб подолання колізії між висновком, який тут зроблено на підставі Закону «Про іпотеку», і прямим зазначенням у ч. 4 ст. 190 ЦК на те, що майновий комплекс підприємства може бути об'єктом застави (іпотеки). Положення ч. 4 ст. 190 ЦК цілком логічно могло б кваліфікуватися як спеціальне, що зберегло чинність після прийняття та введення в дію Закону «Про іпотеку». Але у п. 2 Прикінцевих положень Закону «Про іпотеку» зазначається на те, що раніше прийняті законодавчі акти не можуть застосовуватись в частині, в якій вони суперечать цьому Закону. Отже, і спеціальне положення ч. 4 ст. 190 ЦК у зв'язку з введенням в дію Закону «Про іпотеку» застосуванню не підлягає, а єдиний майновий комплекс підприємства предметом іпотеки бути не може.

Теоретично розмірковуючи, недоцільно було б обмежувати втягнення в цивільний оборот таких об'єктів як єдині майнові комплекси підприємств, зокрема шляхом заборони передачі їх в іпотеку. Тому суто теоретичний висновок про те, що «підприємство більш правильно вважати об'єктом лише зобов'язальних прав» [9, 107], не може перешкоджати іншому законодавчому рішенню. З іншого боку, слід враховувати, що майновий комплекс підприємства як предмет іпотеки має істотні особливості. Тому ці особливості не можуть бути відображені в єдиному законодавчому положенні, яким передбачається можливість передачі майнового комплексу підприємства в іпотеку (таке положення на цей час формулюється в ч. 4 ст. 190 ЦК). Тим більше проблематичним є передання в іпотеку частини підприємства. Висловлювалась думка про те, що «закріплена законодавством можливість частини підприємства виступати самостійним об'єктом цивільних правочинів потребує подальшого теоретичного осмислення та законодавчого врегулювання» [10, 39; 11, 133–134].

У визначенні нерухомого майна в абзаці другому ст. 1 Закону «Про іпоте-

ку» зазначається на те, що до нерухомого майна належать земельні ділянки. Відповідно до ч. 1 ст. 79 Земельного кодексу земельна ділянка — це частина земної поверхні з установленими межами, певним місцем розташування, з визначеними щодо неї правами. Це — суто юридичне визначення. Дійсно, якщо стосовно земельної ділянки права не є визначеними, то вона не може бути предметом іпотеки, хоч би як фізичний об'єкт вона існувала і була виокремлена, огорожена. Право власності на земельну ділянку поширюється в її межах на поверхневий (грунтовий) шар, а також на водні об'єкти, ліси і багаторічні насадження, які на ній знаходяться (ч. 2 ст. 79 ЦК). Одночасно слід враховувати, що положення частини другої ст. 31 Закону «Про заставу», яким визнавалась можливість визнання предметом іпотеки багаторічних насаджень, чинність втратило. Чинне законодавство не допускає передання в іпотеку багаторічних насаджень.

Зокрема, абз. 4 ч. 1 ст. 5 Закону «Про іпотеку» обов'язковою умовою, за якою можливе передання нерухомого майна в іпотеку, визнає наявність реєстрації нерухомого майна у встановленому законом порядку як окремого виділеного в натурі об'єкта права власності. Багаторічні насадження як окремий виділений в натурі об'єкт права власності не можуть бути зареєстровані. Відповідно до визначення нерухомого майна як об'єкта реєстрації в абзаці четвертому ст. 2 Закону «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» до об'єктів реєстрації належать «об'єкти, розташовані на земельній ділянці (будівля, споруда тощо)». Коли в актах законодавства перелічуються однорідні члени речення, а потім вживається слово «тощо», то під ним розуміються предмети, які є подібними до перелічених [12, 153–155].

Нелогічно було б поставити поряд з будівлями, спорудами багаторічні насадження. Тому багаторічні насадження предметом іпотеки бути не можуть. Тим більше не можуть бути предметом іпотеки однорічні сільськогосподарські рослини. Вони передаються в іпотеку разом із земельною ділянкою, хоч у ст. 79 Земельного кодексу і не зазначається на те, що право власності на земельну ділянку поширюється на однорічні сільськогосподарські рослини, що ростуть на відповідній земельній ділянці.

### Література

1. Право власності в Україні / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — К. : Юрінком Інтер, 2000. — 816 с.
2. Гражданское право : учебник. Ч. 1 / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М. : Теис, 1996. — 600 с.
3. Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / А. Довгерт, В. Захватаев ; пер. с фр. В. Захватаев. — К. : Знання : Книга Плюс : Істина, 2006. — 1008 с.
4. Про державну реєстрацію прав на нерухоме майно та їх обмежень : Закон України від 1 лип. 2004 р. // Офіційний вісник України. — 2004. — № 30. — Ст. 1993.
5. Тимчасовий порядок державної реєстрації правочинів : затв. постановою Кабінету Міністрів України від 26 трав. 2004 р. № 671 // Офіційний вісник України. — 2004. — № 21. — Ст. 1420.
6. Інструкція про ведення державного реєстру правочинів : затв. наказом Міністерства юстиції України від 12 серп. 2004 р. № 86/5 // Офіційний вісник України. — 2004. — № 33. — Ст. 2231.
7. Порядок прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів : затв. постановою Ка-

- білету Міністрів України від 8 жовт. 2008 р. № 923 // Офіційний вісник України. — 2008. — № 80. — Ст. 2694.
8. Шевчук С. Судовий захист прав людини: практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції / С. Шевчук. — К.: Реферат, 2006. — 848 с.
9. Романов О. Е. Предприятие и иные имущественные комплексы как объекты гражданских прав / О. Е. Романов. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. — 304 с.
10. Кривобок С. Частина підприємства як об'єкт цивільно-правових правочинів // Право України. — 2005. — № 8. — С. 36–39.
11. Кривобок С. Деякі питання, пов'язані з визначенням підприємства як майнового комплексу за Цивільним кодексом України // Право України. — 2003. — № 10. — С. 132–135.
12. Романов А. К. Правовая система Англии: учеб. пособие / А. К. Романов. — М.: Дело, 2000. — 344 с.

### Анотація

**Чаньшєва А. Р.** Предмет договору іпотеки за законодавством України. — Стаття.

У статті досліджуються об'єкти нерухомого майна як предмет іпотеки. У зв'язку з тим, що у законодавстві відсутній вичерпний перелік об'єктів нерухомого майна, вносяться пропозиції щодо вдосконалення чинного цивільного законодавства у цій сфері.

**Ключові слова:** іпотека, предмет іпотеки, об'єкти нерухомого майна.

### Анотация

**Чаньшєва А. Р.** Предмет договора ипотеки по законодательству Украины. — Статья.

В статье исследуются объекты недвижимого имущества как предмет ипотеки. В связи с тем, что в законодательстве отсутствует исчерпывающий перечень объектов недвижимого имущества, вносятся предложения по усовершенствованию действующего законодательства в этой сфере.

**Ключевые слова:** ипотека, предмет ипотеки, объекты недвижимого имущества.

### Summary

**Chanysheva A. R.** Subject of the Mortgage Agreement Under the Legislation of Ukraine. — Article.

In the article the objects of immovable property as subjects of mortgage are researched. As the legislation lacks the detailed list of objects of immovable property, propositions on improvement of current legislation in this sphere are made.

**Keywords:** mortgage, subjects of mortgage, objects of immovable property.

УДК 347.518

**А. І. Бубіна**

### ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ ЗДОРОВ'Ю ВНАСЛІДОК ДОРОЖНЬО-ТРАНСПОРТНОЇ ПРИГОДИ

Об'єктом цивільного правовідношення є те матеріальне чи нематеріальне благо, із приводу якого це правовідношення виникає. Об'єктами цивільних правовідносин можуть бути речі, дії (у тому числі послуги), результати дій, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, особисті немайнові блага [1, 34]. У цивільних правовідносинах, що виникають внаслідок дорожньо-транспортної пригоди (далі — ДТП), об'єктом є дії, що полягають у відшкодуванні завданої матеріальної та компенсації моральної шкоди. Завдан-

ням даної статті є розкриття поняття права на компенсацію шкоди, завданої здоров'ю внаслідок ДТП, визначення нормативної бази, що регулює окреслене питання, правил визначення розміру шкоди, завданої саме здоров'ю внаслідок ДТП.

Стаття 27 Конституції України закріплює, що кожна людина має невід'ємне право на життя. Кожен має право захищати своє життя і здоров'я, життя і здоров'я інших людей від протиправних посягань. Традиційно життя та здоров'я людини відносять до особистих немайнових благ. Останнє відрізняє те, що вони, по-перше, безпосередньо не можуть бути оцінені у грошах, по-друге, не відокремлені від особистості (такі блага не можна ані подарувати, ані продати, ані передати у спадщину або іншим чином відокремити від особистості) та, по-третє, виникають по загальному правилу з моменту народження та припиняються зі смертю громадянина [2, 11]. В літературі питання існування права людини на компенсацію шкоди, завданої життю та здоров'ю, як права людини ніколи не виникало. Хіба що це право розглядали як суб'єктивне цивільне право при реалізації в деліктному зобов'язанні. Однак деякі дослідники цієї правової конструкції все ж таки сформулювали це право як окреме. Так, наприклад, В. А. Воробйов, запропонував таке визначення права на компенсацію шкоди, завданої життю або здоров'ю: «Кожна особа має право на компенсацію шкоди, завданої їй життю або здоров'ю. Компенсація такої шкоди за відсутності особи, яка її завдала, або при неможливості її встановлення є обов'язком держави, за винятком випадків, коли дії самого потерпілого сприяли виникненню або збільшенню шкоди. Держава гарантує компенсацію шкоди, завданої життю або здоров'ю при виконанні громадянином морального боргу по спасінню життя та здоров'я інших громадян» [3, 194]. Саме таке визначення пропонується для включення до Конституції.

Правила відшкодування шкоди, завданої внаслідок ДТП здоров'ю людини, містяться в ЦКУ, а також в роз'ясненнях Пленуму Верховного Суду України, зокрема у Постанові № 6 від 27 березня 1992 р. «Про практику розгляду судами цивільних справ за позовами про відшкодування шкоди», Постанові № 3 від 31 березня 1989 р. «Про практику застосування судами України законодавства про відшкодування матеріальної шкоди, заподіяної злочином, і стягнення безпідставно нажитого майна». В даному випадку особливістю правового регулювання правовідносин, що виникають між потерпілим, завдавачем шкоди та іншими особами, є необхідність використання Закону України № 1105-XIV від 23 вересня 1999 р. «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності», Закону України № 2694-XII від 14 жовтня 1992 р. «Про охорону праці», Закону України № 108/95-ВР від 24 березня 1995 р. «Про оплату праці», Закону України № 504/96-ВР від 15 листопада 1996 р. «Про відпустки», Закону України № 1788-XII від 5 листопада 1991 р. «Про пенсійне забезпечення» та інших нормативно-правових актів, адже в Україні на сьогоднішній день відсутні спеціальні законодавчі акти, які б регулювали механізм визначення втраченого заробітку та додаткових витрат на



соціальну допомогу, розмір відшкодування у випадку втрати годувальника щодо осіб, здоров'я яких пошкоджено не при виконанні службових обов'язків. Оскільки правовідносини, що виникають внаслідок ДТП при ушкодженні здоров'я громадян або заподіянні смерті, за своїм характером схожі до правовідносин відшкодування шкоди, завданої смертю потерпілого, та інших правовідносин, що регулюються вищезазначеними нормативними актами, необхідно використовувати останні при вирішенні питань відшкодування шкоди здоров'ю громадян при виконанні їх трудових обов'язків.

Життя та здоров'я людини не підлягає грошовій або майновій оцінці. Неможливо встановити «вартість» травми або каліцтва, визначити «ціну» здоров'я. Також, в принципі, неможливо виразити в конкретній грошовій сумі перенесені потерпілим та його близькими моральні хвилювання та фізичні страждання, що супроводжують як нанесення шкоди здоров'ю, так і його постійне відновлення в ході лікування. Не можна, однак, не враховувати, що станом здоров'я людини обумовлена його спроможність до праці (працездатність), а відповідно, і можливість матеріального, майнового забезпечення задоволення своїх потреб. Зниження цієї спроможності зазвичай спричиняє й погіршення майнового стану фізичної особи в силу того, що вона тимчасово (на період хвороби) або навіть постійно (через каліцтво) вже не може працювати, як раніше, з таким же навантаженням, на тій же посаді, за цією ж спеціальністю. Працездатність — це здатність до праці, що залежить від стану здоров'я, фізичного, духовного розвитку (розумових та емоційних можливостей), а також професійних знань, умінь і досвіду працівника, що дає йому змогу виконувати роботу визначеного обсягу, характеру та якості [4, 39]. Згідно з Наказом Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження Гігієнічної класифікації праці за показниками шкідливості та небезпечності факторів виробничого середовища, важкості та напруженості трудового процесу» № 528 від 27 грудня 2001 р. працездатність — це стан людини, при якому сукупність фізичних, розумових і емоційних можливостей дозволяє працюючому виконувати роботу визначеного змісту, обсягу і якості. Тобто здатність людини до праці оцінюється не лише за можливістю виконання роботи та функціональним станом організму, а й за додатковими критеріями, серед яких я такий, як стан здоров'я. Одним з наслідків ушкодження здоров'я особи під час ДТП є втрата працездатності. Поняття втрати працездатності на нормативному рівні не визначається, але аналіз правових норм дає змогу дійти висновку, що втрата працездатності може бути постійною і тимчасовою. Постійна втрата працездатності — це повна чи часткова втрата працездатності до загальної чи професійної праці. Повна втрата працездатності означає непрацездатність особи. Непрацездатність особи — це стан здоров'я (функцій організму) людини, обумовлений захворюванням, травмою тощо, який унеможливорює виконання роботи визначеного обсягу, професії без шкоди для здоров'я. Щодо часткової втрати працездатності слід зазначити, що прикладом часткової втрати працездатності є інвалідність. При цьому є два критерії визначення інвалідності — медичний і економічний. З медичного погляду — це розлад функцій організму, з еконо-

мічного погляду — це таке порушення, яке призводить до втрати працездатності: професійної чи загальної. До речі, як зазначає А. М. Белякова, втраченою наряду із професійною може стати й загальна працездатність (повністю або частково) [5, 25]. Щодо нормативного визначення інвалідності, то воно міститься у Законі України «Про реабілітацію інвалідів в Україні» № 2961-IV від 6 жовтня 2005 р. Інвалідність — міра втрати здоров'я та обмеження життєдіяльності, що перешкоджає або позбавляє конкретну особу здатності чи можливості здійснювати діяльність у спосіб та в межах, що вважаються для особи нормальними залежно від вікових, статевих, соціальних і культурних факторів. Наукове визначення інвалідності таке: це стійкий розлад функцій організму, зумовлений захворюванням, наслідком травм або вродженим дефектом, який призводить до обмеження життєдіяльності, до необхідності в соціальній допомозі і захисті. Обмеження життєдіяльності — це повна або часткова втрата здатності обслуговувати себе, самостійно пересуватися, орієнтуватися, спілкуватися, контролювати свою поведінку, вчитися, займатися трудовою діяльністю. Саме такі наслідки настають у потерпілої особи, здоров'я якої ушкоджено внаслідок ДТП.

Крім того, певні матеріальні витрати фізична особа може понести для відновлення свого здоров'я, наприклад, у зв'язку із необхідністю посиленого харчування, додаткового догляду, на придбання санаторної путівки, тому і виникає питання про майнову (грошову) компенсацію понесених нею втрат. Цивільне законодавство чітко визначає ці втрати збитками, тобто включає сюди все, що «вибуває» із майнової сфери потерпілого, втрачається за незалежними від нього обставинами [6, 185]. Так, наприклад, у справі про відшкодування матеріальної та моральної шкоди судом було стягнуто кошти в рахунок відшкодування шкоди, пов'язаної із втратою працездатності, а також витрати на сторонній догляд, вартість автомобіля «Таврія», вартість путівки на санаторно-курортне лікування, кошти на придбання милиць і важільної коляски [7, 14].

Під майновою шкодою прийнято розуміти будь-яке зменшення майнового блага, наприклад завдання каліцтва, пошкодження майна, неповернення боргу і таке інше. Матеріальна (майнова) шкода складається з майнових втрат, які зазнав потерпілий від ДТП. Такі втрати можуть бути відшкодовані двома способами — в натурі (передання речі того ж роду та тієї ж якості, пошкодження пошкодженої речі тощо) або у формі грошової компенсації. При цьому, якщо деякі автори ототожнюють майнову шкоду та збитки, інші ж вважають, що поняття майнової шкоди можна використовувати виключно у випадку, коли негативні наслідки були виявлені в результаті дій, не пов'язаних із виконанням договору (поза договором), тобто в результаті позадоговірного правопорушення, яке в науці ще називають деліктом. Останній термін увійшов в юридичний обіг як позначення виключно позадоговірного правопорушення [8, 11].

У випадку ушкодження здоров'я мова може йти лише про грошову форму компенсації, тобто про відшкодування збитків. В поняття «збитки» закон включає, по-перше, безпосередньо понесену потерпілим шкоду у вигляді втрати здоров'я, по-друге, не отримані потерпілим в зв'язку з цим доходи (заробітна

плата, доход фізичної особи — підприємця). Тому, на думку автора, не можна стверджувати, що у випадку завдання шкоди здоров'ю внаслідок ДТП, особі завдається саме майнова шкода, а не збитки. Тобто, використання терміна «збитки» є доречним за цих обставин.

Говорячи про підстави виникнення цивільних правовідносин відшкодування шкоди, завданої життю або здоров'ю особи внаслідок ДТП, слід погодитись із правовою позицією С. Бакуніна, який вважає, що факт завдання фізичної шкоди (факт пошкодження здоров'я або завдання смерті громадянину) — це підстава (привід) ставити питання про притягнення до деліктної відповідальності завдавача шкоди. Самого по собі цього одиничного факту недостатньо для притягнення до деліктної відповідальності, але достатньо для постановки питання про це. Тому факт завдання фізичної шкоди є підставою (привідом) для вирішення питання про притягнення завдавача (або іншої зобов'язаної особи) до деліктної відповідальності. Для притягнення завдавача шкоди до деліктної відповідальності, за загальним правилом, необхідна наявність фактичного складу: юридична (майнова) шкода, дія або бездіяльність завдавача шкоди, причинно-наслідковий зв'язок між шкодою та діями, вина, котрі в цивілістиці отримали назву умов деліктної відповідальності [9, 14]. У випадку, якщо шкода завдана життю або здоров'ю громадянина внаслідок діяльності, пов'язаної з експлуатацією автомобіля (в результаті ДТП), застосовується усічений склад, тобто наявність вини не обов'язкова.

Зазначені підстави та умови стосувались деліктної відповідальності — гарантованого мінімуму охорони відповідних благ. Договором може бути посилена відповідальність заподіювача шкоди у порівнянні із звичайною, деліктною. Як зазначають деякі вчені, норми, направлені на встановлення підвищеної відповідальності перевізника перед пасажиром, не вміщуються в рамки інституту, присвяченого зобов'язанням відшкодування шкоди. Вони повинні бути включені до глави про договір перевезення [2, 23]. Проте, ст. 928 Цивільного кодексу України (далі — ЦКУ) передбачає, що відповідальність перевізника за шкоду, завдану каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю пасажирів, визначається відповідно до глави 82 (Відшкодування шкоди) цього Кодексу, якщо договором або законом не встановлена відповідальність перевізника без вини.

Право вимагати відшкодування майнової та моральної шкоди надано будь-якій фізичній особі, в тому числі і неповнолітній, і отримує таке відшкодування саме той, кому завдано шкоди, тобто потерпілий. Як зазначає О. О. Ларіонов, право на відшкодування шкоди слід розуміти як юридичну можливість вимагати від зобов'язаної особи, в тому числі шляхом звернення до уповноваженого органу держави, повного поновлення порушеного майнового або особистого немайнового права, компенсації понесених або майбутніх втрат та можливість задоволення цієї вимоги [10, 29].

Відповідно до ст. 1195 ЦКУ фізична або юридична особа, яка завдала шкоди каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я фізичній особі, зобов'язана відшкодувати потерпілому заробіток (дохід), втрачений ним внаслідок втрати

чи зменшення професійної або загальної працездатності, а також відшкодувати додаткові витрати, викликані необхідністю посиленого харчування, санаторно-курортного лікування, придбання ліків, протезування, стороннього догляду тощо. Ця норма застосовується у випадку, якщо ушкоджено здоров'я повнолітньої фізичної особи.

Якщо ж внаслідок ДТП було завдано шкоди каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я малолітньої (особи, яка не досягла чотирнадцяти років) або неповнолітньої особи, слід застосовувати ст. 1199 ЦКУ, згідно якої у разі каліцтва або іншого ушкодження здоров'я малолітньої особи фізична або юридична особа, яка завдала цієї шкоди, зобов'язана відшкодувати витрати на її лікування, протезування, постійний догляд, посилене харчування тощо. Так, У квітні 2007 р. Ш. В. Д., Ш. Я. С. в інтересах неповнолітнього сина Ш. В. В. звернулися до суду з позовом до Українського державного підприємства поштового зв'язку (далі — УДППЗ), третя особа — К., про відшкодування матеріальної та моральної шкоди. Зазначали, що 12 березня 2002 р. з вини водія УДППЗ К., який керував автомобілем, що належить відповідачу, сталася ДТП, у результаті якої було травмовано їх неповнолітнього сина Ш. В. В. Посилаючись на те, що вони понесли значні витрати на придбання ліків для сина та посилене його харчування, позивачі просили стягнути з відповідача 47 122 грн 53 коп. на відшкодування матеріальної шкоди, а також 50 тис. грн. на відшкодування моральної шкоди, якої вони зазнали у зв'язку з ушкодженням здоров'я їхньої дитини. Рішенням Галицького районного суду м. Львова від 31 липня 2007 р. позов задоволено частково: стягнуто з УДППЗ на користь позивачів 37 346 грн на відшкодування матеріальної шкоди. У задоволенні решти позовних вимог відмовлено. Рішенням апеляційного суду Львівської області від 28 січня 2008 р. зменшено розмір матеріального відшкодування до 638 грн 99 коп. У касаційній скарзі Ш. В. Д. в інтересах неповнолітнього Ш. В. В. просили рішення апеляційного суду скасувати, посилаючись на порушення судом норм матеріального та процесуального права, і залишити в силі рішення суду першої інстанції. Колегія суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України, заслухавши доповідача, обговоривши доводи скарги та перевіrivши матеріали справи, дійшла висновку, що касаційна скарга підлягає відхиленню на таких підставах. Судом установлено, що 12 березня 2002 р. К., керуючи автомобілем, вчинив наїзд на неповнолітнього сина позивачів — Ш. В. В., унаслідок чого останній отримав політравму, а саме: забій головного мозку важкого ступеня із крововиливом, кому II — III ступеня, перелом основи та склепіння черепа, відкритий перелом двох кісток правої гомілки, перелом правої ключиці. Згідно зі свідченням про реєстрацію транспортного засобу автомобіль належить УДППЗ.

На момент скоєння ДТП водій К. перебував з УДППЗ у трудових відносинах. На підставі рішення Галицького районного суду м. Львова від 15 жовтня 2004 р. позивачам були виплачені суми на відшкодування матеріальної та моральної шкоди, завданої наслідками зазначеної ДТП. Згідно з вимогами ч. 1 ст. 1199 ЦКУ у разі каліцтва або іншого ушкодження здоров'я малолітньої

особи фізична або юридична особа, яка завдала цієї шкоди, зобов'язана відшкодувати витрати на її лікування, протезування, постійний догляд, посилене харчування тощо. Відповідно до п. 19 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами цивільних справ за позовами про відшкодування шкоди» від 27 березня 1992 р. № 6 (з наступними змінами та доповненнями) компенсація витрат на додаткове харчування визначається за раціоном, складеним дієтологом чи лікарем, який лікує, та затвердженим МСЕК, а у відповідних випадках — судово-медичною експертизою. Ухвалюючи рішення та зменшуючи розмір матеріального відшкодування, апеляційний суд керувався тим, що позивачами не надано доказів на підтвердження того, що їх неповнолітній син потребує додаткового чи посиленого харчування у відповідному раціоні, від проведення судово-медичної експертизи щодо питань, пов'язаних з додатковим харчуванням Ш. В. В., позивачі відмовилися, а тому вимоги про відшкодування витрат на посилене харчування задоволенню не підлягають. Колегія суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України зазначила, що під час встановлення зазначених фактів судом не було порушено норм цивільного процесуального закону, висновки суду відповідають обставинам справи та нормам матеріального права [11, 5]. Отже, однією з особливостей відшкодування шкоди здоров'ю малолітньої особи в судовому порядку є необхідність доведення потреби у додатковому чи посиленому харчуванні, у відповідному раціоні, якщо такі мають місце. Це здійснюється шляхом подання судові затвердженого лікарем або дієтологом раціону або шляхом проведення судово-медичної експертизи.

Після досягнення потерпілим чотирнадцяти років (учнем — вісімнадцяти років) юридична або фізична особа, яка завдала шкоди, зобов'язана відшкодувати потерпілому також шкоду, пов'язану із втратою або зменшенням його працездатності, виходячи з розміру встановленої законом мінімальної заробітної плати. Якщо на момент ушкодження здоров'я неповнолітня особа мала заробіток, шкода має бути відшкодована їй виходячи з розміру її заробітку, але не нижче встановленого законом розміру мінімальної заробітної плати.

Після початку трудової діяльності відповідно до одержаної кваліфікації потерпілий має право вимагати збільшення розміру відшкодування шкоди, пов'язаної із зменшенням його професійної працездатності внаслідок каліцтва або іншого ушкодження здоров'я, виходячи з розміру заробітної плати працівників його кваліфікації, але не нижче встановленого законом розміру мінімальної заробітної плати. Якщо потерпілий не має професійної кваліфікації і після досягнення повноліття продовжує залишатися непрацездатним внаслідок каліцтва або іншого ушкодження здоров'я, завданого йому до повноліття, він має право вимагати відшкодування шкоди в обсязі не нижче встановленого законом розміру мінімальної заробітної плати.

У випадку завдання шкоди здоров'ю малолітнього потерпілого, перш за все повинні бути відшкодовані витрати, пов'язані із поновленням його здоров'я (додаткове харчування, сторонній догляд, протезування, санаторно-курортне лікування, тощо). По-друге, за потерпілим, який не досяг чотирнадцяти років,

визнається право на відшкодування шкоди після досягнення потерпілим чотирнадцяти років. Вбачається, що в цьому віці потерпілий набуває певний ступінь працездатності, а тому у завдавача шкоди здоров'ю потерпілого виникає обов'язок по відшкодуванню потерпілому шкоди у вигляді можливого заробітку, хоч би фактично він і не розпочинав трудову діяльність. В цьому випадку розмір відшкодування становитиме розмір мінімальної заробітної плати. Якщо ж підліток на момент завдання шкоди мав певний заробіток, наприклад, працював кур'єром, розносником піци, тощо, шкода йому повинна бути відшкодована, виходячи з розміру заробітку, який потерпілий мав на момент завдання шкоди, але не нижче встановленого законом розміру мінімальної заробітної плати. Право вимагати відшкодування шкоди, виходячи з розміру винагороди за отриманою професією (кваліфікацією), у потерпілого виникає і в тих випадках, коли через завдану йому травму він став повністю непрацездатним або вимушений виконувати роботу більш низької кваліфікації, ніж набута.

У випадку смерті потерпілого майнова відповідальність настає вже не перед потерпілим, а перед його родичами (неповнолітніми дітьми, іншими непрацездатними особами), яких він утримував протягом п'яти років, а також дитиною загиблого, яка народилася після його смерті, але була зачата протягом життя загиблого. Це пояснюється тим, що зазначені особи після смерті потерпілого втрачають важливе, а в більшості випадків єдине джерело засобів існування. Правила відшкодування в даному випадку визначаються ст. 1200 ЦКУ, згідно з якою, у разі смерті потерпілого право на відшкодування шкоди мають непрацездатні особи, які були на його утриманні або мали на день його смерті право на одержання від нього утримання, а також дитина потерпілого, народжена після його смерті. Частина 1 ст. 1200 ЦКУ визначає коло осіб, яким відшкодовується шкода після смерті потерпілого. Так, шкода відшкодовується: 1) дитині — до досягнення нею вісімнадцяти років (учню, студенту — до закінчення навчання, але не більш як до досягнення ним двадцяти трьох років); 2) чоловікові, дружині, батькам (усиновлювачам), які досягли пенсійного віку, встановленого законом, — довічно; 3) інвалідам — на строк їх інвалідності; 4) одному з батьків (усиновлювачів) або другому з подружжя чи іншому членові сім'ї незалежно від віку і працездатності, якщо вони не працюють і здійснюють догляд за: дітьми, братами, сестрами, внуками померлого, — до досягнення ними чотирнадцяти років; 5) іншим непрацездатним особам, які були на утриманні потерпілого, — протягом п'яти років після його смерті. Що стосується розміру відшкодування в даному випадку, то він визначається ч. 2–5. Так, особам, визначеним у п. 1 5 ч. 1 ст. 1200, шкода відшкодовується у розмірі середньомісячного заробітку (доходу) потерпілого з вирахуванням частки, яка припадала на нього самого та працездатних осіб, які перебували на його утриманні, але не мають права на відшкодування шкоди. До складу доходів потерпілого також включаються пенсія, суми, що належали йому за договором довічного утримання (догляду), та інші аналогічні виплати, які він одержував. Особам, які втратили годувальника, шкода відшкодовується в повному обсязі без урахування пенсії, призначеної їм внаслідок втрати годувальника, та інших

доходів. Розмір відшкодування, обчислений для кожного з осіб, які мають право на відшкодування шкоди, завданої смертю годувальника, не підлягає подальшому перерахунку, крім таких випадків: народження дитини, зачатої за життя і народженої після смерті годувальника; призначення (припинення) виплати відшкодування особам, що здійснюють догляд за дітьми, братами, сестрами, внуками померлого. Розмір відшкодування може бути збільшений законом. При цьому, Пленум Верховного Суду України у своїй Постанові № 6 зазначає, що непрацездатні члени сім'ї загиблого, які мали самостійний заробіток або одержували пенсію на час його смерті, можуть бути визнані утриманцями потерпілого, якщо частка заробітку останнього, що припадала на кожного з них, була основним і постійним джерелом їх існування. Розмір відшкодування у зв'язку з втратою годувальника у цих випадках визначається з його заробітку без врахування заробітку або пенсії, що одержували зазначені особи. Слід мати на увазі, що право на одержання відшкодування у зв'язку з втратою годувальника виникає і у тому разі, коли останній помер внаслідок одержаної травми (що підтверджено висновком лікарської експертизи) через деякий період після призначення суми відшкодування або встановлення групи інвалідності у зв'язку з даним каліцтвом.

### Література

1. Цивільне право України: Підручник. У 3 кн. Кн. 1 / Є. О. Харитонов, Р. О. Стефанчук, А. І. Дрішляк [та ін.]; за ред. Є. О. Харитонova, А. І. Дрішляка. — О. : Юрид. л-ра, 2005. — 528 с.
2. Ярошенко К. Б. Жизнь и здоровье под охраной закона / К. Б. Ярошенко. — М. : Юрид. лит., 1990. — 174 с.
3. Воробьев В. А. Право человека на компенсацию вреда, причиненного жизни и здоровью // Российский юридический журнал. — 2008. — № 2. — С. 193–196.
4. Білик І. Втрата працездатності // Юридичний журнал. — 2009. — № 11. — С. 39–41.
5. Белякова А. М. Возмещение вреда, причиненного увечьем / А. М. Белякова. — М. : Изд-во Моск. ун-та, 1961. — 47 с.
6. Гузь Л. Е. Дорожно-транспортные происшествия / Л. Е. Гузь. — Х. : Харьков юрид., 2004. — 448 с.
7. Ухвала Верховного Суду України від 04.12.2003 р. // Юридична газета. — 2004. — № 5. — С. 14–15.
8. Юдин О. Убытки, вред, ущерб, потери, расходы: взгляд юриста // Сборник систематизированного законодательства. — 2007. — Вып. 11. — С. 10–17.
9. Бакунин С. К вопросу об основании возникновения обязательств вследствие причинения вреда жизни или здоровью гражданина // Арбитражный и гражданский процесс. — 2005. — № 1. — С. 13–14.
10. Ларионов А. А. Понятие и содержание права на возмещение вреда, причиненного жизни или здоровью ребенка // Юрист. — 2006. — № 6. — С. 29–31.
11. Ухвала від 14.10.2009 // Цивільне судочинство. Судова практика у цивільних справах. — 2009. — № 4. — С. 5–6.

### Анотація

**Бубіна А. І.** Деякі особливості відшкодування шкоди, завданої здоров'ю внаслідок дорожньо-транспортної пригоди. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду особливостей відшкодування шкоди, завданої здоров'ю внаслідок ДТП. У роботі розкрито суть поняття працездатності та права на компенсацію шкоди, завданої здоров'ю, перелік законодавчих актів, що регулюють питання відшкодування шкоди, підста-

ви та умови виникнення права на відшкодування зазначеної шкоди, а також особливості визначення витрат, що підлягають відшкодуванню потерпілому від ДТП.

*Ключові слова:* втрата працездатності, дорожньо-транспортна пригода, відшкодування шкоди, шкода здоров'ю.

### Анотація

**Бубина А. И. Некоторые особенности возмещения вреда, причинённого здоровью вследствие дорожно-транспортного происшествия. — Статья.**

Статья посвящена рассмотрению особенностей возмещения вреда, причинённого здоровью вследствие ДТП. В работе раскрыта суть понятия трудоспособности и права на компенсацию вреда, причинённого здоровью, перечень законодательных актов, регулирующих вопрос возмещения вреда, основания и условия возникновения прав на возмещение указанного вреда, а также особенности определения расходов, подлежащих возмещению потерпевшему от ДТП.

*Ключевые слова:* потеря трудоспособности, дорожно-транспортное происшествие, возмещение вреда, вред здоровью.

### Summary

**Bubina A. I. Some Specifics of Indemnity, Caused By Car Accident to Health. — Article.**

The article is devoted to consideration of indemnity peculiarities, caused by car accident to the health. Publication contains the core of a term working ability and right to compensation, caused to the health by car accident, a list of legislative acts, which regulate compensation issue, grounds and terms of compensation, peculiarities of defining expenses that should be paid to injured from car accident.

*Keywords:* lose of labour capacity, car accident, compensation, harm to health.

УДК 347.441.142

А. Ю. Варавко

### ЦИВІЛЬНЕ ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПОРЯДКУ ПРОВЕДЕННЯ КОНКУРСІВ НА ПРАВО УКЛАДАННЯ ДОГОВОРУ

Оновлення цивільного законодавства України значною мірою збагатило і розширило систему цивільного права України. Низка інститутів, що мають важливе практичне значення, вперше отримали законодавче врегулювання в ЦК України. Є згадка у ньому про можливість укладання договорів на торгах, однак, на жаль, свого розвитку ця думка не знайшла, а норма ЦК України має повністю відсильний характер, що зумовлює виникнення багатьох проблем при використанні такого корисного інституту, як торги, для конкурентної продажі чи купівлі майна та ін.

До цієї теми спеціально чи побічно звертались багато авторів дореволюційного, радянського та сучасного періодів: С. С. Алексеев, М. І. Брагинський, Н. С. Демченко, А. Б. Дзегорайтис, О. С. Йоффе, В. Б. Ісаков, О. О. Красавчиков, Д. І. Мейер, І. Б. Новицький, Л. А. Лунц, В. І. Синайський, К. І. Скловський, В. Н. Смирнов, Г. А. Сухадольський, Е. А. Суханов, В. С. Толстой, Є. О. Харитонов, Б. Б. Черепакін та ін.

© А. Ю. Варавко, 2011



Метою цієї статті є аналіз порядку (процедури) проведення конкурсів як способу укладення договорів.

При проведенні конкурсів можна виділити декілька етапів:

1) підготовчий етап (власне до процедури торгів цей етап не відноситься, але розглядається нами, оскільки на цьому етапі формуються задачі, цілі торгів, їх предмет, вид та форма торгів, складається конкурсна документація, визначаються вимоги до претендентів тощо, тобто для засновника торгів цей етап вже є початком торгів, однак юридичного значення для всіх майбутніх учасників торгів на має);

2) оголошення про торги;

3) прийняття конкурсних пропозицій (заявок);

4) оцінка заявок та визначення переможця;

5) винесення рішення про результати конкурсу — складання протоколу про результати торгів;

6) повідомлення учасників конкурсу про результати конкурсу.

Процедура відкритого конкурсу починається з підготовчого етапу. На цьому етапі організатор конкурсу повинен визначити, за якими нормами буде проводитися конкурс, оскільки загальних положень про проведення торгів, конкурсів як способу укладання договорів ЦК України не містить. Для особливих суб'єктів — засновників конкурсу, наприклад, державних органів, права вибору нормативно-правового регулювання проведення торгів не має, оскільки вони мають проводити конкурси у повній відповідності до спеціального законодавства, яке досить суперечливе, однак його застосування уникнути не можна.

Комерційні структури у більшості випадків діють на підставі внутрішніх регламентуючих документів, що, звісно, вигідно для організаторів, однак не завжди справедливо по відношенню до учасників конкурсу, які, приймаючи у ньому участь, не завжди знають про спеціальні правила, встановлені організатором.

Для суду також складно вирішувати спори, пов'язані із проведенням торгів, оскільки не завжди можна застосувати аналогію закону. Спеціальне законодавство приймалось різними органами, під різний предмет та суб'єктів, тому немає єдності в нормативно-правових документах.

Конкурс проводить сам замовник або уповноважений ним організатор. Одне з найважливіших завдань для організатора конкурсу на цьому етапі — розробити конкурсну документацію.

Всі вимоги до предмета торгів і кваліфікації учасників торгів, а також критерії вибору переможця і процедура проведення конкурсу детально прописуються в конкурсній документації, яка розповсюджується або безкоштовно, або за платню, не перевищуючу витрат організатора конкурсу на її тиражування і розсилку.

Конкурсна документація повинна давати відповіді на всі питання, що виникають в учасника торгів у ході підготовки конкурсної заявки: які правила проведення конкурсу, вимоги до учасників, предмета торгів, умови перемоги тощо.

Нормативно правові акти у сфері проведення торгів вимагають різні вимоги до змісту конкурсної документації. Для деяких категорій організаторів торгів існують додаткові вимоги. Так, держзамовникам рекомендується використовувати методичні матеріали, що містять проекти типової конкурсної документації, а для замовників за проектами Всесвітнього банку є обов'язковим використовувати відповідну типову документацію.

Організатор конкурсу повинен визначити предмет конкурсу (технічне завдання), об'єми закупівель, робіт, послуг, критерії визначення переможця. При цьому варто мати на увазі, що чим більше обсяг предмета торгів, тим на більші поступки готові піти контрагенти. Проте це достатньо очевидне правило діє до певної межі. Річ у тому, що при дуже крупних замовленнях число контрагентів, здатних виконати договір в повному об'ємі, зменшується, зі всіма випливаючими звідси наслідками. Організатор конкурсу повинен визначити вимоги до майбутніх контрагентів. Чим жорсткіші ці вимоги (причому далеко не завжди вони обґрунтовані), тим менше число учасників допускається до конкурсу. У ряді випадків утворюються «могутні купки» з декількох претендентів, які відповідають високим вимогам, добре знають один одного і тому пропонують досить високі ціни або навіть домовляються про черговість перемог в конкурсах даного замовника.

В сучасній практиці торгів склалися два основні підходи до складання конкурсної документації: лінійний і модульний [1, 91].

Лінійна конкурсна документація складається з таких розділів: оголошення про конкурс; інструкція учасникам конкурсу (визначає вимоги до постачальників, склад, порядок підготовки подачі конкурсної заявки, критерії визначення переможця і т. п.); технічне завдання (детально описує предмет закупівлі, містить всі необхідні специфікації і т. д.); проект договору; форми конкурсної заявки (пропозиції, таблиці цін, банківської гарантії, анкети учасника конкурсу, форми використовуються для уніфікації заявок і зручності їх зіставлення і оцінки).

Модульна конкурсна документація звичайно включає «парні» розділи. Один дає опис загальних питань, а другий конкретизує їх стосовно даного конкурсу. При цьому перший розділ такої умовної пари не міняється від конкурсу до конкурсу.

Лінійна документація, як правило, компактна, легко читається. Проте учасник конкурсу повинен кожного разу вивчати документацію повністю. В модульній документації достатньо один раз вивчити «незмінні» розділи і надалі у всіх конкурсах замовника працювати тільки з розділами, які конкретизують торги.

В результаті аналізу функціонування системи державних закупівель в Україні протягом декількох останніх років Мінекономіки провело узагальнення найбільш частих помилок при складанні тендерної документації. До них, на думку Мінекономіки, відносяться: відсутність, неповне або неналежне формулювання в тендерній документації обов'язкової інформації, передбаченої законом; неповне або нечітке формулювання технічних і якісних характеристик

предмета закупівлі; посилання на конкретну торгову марку або фірму при характеристиці предмета закупівлі без використання фрази «або еквівалент»; встановлення дискримінаційних (в першу чергу кваліфікаційних) вимог до учасників торгів; нечітке формулювання замовниками торгів критеріїв і методи оцінки тендерних пропозицій учасників торгів; відсутність вказівки на кількість закупаваного товару; відсутність основних умов або проекту договору на закупівлю [2, 4].

На підготовчому етапі організатор конкурсу має визначитися чи він проводить конкурс самостійно чи залучає спеціалізовану організацію, він також має створити конкурсну комісію та розробити регламент її роботи.

Якщо у відкритому конкурсі застосовується попередній кваліфікаційний відбір (етап попереднього кваліфікаційного відбору не є обов'язковим і використовується звичайно при великих закупівлях і закупівлях складної (науковоємкої) продукції, послуг і т. п.), організатор конкурсу повинен розробити передкваліфікаційну документацію.

Необхідність у проведенні попереднього кваліфікаційного відбору іноді достатньо очевидна. Так, процес оцінки конкурсних заявок величезно тривалий і трудомісткий. Якщо заявок надійшло достатньо багато (більше 7–10), витрати замовника на аналіз пропозицій значно зростають, а загальний час оцінки збільшується. Крім того, низькокваліфікований учасник, що зробив формально кращу пропозицію, часто об'єктивно не в змозі виконати умови договору на належному рівні. Тому іноді доцільно провести оцінку учасників ще до етапу підготовки конкурсних пропозицій, з тим щоб в конкурсі брали участь пропозиції тільки кваліфікованих учасників.

Частіше всього ця процедура використовується при проведенні конкурсів по будівництву великих об'єктів, складним консультативним проектам, поставкам спеціального устаткування [1, 96].

Наступний етап — оголошення про проведення конкурсу. Оголошення звичайно публікується в спеціалізованих виданнях (у тому числі і електронних), часто — на інтернет-сайті замовника, іноді — в засобах масової інформації.

Практично за всіма нормативно-правими актами у цій сфері встановлюються низка жорстких вимог, яким повинно відповідати оголошення про проведення торгів. Так, повинні міститися у ньому обов'язково відомості про час, місце і форму торгів, їх предмет і порядок проведення, у тому числі про оформлення участі в торгах, визначенні особи, що виграла торги, а також відомості про початкову ціну і терміни укладення договору з переможцем.

Визначення строків для відповіді на оголошення про проведення конкурсу залежить від того, яким законодавством регулюється проведення даного конкурсу. Наприклад, у відповідності до Закону України «Про приватизацію державного майна» від 4 березня 1992 р. [3] встановлений строк — 30 календарних днів до дати проведення аукціону, конкурсу, випуску акцій у вільний продаж.

В конкурсній документації краще вказувати не термін подачі заявок, а термін їх прийому, оскільки при відправленні заявки поштою між датою подачі

(відправлення) і моментом отримання (прийому) її організатором конкурсу може пройти не один тиждень, внаслідок чого, наприклад, вчасно подана (відправлена) заявка буде отримана організатором конкурсу вже після визначення переможця і укладення з ним договору.

Після оголошення конкурсу настає етап подачі заявок від майбутніх учасників конкурсу. Підготовка конкурсної заявки починається претендентом у момент отримання конкурсної документації.

Іноді особа, що має бажання взяти участь в конкурсі, не у повному обсязі розуміє умови конкурсу. В цьому випадку вона може направити запит організатору конкурсу. Цілком може бути, що та або інша вимога потрапила в конкурсну документацію за недоглядом. Подібна дискусія повинна документуватися — питання прямують письмово, а рішення замовника про зміну умов конкурсу і конкурсної документації оформляються шляхом видання доповнень до неї.

Всі відповіді на питання постачальників повинні доводитися до решти учасників конкурсу (без вказівки авторства питання). Зрозуміло, це правило не торкається питань, відповіді на які містяться в конкурсній документації (це часто буває, коли постачальник не вважає потрібним уважно вивчити її вимоги).

До закінчення терміну підготовки пропозицій, визначеного в конкурсній документації, учасники конкурсу представляють свої заявки. Порушення термінів подачі заявок приводить до їх відхилення (дата і час закінчення прийому заявок має бути вказана в конкурсній документації).

Конкурсна заявка повинна оформлятися у повній відповідності з вимогами конкурсної документації, причому слід надати належну увагу всім формальним вимогам: парафуванню і підписанню листів пропозиції особою, що має право підпису (причому це право повинно бути підтверджено відповідним документом, таким як статут або довіреність), постановці у всіх необхідних місцях друку, маркіровці конвертів із заявкою і т.д. На жаль, відхилення заявок по формальних ознаках — явище не таке вже і рідкісне.

Іноді до складу заявок вимагається включити забезпечення пропозиції, наприклад, у вигляді банківської гарантії або договору поручительства. Його розмір звичайно не перевищує 3 % від передбачуваної ціни контракту.

Конкурсне забезпечення не слід плутати з платою за участь у конкурсі. Конкурсне забезпечення повертається претенденту, у випадках, якщо він не став переможцем, відкликав пропозицію до граничного терміну, встановленого для подачі пропозицій. А конкурсна плата не повертається претенденту. Вона має забезпечити повернення витрат організатора на конкурсну документацію, що він розсилає претендентам чи інші витрати.

Учасник конкурсу має право на відмову від участі у конкурсі.

Як правило, прийом заяв на участь у торгах здійснюється з моменту публікації оголошення про торги і завершується днем указаним у оголошенні про проведення конкурсу. Як правило, дата розкриття заявок збігається з датою закінчення прийому заявок, трохи розрізняючись за часом (хвилин на 15–30), але бувають випадки, коли конверти розкривають і через тиждень після офі-

ційного закінчення терміну їх подачі. Останнє звичайно пов'язано з графіком проведення засідань конкурсної комісії, хоча в цьому випадку є деяка вірогідність порушень з боку організатора конкурсу (попереднє ознайомлення із заявками, допуск заявок, що запізнилися, доповнень до заявок і т. п.).

Деякі нормативно-правові акти достатньо чітко регулюють це питання. У відповідності до ст. 16 Закону України «Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)» [4] кінцевий термін прийняття заяв на участь в аукціоні — три дні до початку аукціону, для участі у конкурсі — сім днів до початку проведення конкурсу.

Наступний етап проведення торгів — визначення переможця. Мабуть, найвідповідальніший етап процедури торгів розкриття, оцінка тендерних пропозицій учасників і визначення серед них переможця. Представники всіх учасників торгів, що подали конкурсні заявки, запрошуються на публічну процедуру, розкриття пропозицій.

Після розкриття конвертів з конкурсними заявками оголошується інформація про учасників (повне найменування і юридична адреса), запропонованих ними цінах, а також інша інформація, яку організатор торгів визнає потрібним довести до відома присутніх і занести в протокол розкриття конкурсних заявок.

Учасники конкурсу, що не зуміли відвідати процедуру розкриття, мають право запитати виписування з протоколу, що містить всю інформацію, що оголошено при розкритті.

У вищеперахованих випадках пропозиції претендентів розкриваються одномоментно, після закінчення строку для їх подання, що здається цілком справедливим та забезпечує прозорість конкурсу.

Конкурсна комісія, привертаючи при необхідності експертів, проводить оцінку всіх заявок на предмет відповідності вимогам конкурсної документації, включаючи оцінку правомочності і кваліфікації учасників. Після чого із задовольняючих конкурсних пропозицій і на підставі критеріїв, визначених в конкурсній документації, визначається переможець.

Оцінка конкурсних заявок звичайно проводиться в три етапи. На першому перевіряється дотримання формальних вимог, висловлених в конкурсній документації [1, 121].

На другому етапі пропозиції розглядаються на предмет відповідності вимогам конкурсної документації в частині умов виконання договору і вимогам технічного завдання — чи відповідає пропонована продукція технічним вимогам, чи дотримуються графіки поставок і платежів, вимоги по післяпродажному обслуговуванню, запчастинам і т.д.

Останній етап — ранжирування пропозицій и визначення його основі переможця.

Методів вибору якнайкращої пропозиції розроблено досить багато, оскільки ця задача актуальна для більшості сфер людської діяльності, а не тільки для конкурсів. Існує навіть окрема дисципліна — теорія ухвалення рішень, в рамках якої розроблені могутні математичні моделі, такі як метод аналізу ієрархій [1, 121].

В конкурсній практиці частіше всього використовуються: цінова оцінка; бальна оцінка; м'який рейтинг; експертно-бальна оцінка; мінімальна ціна при відповідності кваліфікаційним вимогам.

Іноді є потреба у проведенні посткваліфікації (підтвердженні кваліфікації переможця). Якщо процедура попереднього кваліфікаційного відбору не проводилася або в організатора конкурсу є сумніви в тому, що претендент на перемогу відповідає вимогам конкурсної документації на момент визначення переможця, можливо проведення перевірки його кваліфікації.

Рішення комісії про визначення переможця конкурсу оформляється у вигляді протоколу оцінки конкурсних заявок. До даного протоколу додаються результати порівняння конкурсних заявок і висновку експертів.

В той же час на практиці звичайно складається три протоколи — протокол розкриття заявок, оцінки і протокол про результати конкурсу. Можна оформити перших два протоколи як додаток до протоколу про результати конкурсу.

Вибір переможця і підписання відповідного протоколу означає, що між організатором конкурсу і переможцем виникають певні права і обов'язки. В більшості випадків вони полягають у взаємному обов'язку по укладенню договору.

Наступний етап — повідомлення учасників торгів про результати торгів.

Звичайно всі учасники конкурсу інформуються про заявку, що перемогла (на практиці — не автоматично, а по їх письмовому запиту), і їм повертається конкурсне забезпечення. Власне на останньому етапі конкурс — торги завершуються.

### Література

1. Кузнецов К. Конкурентные закупки: торги, тендеры, конкурсы / К. Кузнецов. — С.Пб. : Питер, 2005.
2. Замазий С. Тендерные закупки: основы // Налоги и бухгалтерский учет. — 2005. — № 32. — С. 4.
3. Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 24. — Ст. 348.
4. Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 24. — Ст. 350.

### Анотація

**Варавко А. Ю.** Цивільне правове регулювання порядку проведення конкурсів на право укладання договору. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду порядку (процедури) проведення конкурсів як способу укладення договорів. Проаналізовані такі етапи проведення конкурсу на право укладання договору: підготовчий етап (власне до процедури конкурсу цей етап не відноситься, але розглядається, оскільки на цьому етапі формуються задачі, цілі конкурсу, їх предмет, вид та вид конкурсу); оголошення про конкурс; прийняття конкурсних пропозицій (заявок); оцінка заявок та визначення переможця; винесення рішення про результати конкурсу — складання протоколу про результати конкурсу; повідомлення учасників конкурсу про результати конкурсу.

*Ключові слова:* укладання договору, торги, конкурс, процедура конкурсу.

### Анотация

**Варавко А. Ю.** Гражданско-правовое регулирование порядка проведения конкурсов на право заключения договора. — Статья.

Статья посвящена рассмотрению порядка (процедуры) проведения конкурсов как способа зак-

лючення договорів. Проаналізовані наступні етапи проведення конкурсу на право заключення договору: підготовчий етап (собственно к процедурі конкурсу цей етап не відноситься, але розглядається, оскільки на цьому етапі формуються завдання, цілі конкурсу, їх предмет, вид і форма конкурсу); оголошення про конкурс; прийняття конкурсних пропозицій (заявок); оцінка заявок і визначення переможця; винесення рішення про результати конкурсу — складання протоколу про результати конкурсу; повідомлення учасників конкурсу про результатах конкурсу.

*Ключові слова:* заключення договору, торги, конкурс, процедура конкурсу.

### Summary

*Varavko A. Y. Civil Law Regulation of the Tenders for the Right to Conclude a Contract. — Article.*

The article is dedicated to examination the procedure of conducting tenders as a way to conclude contracts. The next stages of conducting tenders for the right to conclude a contract are analyzed: preparatory stage (actually, this stage doesn't relate to the tender procedure itself, but it is being considered as purposes, aims of the tender, its subject and type are formed during this stage); announcement for the tenders; receiving for bids (applications); valuing the applications and determining the winner; making the decision on the results of the tender — drawing up the protocol on the results of the tender; communicating to the parties of the tender its results.

*Keywords:* concluding a contract, tenders, bidding, tender procedure.

УДК 347.764:347.415

Я. В. Головачов

### ЦІЛІ ЗАСТОСУВАННЯ СУБРОГАЦІЇ У СТРАХОВИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ

З переходом України до ринкових відносин інтерес теорії й законодавства до конструкцій суброгації збільшується. Суброгація є невід'ємним елементом страхової діяльності. Завдяки їй страховик має можливість компенсувати частину своїх витрат, зв'язаних зі страховою виплатою, покладаючи їх на особу, відповідальну за настання страхової події (на третю особу).

Суброгація — новий термінологічний, але присутній при колишніх правопорядках правовий механізм. Безліч виникаючих питань обумовлюють необхідність серйозного теоретичного осмислення, оскільки їхнє рішення на основі вирішення питання щодо правової природи виникаючих у зв'язку зі страховою виплатою відносин може зняти багато практичних проблем. Можна припустити, що з розвитком ринкових відносин практика прийде до більше широкого використання суброгації, що спричинить необхідність її детального правового регулювання.

До цієї теми спеціально чи побічно звертались: В. А. Бєлов, М. І. Брагинський, Д. М. Генкин, Є. Годєме, С. Дедиков, О. В. Дзера, О. Є. Йоффе, О. Кот, О. О. Красавчиков, О. Ломидзе, Г. К. Матвєєв, І. Б. Новицький, І. А. Покровський, В. І. Серебровський, Ю. Б. Фогельсон, Є. О. Харитонов, А. В. Чебунин, Я. М. Шевченко та ін.

Метою цієї статті є визначення значення та мети застосування механізму суброгації у страхових відносинах.

Актуальним уявляється саме питання про необхідність суброгації. Серед правознавців даний процес дотепер є спірним, оскільки деякі висловлюють припущення, що страховик завдяки суброгації здійснює свою діяльність «без підприємницького ризику».

Як відомо, роль страхування у відшкодуванні збитків і фінансовому забезпеченні при заподіянні шкоди життя й здоров'ю висока. Але це висвітлює значення страхування для потерпілого (страхувальника). Воно, безумовно, першорядно, але важливо й те, що страховий захист у силу відшкодування шкоди страховиком може деякою мірою «розслабити» заподіювача шкоди. Основна мета страхування — відновлювати майнову сферу страхувальника (вигодонабувача), але бажано, щоб воно адекватно впливало й у зворотному напрямку — на майнову сферу заподіювача шкоди. Такий вплив можливий як у страхуванні майна, де особа, відповідальна за шкоду, не є суб'єктом страхового зобов'язання, так і в страхуванні відповідальності, де відповідальною за шкоду особою є сам страхувальник. У іншому випадку можуть бути обґрунтовані побоювання, пов'язані з можливою безтурботністю й безвідповідальністю потенційних відповідачів, що сподіваються на вигоди страхування.

Ціль страхування — це захист майнових інтересів фізичних і юридичних осіб. Але незважаючи на це, для того, щоб належним чином доповнити інститут цивільно-правової відповідальності, механізм страхування повинен мати у своєму арсеналі засіб, здатний або самостійно реагувати на неправомірні діяння винуватців страхових випадків, або забезпечуючий перехід до самої цивільно-правової відповідальності як універсального механізму «майнового виховання». Ця обставина й обґрунтовує необхідність існування в страхових відносинах механізму суброгації [1, 91], передбаченого в ст. 993 ЦК України.

Суброгація — один із правових засобів, що стосовно до страхування покликано служити реалізації принципів невідворотності відповідальності й повноти відшкодування шкоди. Адже страхувальник (вигодонабувач), одержавши належне йому страхове відшкодування, що у багатьох випадках повністю покриває понесені ним збитки, втрачає інтерес до подальшого стягнення. В результаті заподіювач шкоди може уникнути відповідальності, оскільки вимогу до нього при відсутності суброгації вправі був би пред'явити тільки страхувальник (вигодонабувач). Страховик же при таких обставинах змушений робити виплату відшкодування, що при відсутності договору страхування могло б бути стягнене із заподіювача шкоди. І тільки суброгація забезпечує стягнення з заподіювача шкоди збитків, полегшуючи при цьому тягар, що лежить на страховику.

Суброгація — інститут, що захищає інтереси й страхувальника, і страховика, оскільки перший не тільки одержує відшкодування, але й звільняється від турбот, пов'язаних із процедурою улагоджування своїх взаємин з особою, відповідальною за заподіяння шкоди, а другий — зберігає таким способом страхові резерви, призначені для виплат тим же страхувальникам.

Страховик здійснює страхову виплату страхувальникові (вигодонабувачу). Після цього до страховика, у силу ст. 993 ЦК України, у межах виплаченої



суми переходить право страхувальника (вигодонабувача), що він мав до особи, відповідальної за збитки. У зв'язку з реалізацією механізму суброгації виникає система відносин між трьома суб'єктами:

- 1) страховик;
- 2) особа, відповідальна за збитки;
- 3) страхувальник (вигодонабувач).

Для кожного із зазначених суб'єктів суброгація має різні значення. У відношенні кожного з них реалізуються різні цілі суброгації. Для страховика суброгація становить безумовний інтерес, оскільки забезпечує повернення виплачених сум [1, 91].

Щодо особи, відповідальної за збитки, суброгація проявляє свою мету «покарання» або «виховання» цієї особи, називану багатьма авторами по суті ключовою метою суброгації. Таким чином, суброгація частково згладжує «слабкість» страхування в питанні стимулювання майбутнього відповідального поведінки особи, відповідальної за збитки.

Це відбивається, наприклад, у формулюванні поняття «суброгація» як «один із правових засобів, що стосовно до страхування покликано служити реалізації принципу невідворотності відповідальності й повноти відшкодування шкоди» [2, 526].

Ю. Б. Фогельсон, крім того, обґрунтовує необхідність суброгації вимогою справедливості [3, 84].

У літературі також указувалось, що «відповідно до закону збитки, заподіяні правопорушенням, ким би вони не були відшкодовані потерпілому, повинні в остаточному підсумку відбитися на майновій сфері правопорушника. Тому відшкодування подібних збитків страховиком і відбувається «в обмін» на право страхувальника, що забезпечує їхнє відшкодування» [4, 129].

Щодо страхувальника (вигодонабувача), що одержав страхову виплату, значення набуває також мета — «стримування страхувальника».

На думку М. І. Брагинського, суброгація серед іншого виражає існуючу в основі майнового страхування вимогу: не допустити перетворення страхування в джерело безпідставного збагачення. Таке перетворення відбудеться, зокрема, якщо страхувальник при загибелі або ушкодженні застрахованого майна зможе одержати суму, рівну понесеним їм збиткам, двічі: від того, чиї дії послужили причиною настання страхового випадку, і від свого контрагента за договором страхування — страховика [5, 150].

От чому саме суброгація являє собою оптимальний спосіб рішення виниклої проблеми. Завдяки передбаченому нею переходу прав виявляються вдоволеніми інтереси всіх трьох учасників відповідних відносин. Так, страхувальникові тим самим гарантується відшкодування страховиком заподіяних збитків. Потреба в такій гарантії визначається тим, що заподіювач шкоди далеко не завжди має реальну можливість відшкодувати страхувальникові виниклі в того збитки. Заподіювачу прийдеться відшкодувати нанесену ним шкоду, але тільки однократно: або потерпілому-страхувальникові, або страховикові, що замінив страхувальника в деліктному зобов'язанні. Нарешті, завдяки суброгації стра-

ховик одержує можливість компенсувати все те, що виплатив страхувальникові [6, 581].

Таким чином, стосовно до кожного із суб'єктів, що беруть участь у процесі суброгації, проявляється та або інша специфічна її мета. У першому випадку (для страховика) — це спосіб зниження збитковості діяльності. У другому випадку (щодо відповідального за настання страхового випадку особи) — це дисциплінуючий, виховний ефект суброгації. І, нарешті, для того, хто одержав від страховика страхову виплату, суброгація виступає перешкодою його безпідставному збагаченню. Аналізуючи відповідні точки зору, що стосуються суброгації, можна дійти висновку, що більшу вагу має друга мета — покарання заподіювача шкоди. Це не випадково, тому що перша із цілей розцінюється як додаткова можливість страховика, що є, при тім, що ризикує підприємцем [1, 129].

Іноді вважається, що перевагою суброгації є те, що страховик, одержавши можливість компенсувати виплачене ним страхувальникам відшкодування за рахунок заподіювача шкоди, буде зменшувати розмір страхових премій. Але у дійсності страховик при обчисленні премії ґрунтується не на можливості пред'явлення вимоги до винуватця збитку, а на зовсім інших міркуваннях (тариф обчислюється за розміром й ступенем небезпеки), причому це обчислення здійснюється ним взагалі незалежно від можливості скористатися правом зворотної вимоги, тому що в масі випадків залишається невідомим, чи відбудеться страховий випадок з вини третіх осіб або буде викликаний випадковими або необачними діями самого страхувальника (пожежа). Не може бути виправдане це право ще й тому, що за прийнятий на себе ризик страховик уже одержав винагороду (премію). Пред'являючи ж вимогу до винуватця збитку, страховик може одержати (включаючи отримані їм премії) навіть більш того, ніж він сам сплатив страхувальникові [7, 548].

Тому ціна страхової послуги залежить не від можливості або неможливості застосувати суброгацію, а від теорії імовірності, тому страховик і без суброгації при об'єктивному, правильно розрахованому тарифі (страхової премії) повинен залишитися «у плюсі». Третя ж ціль — скоріше додаткова, тому що одержати подвійне відшкодування: одне від страховика й інше від заподіювача шкоди, неможливо й без суброгації в силу загального правила страхування. Воно полягає в тому, що майнове страхування не може використатися як спосіб отримання додаткового доходу. Воно покликано відшкодувати збитки, тому страхувальникові нема чого буде пред'являти заподіювачу шкоди після того, як страховик уже зробить йому виплату. Звідси, більше, якщо можна сказати, «концептуальне» значення суброгації, як для інституту страхування, так і для цивільного права в цілому притаманна друга вищезгадана її мета [1, 548].

Цю обставину також підкреслював М. І. Кулагін, досліджуючи основні цивільно-правові інститути західних країн. Він пише про дезінтеграцію цивільної відповідальності. Цей процес насамперед проявляється в тому, що замість єдиного правового зв'язку між заподіювачем шкоди й потерпілим, за допомо-

гою якої досягалися одночасно й мети компенсації, і завдання покарання порушника, а також реалізовувалася превентивна функція, зазначені завдання вирішуються за допомогою використання декількох правових механізмів, інститутів. Зокрема, компенсаційна функція здійснюється за допомогою інституту страхування. Страхування в певних умовах є найбільш оптимальним засобом відшкодування заподіяного збитку. Але страхування не в змозі виконати каральну функцію, а отже, і превентивне завдання. Тому страхування доповнюється можливістю стягнення збитку, відшкодованого третій особі страховиком зі страхувальника, винного в його настанні, за допомогою заяви до останнього регресної вимоги. Розвиток страхування громадянської відповідальності супроводжується дуже часто не заміною цивільно-правової відповідальності цілком інститутом страхування, а, по суті, відродженням майнової винної відповідальності, але вже на етапі розгляду регресних вимог страховика до страхувальника [8, 123]. Автор пише про регресну вимогу, а не про суброгацію, що властиве погляду вчених того періоду на юридичну природу переходу прав у відповідних відносинах.

Тому значення роботи зі здійснення прав вимоги, отриманих страховою організацією в порядку суброгації, і її вплив на кінцевий фінансовий результат страхової компанії важко переоцінити. Ефективна діяльність у цьому напрямку стає істотним фактором, що підвищує рентабельність майнових видів страхування, і відповідним чином сприяє зміцненню фінансової стійкості страхової організації.

Повна реалізація права вимоги, що перешли до страховика в порядку суброгації, підвищує ліквідність активів страхової компанії, зменшує фактичну збитковість страхового портфеля за майновими видами страхування. Своєчасна й повна реалізація прав вимоги, отриманих страховиками в порядку суброгації, позитивно позначається на діловій репутації страхової компанії, тому що свідчить про професіоналізм її співробітників, забезпечує залучення до цивільно-правової відповідальності винних осіб і сприяє реалізації принципів справедливості й неминучості покарання. З іншого боку, суброгаційна заборгованість за своєю природою є дебіторською заборгованістю. Страхового відшкодування, що перейшло до страховика після виплати, але не реалізоване, право вимоги збільшує дебіторську заборгованість страхової компанії. Рівень дебіторської заборгованості впливає на структуру страхових резервів. Нарахована, але не повернута дебіторська заборгованість збільшує для страхових компаній суму податку на прибуток. Для більшості страхових компаній відсоток реалізації виявленого суброгаційного права звичайно варіюється в діапазоні всього 20–50 відсотків [9, 293].

У відповідності до ст. 993 ЦК України до страховика, який виплатив страхове відшкодування за договором майнового страхування, у межах фактичних витрат переходить право вимоги, яке страхувальник або інша особа, що одержала страхове відшкодування, має до особи, відповідальної за завдані збитки.

Таким чином, можливість суброгації законодавцем передбачена, як слідує зі змісту наведеної норми, тільки для договорів майнового страхування.

## Література

1. Чебунин А. В. Теоретические и практические вопросы суброгации в страховых отношениях // Сибирский юридический вестник. — 2001. — № 4. — С. 64–74.
2. Гражданское право : учебник. Ч. II / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М., 1997.
3. Фогельсон Ю. Б. Введение в страховое право / Ю. Б. Фогельсон. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2001.
4. Мусин В. А. Суброгация в советском гражданском праве // Советское государство и право. — 1976. — № 7.
5. Брагинский М. И. Договор страхования / М. И. Брагинский. — М. : Статут, 2000.
6. Брагинский М. И. Договорное право. Кн. 3. Договоры о выполнении работ и оказании услуг / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. — М. : Статут, 2002. — С. 581.
7. Серебровский В. И. Избранные труды по наследственному и страховому праву / В. И. Серебровский. — М. : Статут, 1997. — (Серия «Классика российской цивилистики»).
8. Кулагин М. И. Избранные труды по акционерному и торговому праву / М. И. Кулагин. — 2-е изд., испр. — М. : Статут, 2004.
9. Дедиков С. В. Суброгация: практика реализации в страховой компании : метод. пособие / С. В. Дедиков. — М. : Изд. дом «Регламент», 2009.

## Анотація

**Головачов Я. В.** Цілі застосування суброгації у страхових правовідносинах. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду значення та мети застосування механізму суброгації у страхових відносинах. Зроблено висновок, що стосовно до кожного із суб'єктів, що беруть участь у механізмі суброгації, проявляється та або інша специфічна її мета. У першому випадку (для страховика) — це спосіб зниження збитковості діяльності. У другому випадку (щодо відповідального за настання страхового випадку особи) — це дисциплінуючий, виховний ефект суброгації. А для того, хто одержав від страховика страхову виплату, суброгація виступає перешкодою його безпідставному збагаченню.

**Ключові слова:** страхування, суброгація, заміна кредитора у зобов'язанні.

## Аннотация

**Головачов Я. В.** Цели применения суброгации в страховом правоотношении. — Статья.

Статья посвящена рассмотрению значения и цели применения механизма суброгации в страховых отношениях. Сделан вывод, что относительно каждого из субъектов, которые принимают участие в механизме суброгации, проявляется та или другая специфическая ее цель. В первом случае (для страховщика) — это способ снижения убыточности деятельности. Во втором случае (относительно ответственного за наступление страхового случая лица) — это дисциплинирующий, воспитательный эффект суброгации. А для того, кто получил от страховщика страховую выплату, суброгация выступает препятствием его безосновательному обогащению.

**Ключевые слова:** страхование, суброгация, замена кредитора в обязательстве.

## Summary

**Golovachov Y. V.** The Aims of Application of the Subrogation in Insurance Legal Relations. — Article.

The article is dedicated to examination the significance and purpose of application of the subrogation in insurance relationships. It is concluded that concerning every subject of subrogation there appear some special aims. In the first case (for the insurer) — it is a way to reduce the losses of his business. In the second case (concerning the liability for occurrence of contingency) — there is disciplining, educational effect of subrogation. For the one who received insurance indemnity from the insurer subrogation becomes an obstacle to his unreasonable enrichment.

**Keywords:** insurance, subrogation, replacement of the creditor in the obligation.

## ВИНА ЯК УМОВА ДЕЛІКТНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ В КРАЇНАХ АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СІМ'І

У країнах англо-американської правової сім'ї деліктна відповідальність розглядається крізь призму економічного аналізу — як спосіб перерозподілу витрат. Як стверджується у Стенфордській філософській енциклопедії, деліктний позов у разі його задоволення дає змогу перекласти тягар збитків, яких зазнала потерпіла особа, на плечі відповідача. Однак при розгляді справи суд залишить збитки там, де вони виникли, якщо тільки не знайде достатньої підстави для їх перенесення. Така достатня підстава складається з чотирьох елементів, які називають умовами деліктної відповідальності. Ними є протиправна поведінка, шкода, причинний зв'язок і вина. Найбільш інтегративною і водночас найбільш складно-визначуваною серед цих умов є вина, яка й становить предмет даного дослідження. Метою статті є огляд і аналіз того, як вина розуміється в доктрині та практиці країн загального права.

### Контекст дослідження

Уважається, що головною відмінністю, яка протиставляє одна одній системи деліктної відповідальності двох правових сімей (англо-американської та континентальної), є те що відповідні правові інститути засновані на протилежних базових принципах. Як стверджується, деліктна відповідальність у країнах цивільного права заснована на принципі «генерального делікту», у той час як загальне право постулює інститут деліктної відповідальності як систему спеціальних (партикулярних) деліктів (*particular torts*<sup>1</sup>) [1, 621]. Проте така позиція заслуговує критичного ставлення.

Річ у тім, що серед інших спеціальних деліктів у загальному праві є так званий «делікт необережності» (*the tort of negligence*), що має надшироку сферу застосування. Британські судді відмічають, що «різновиди необережності є невичерпними, їх може існувати стільки ж, скільки й людських помилок» (справа *Donoghue v. Stevenson*). Учені наголошують на проблемі поглинання деліктом необережності інших спеціальних деліктів (у континентальній правовій традиції таке «поглинання» назвали б колізією загальної та спеціальної правових норм. — Б. К.) [2, 63].

Згідно з доктринальним визначенням делікту необережності в англійському праві «особа, яка внаслідок недбалості завдала шкоди іншим, може бути зобов'язана сплатити компенсацію» [3, 25]. Відповідно до Американського зводу права (*American Restatement of the Law*) необережність визначається як «поведінка, яка порушує стандарт, встановлений для захисту інших від необґрунтованого ризику завдання шкоди». Порівнявши ці дві дефініції з класичною формулою «генерального делікту», за якою «будь-яка шкода, неправомірно завдана особі має бути відшкодована правопорушником» (ст. ст. 1382, 1383 Цивільного кодексу Франції), ми помітимо, що всі три формулювання є над-

звичайно схожими, якщо не тотожними. Причому кожне з наведених формулювань має свою ключову позицію. Для британського варіанта такою позицією є «недбалість», для американського — «необґрунтований ризик завдання шкоди», для французького — «неправомірність». Однак ретельний аналіз цих ключових позицій наводить на думку про те, що поводитьися «*неправомірно*» означає «бути *недбалим* по відношенню до інтересів оточуючих» або, що те ж саме, «піддавати оточуючих *необґрунтованому ризику завдання шкоди*». Іншими словами, усі три ключові позиції є просто різними назвами одного правового явища. Утім, навіть якщо припустити, що між формулами делікту необережності та формулою генерального делікту є деякі змістові відмінності, все одно залишається очевидним, що ці формули є рівновеликими *за ступенем узагальнення* (генералізації). Іншими словами, спеціальний «делікт необережності» є настільки ж узагальненим і абстрактним у своїй диспозиції, та широким у застосуванні, наскільки й «генеральний делікт» у країнах цивільного права.

З наведеного слідує, що делікт необережності в країнах загального права відіграє роль «генерального делікту». Саме тому вважаємо за доцільне аналізувати поняття вини в контексті делікту необережності.

Варто також зауважити, що в загальному праві слово «negligence» (необережність) має щонайменше два значення. По-перше, ця лексема може вживатися на позначення делікту необережності. По-друге, вона може означати вину як одну із умов деліктної відповідальності, за тим лише винятком, що «необережність» не охоплює умисного завдання шкоди [2, 71]. Так у юридичному словнику Блека (Black's law dictionary) концепти «вина» (*fault*) і «необережність» (*negligence*) поміщені в одній статті як синонімічні [4, 421]. Однак уживання слова «вина» («*fault*») не є загальнопоширеним у деліктному праві англо-американських країн. Натомість перевага віддається терміну «negligence», що пов'язано з пануванням так званого об'єктивного підходу до визначення вини, зміст якого буде розкрито нижче. Тут же варто лише сказати, що той правовий феномен, який в українській цивілістиці звично позначати словом «вина», у загальному праві виражається категорією «необережність» (*negligence*).

#### Філософське підґрунтя

Заслужують на увагу філософські начала, на яких ґрунтується цивілістична концепція вини в країнах загального права. Так відправною точкою правового розуміння вини в англо-американських юрисдикціях є твердження про те, що вина в правовому сенсі відмінна від вини в сенсі морально-етичному. Людина не може судити іншу людину, вона може лише засуджувати її вчинки. Людина неспроможна винести моральний вирок проти правопорушника, адже моральний вирок повинен урахувати всі фактори, що вплинули на скоєння делікту. Очевидно, нікому не під силу зважити те, як уплинули на людину спадковість, виховання, оточення та безліч знакових подій її життя [2, 70]. Доволі яскраво цю думку висловив О. В. Холмс (O. W. Holmes): «Право не намагається бачити людину так, як бачить її Бог... Якщо, наприклад, хтось

народився незграбним або страждає розпорошеністю уваги і через це постійно завдає шкоди собі та іншим, то вроджені вади такої людини, безсумнівно, будуть враховані в Небесному Суді, але тут, на землі, її хиби не стають від того менш незручними чи менш шкідливими для оточуючих, аніж якби вони були вчинені умисно» [5, 108].

Відтак, судові рішення — це не моральний вирок, а функція судді — не в тому, щоб *судити* людину, а в тому, щоб сприяти зменшенню правопорушень, захищаючи суспільство від антисоціальних діянь. Іншою ціллю правосуддя у цивільних справах є відновлення попереднього становища потерпілого (компенсація). Суддя розглядається як утілення інститутів кримінальної і цивільної відповідальності, а тому повинен насамперед зважати на їх цілі.

#### **Вина як порушення стандарту обачності**

Виходячи з таких філософських начал, британські вчені наголошують, що вина — це відхилення від стандарту належної поведінки, а не психічне ставлення до вчинку [2, 71–72]. Ця ідея є визначальною для розуміння вини в країнах Загального права.

Так, Дж. Флемінг (J. G. Fleming) наполягає: «Слід виходити з того, що вина це не психічне ставлення, а радше спосіб поведінки, який не відповідає належному стандарту, що вимагається в суспільстві» [6, 105]. Як стверджує М. А. Джонс (M. A. Jones), «необережність пов'язана з деяким стандартом обачності, який мав би бути дотриманий за конкретних обставин, а також із тим, чи узгоджувалася поведінка відповідача з цим стандартом, тобто чи був він необачним» [3, 25].

Американські вчені вважають винною поведінку, що порушує стандарт, встановлений для захисту інших від безпідставного ризику завдання шкоди [7, 129].

Відтак проблема встановлення вини як елемента цивільного правопорушення (делікту) зводиться до співвіднесення поведінки відповідача із деяким належним стандартом. І в англійському, і в американському деліктному праві цей стандарт описується як «поведінка розумної людини» (*behavior of the reasonable man*) [7, 129]. Критерій полягає в тому, щоб поставити на місце відповідача гіпотетичну розумну людину і змодельовати її поведінку за таких обставин [8, 459]. Так Д. Говарс (D. Howarth) ставить контрольне запитання, відповідь на яке дає змогу розв'язати проблему вини у кожній конкретній справі: «Як поводитися б розумна людина за таких же обставин?» [9, 37].

Намагаючись відповісти на це запитання, судді та вчені висловлювали різні здогадки про характеристики «розумної людини». Зокрема, відзначалося, що розумна людина вільна як від надмірної застережливості, так і від надмірної самовпевненості (справа *Glasgow Corporation v. Muir*); розумна людина володіє загальновідомими на час вчинення дії знаннями [10, 137]; вона передбачає недбалість інших там, де досвід свідчить про поширеність останньої (справа *London Passenger Transport Board v. Upson*); вона залишається спокійною, урівноваженою і зібраною, незважаючи на несподівано виниклі обставини [3, 146] тощо.

Інші дослідники, зневірившись у можливості дати змістовне пояснення цього конструкту, стверджують, що «розумна людина — це фікція, яку суддя щоразу наповнює новим змістом стосовно кожної конкретної справи на основі свого внутрішнього переконання» [11, 169]. М. А. Джонс відмічає, що, будучи абстракцією, розумна людина може наділятися такими якостями, які рідко зустрічаються в дійсності [3, 146].

Утім, такі партикулярні судження не можуть вважатися достатніми для наукового розв'язання проблеми розумності, оскільки жодне з них не дає чіткого уявлення про той стандарт, якого вимагатиме суд у кожній конкретній ситуації.

Іншими словами, вина розглядається як невжиття тих заходів обачності, до яких вдалася б розумна людина за таких же обставин. Проте визначення критеріїв того, *як саме* поводитися б розумна людина у кожній конкретній справі, є чи не найскладнішим питанням усієї теорії деліктного права.

#### **Розумна людина крізь призму економічного аналізу**

Найбільш послідовний і логічно досконалий підхід до розв'язання цієї проблеми пропонується теорією економічного аналізу. На думку прихильників цієї теорії, заходи обачності є розумними, якщо вони є *раціональними*; заходи обачності є раціональними, якщо вони є *вартісно-виправданими*; заходи обачності є вартісно-виправданими, якщо їх вартість нижча від вартості імовірних збитків, зменшеної множенням на коефіцієнт імовірності їх настання.

Дж. Коулмен (J. Coleman) ілюструє це міркування за допомогою такого прикладу. Уявімо, — говорить вчений, — що ви здійснюєте діяльність, яка приносить прибуток у \$100, а ймовірна шкода становить \$90. Тепер припустимо, що єдино можливий спосіб уникнути цієї шкоди — це припинити діяльність. За інших рівних умов, нерозумно було б з вашого боку відмовитися від прибутку в \$100, щоб уникнути збитків у \$90. У такому разі відмова від прибутку не була б вартісно-виправданим заходом обачності. Тепер уявімо, що все навпаки: очікуваний прибуток — \$90, а ймовірна шкода — \$100. За таких обставин відмова від прибутку буде вартісно-виправданим заходом обачності. Ви вчините нерозумно, якщо не відмовитеся від прибутку [12].

На думку економістів, такий же стандарт розумності застосовується й тоді, коли прибуток і збитки стосуються різних осіб (а не однієї, як в наведеному прикладі. — *Б. К.*). Якщо я можу позбавити вас деяких збитків шляхом вжиття заходів обачності менш вартісних, ніж ваші ймовірні збитки, то невжиття мною таких заходів обачності є нерозумним, а відтак — необережним (у значенні «винним». — *Б. К.*). І навпаки, якщо я можу позбавити вас деяких збитків лише шляхом вжиття заходів обачності більш вартісних, ніж ваші ймовірні збитки, то невжиття мною таких заходів обачності не є нерозумним, а відтак не є необережним [12].

Найбільш вдало економічний критерій розумності сформулював американський суддя Льюїс Хенд (Learned Hand) у справі *US v. Carroll Towing Co.* Згідно з його міркуваннями, якщо позначити вартість заходів обачності через *B*, розмір збитків — *L*, а коефіцієнт імовірності — *P*, отримаємо що особа вважається винуватою, якщо вона не вжила заходів обачності в ситуації, коли  $B < PL$  [13].



Базовий критерій розумності, виражений через нерівність, необхідно доповнити такими зауваженнями:

а) якщо непомірно великі витрати матимуть наслідком лише незначне зменшення ризиків, розумним буде нічого не робити, адже розумна людина зважає як ризик, так і складність його уникнення;

б) навіть коли ризик є незначним, було б необережним ігнорувати його, якщо його можна було уникнути практично без додаткових витрат.

Урахування ступеня імовірності в судовій практиці яскраво ілюструють дві англійські справи. Так, у справі *Bolton v. Stone* позивачеві було завдано шкоди через те, що в нього влучив м'ячик для крикету, який вилетів з крикетного поля відповідача на дорогу. Під час розгляду справи було встановлено, що таке траплялося досить рідко: м'ячик вилітав з поля приблизно шість разів за тридцять років. Ризик настання такої події був передбачуваним, але ймовірність того, що вона дійсно настане була дуже незначною. Палата Лордів вирішила, що відповідач не повинен нести відповідальності, оскільки за таких обставин розумним було ігнорувати такий незначний ризик.

Протилежного висновку дійшов суд у справі *Miller v. Jackson*, в якій м'ячик для крикету вилітав з крикетного поля відповідача вісім чи дев'ять разів на сезон, щоразу завдаючи шкоди власності позивача. Навіть високий паркан не перешкоджав цьому, бо середина поля була розташована занадто близько. Апеляційний суд вирішив, що ризик шкоди був настільки значним, що «відповідача слід визнати необережним (тобто «винним». — Б. К.) стосовно кожного випадку, коли м'ячик вилітав і завдавав шкоди».

Варто відзначити, що розумність поведінки також залежить від тяжкості шкоди і цілей відповідача. Так, чим серйознішими можуть бути потенційні наслідки, тим значнішими мають бути заходи обачності. Стосовно цілей відповідача вважається, що суспільна корисність його діяльності може виправдати створення більших ризиків, ніж допустимі за інших обставин [3, 150–153].

Незважаючи на логічну стрункість та значний евристичний потенціал, теорія економічного аналізу, однак, не позбавлена і суттєвих вад. Ми позначимо лише одну з них, яка, на наш погляд, є найбільш значною. Так у відомій американській справі (*Grimshaw v. Ford Motor Co.*) компанія «Форд» розробила модель автомобіля економ-класу. Унаслідок особливостей економної конструкції, автомобіль займався при зіткненні із заднього боку. Під час розгляду справи було встановлено, що компанія «Форд» передбачала ймовірність займання, однак підрахувала, що дешевше буде сплатити збитки потерпілим ніж змінити конструкцію високорентабельної моделі. Суддів, що розглядали справу, приголомшило те наскільки цинічно компанія вираховувала вартість людського життя. Ця справа — яскравий приклад того, що не все можна порівняти вартісно.

#### Правова природа стандарту розумної людини

Визначимо тепер правову природу стандарту розумної людини. Загальноприйнято вважати цей стандарт об'єктивним [8, 459]. Однак така відповідь є неповною, доки ми не з'ясуємо, що мається на увазі під «об'єктивністю». Вважаємо, що стандарт розумної людини є дійсно об'єктивним у тому розумінні,

що рішення стосовно винуватості приймаються на основі оцінки зовнішньої сторони поведінки відповідача, а не на підставі аналізу психічного ставлення до вчинку та його наслідків [7, 129]. Натомість спірною є думка про те, що стандарт обачності є «об'єктивним» у значенні «знеособленим». Як відмічає лорд Макмілан (Macmillan) у справі *Glasgow Corporation v. Muir*: «Стандарт передбачення розумної людини, з одного боку, є знеособленим критерієм. Він не враховує індивідуальність, і не залежить від особливостей конкретної особи, поведінка якої оцінюється. Але, з іншого боку, стандарт обачності все ж допускає при застосуванні деякий елемент суб'єктивності. Суддя, виходячи з обставин кожної конкретної справи, визначає, що саме передбачила б розумна людина, і, відповідно, що мав би передбачати відповідач. У цьому є значний простір для розбіжності позицій... що для одного судді може здатися віддаленим і примарним, інший може вважати цілком імовірним і природним» [8, 464].

#### Обов'язок обачності

Таким чином, ми з'ясували, що вина в країнах загального права розуміється як невиконання належного стандарту поведінки. Оскільки цей стандарт зобов'язує виявляти деякий «розумний» ступінь обачності, його можна розцінювати як «обов'язок обачності» (*duty of care*). Подати проти мене деліктний позов може лише та особа, стосовно якої я маю юридичний обов'язок [12]. Очевидно, що жоден юридичний обов'язок не може виникати «з повітря». Відтак необхідно визначити які передумови необхідні для виникнення юридичного обов'язку обачності, або, іншими словами, які передумови створюють необхідність застосування поведінкового стандарту в кожній конкретній ситуації.

У загальному праві пропонується така відповідь. Формальними вимогами, які мають бути задоволені для визнання обов'язку обачності таким, що виник, є:

- а) передбачуваність шкоди;
- б) достатня «наближеність» відносин між сторонами; а також
- в) навіть якщо умови а) і б) задоволено, необхідно, щоб було «розумним і справедливим» застосовувати обов'язок обачності в даній конкретній справі [3, 30].

На думку судді Кардозо (Cardozo), «я маю обов'язок уникати завдання шкоди тим особам, які входять до сфери *передбачуваного* ризику, пов'язаного з моєю діяльністю» (див. справу *Palsgraf v. Long Island Rail Road*). Концепція передбачуваності (*foreseeability*) показує, що передбачала б гіпотетична розумна людина за аналогічних обставин. Якщо конкретна шкода не могла бути розумно передбаченою, то відповідач не вважається таким, що діяв необережно, оскільки розумна людина не вживає ніяких заходів обачності проти непередбачуваних обставин [3, 32, 149]. З цього, однак, не слідує, що відповідач є необережним у кожному разі, коли шкода була передбачуваною. У справі *Bolton v. Stone* лорд Оуксі (Oaksey) зауважив, що розумна людина здатна «передбачати можливість багатьох ризиків, однак життя стало б неможливим, якби вона намагалася вжити заходів проти кожного з ризиків, які вона може передбачити. Вона вживає заходів обачності лише проти тих ризиків, настання яких вона розумно вважає найбільш вірогідним». Відтак може бути розумним не

вживати жодних заходів проти деяких передбачуваних ризиків. Але навіть коли вжиття заходів обачності вимагається, розумно очікуваний стандарт обачності може варіювати залежно від значущості ризику, цілей діяльності відповідача, та доцільності або вартості таких заходів, — як це було показано вище.

Наближеність (*proximity*) — це термін, який використовується не обов'язково на позначення буквальної близькості в матеріальному або метафоричному сенсі, а просто як зручний вислів для описання обставин, з якими закон пов'язує виникнення обов'язку обачності. Тут мається на увазі юридична, а не фізична наближеність. Цей критерій є доволі невизначеним. Як стверджує Мартін (Martin), «Обов'язок обачності виникає, якщо має місце наближеність, а наближеність означає, що факти призводять до виникнення обов'язку обачності» [3, 34].

Стосовно до вимоги справедливості і розумності (*criterion of what is just and reasonable*) лорд Пірс (Pearce) відзначив: «Те, наскільки широкою має бути встановлена сфера обов'язку обачності, у кінцевому рахунку залежить від оцінки судом потреб суспільства в захисті від недбалості інших».

Іноді також стверджується, що три вищеперелічені критерії є не окремими вимогами, а просто різними аспектами однієї ідеї.

Більше того, незважаючи на формулювання цих критеріїв, британські вчені відмічають, що невизначеність таких категорій, як «передбачуваність», «наближеність» та вимоги «справедливості і розумності», створює значний простір для політичних<sup>2</sup> маніпуляцій у межах змісту правових норм. Також вони наполягають, що краще визнати це, аніж удавати /робити вигляд/, що логічна структура делікту необережності якимось чином вимагає конкретного результату [3, 38]. Зрештою, як сказав М. Джонс, «уся концепція «розумності» створена свідомо невизначеною, для того щоб забезпечити гнучкість у її застосуванні» [3, 145].

Такі одіозні з точки зору української правосвідомості бачення можна збагнути лише згадавши те, що, на відміну від правників країн цивільного права, англо-американські юристи не виводять своїх рішень із загальних і абстрактних норм, а намагаються натомість віднайти справедливість у самій природі конкретних суспільних відносин. Тому головною відмінністю між правовим мисленням у країнах цивільного права та правовим мисленням у країнах Загального права, є те, що перше виводить конкретні рішення із загальних норм, у той час як інше — виводить загальні норми з конкретних рішень. Усвідомлення цієї різниці і є ключем до розуміння загально-правових змістів.

### Висновки

Підсумовуючи результати проведеного дослідження, можна відзначити такі головні позиції:

1. Делікт необережності (*the tort of negligence*) відіграє роль генерального делікту в країнах загального права.
2. У деліктному праві англо-американських країн феномен вини постає як концепт необережності (*negligence*).
3. Вина визначається як невиконання належного стандарту поведінки, який виконала б гіпотетична розумна людина за таких же фактичних обставин.

4. Базовим критерієм розумності є домірність заходів обачності розміру передбачуваних збитків, зменшеному з урахуванням ступеня імовірності їх настання.

5. Необхідність апікації стандарту належної поведінки виникає за умови, що: а) шкода є передбачуваною; б) між сторонами існують відносини юридичної наближеності; в) застосовувати відповідальність є розумним і справедливим за даних обставин.

Також проведений огляд яскраво свідчить, що різні правові системи світу походять від єдиного об'єктивного і природного права, що постає із самої природи людини та її розуму. У деліктному праві англо-американських країн ідея об'єктивного і розумного права знаходить своє втілення через концепцію «розумності», яка є наріжним каменем для встановлення вини відповідача.

Підбиваючи підсумок проведеного дослідження, варто відзначити, що концепція розуміння вини в деліктному праві англо-американських країн має багато позитивних рис, серед яких: логічна послідовність, глибока аналітичність та доречне використання методів точних наук. Поза всяким сумнівом, такими підходами варто послуговуватися при конструюванні національного бачення вини в цивільному праві, відкидаючи при цьому надмірну прагматичність і економічно-односторонній редукціонізм.

### Примітки

1. Принагідно слід зауважити стосовно термінології, яка використовується в Загальному праві. Незважаючи на те, що в англійській мові слова «delict» і «tort» є абсолютними синонімами, тобто мають тотожне значення, перевага віддається лексемі «tort», що є питомо англійською за походженням, на відміну від категорії «delict», яка запозичена з латини. У такий спосіб підкреслюється автентичність і окремішність правового мислення англійців, що найменше зазнало впливу рецепції Римського права.
2. Цей прикметник у даному контексті має дещо відмінне від звичайного значення. Тут його слід трактувати у світлі властивого англійському праву протиставлення принципу (*principle*) і політики (*policy*). «Принцип» означає застосування формальної логіки правової норми, у той час як «політика» припускає прагматичні міркування, що обмежують цю вербальну логіку.

### Література

1. Гражданское право. В 4 т. Т. 4. Обязательственное право / [В. В. Витрянский, В. С. Ем и др.]; отв. ред. Е. А. Суханов. — 3-е изд. — М.: Волтерс Клувер, 2008.
2. Tunc A. International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. 11. Torts / André Tunc. — Brill: Martinus Nijhoff Publishers, 1983.
3. Jones M. A. Textbook on torts / Michael A. Jones. — 5th ed. — London: Blackstone Press Limited, 1996.
4. Black's law dictionary / by Black H. Campbell; coauth.: J. R. Nola, J. M. Nolan-Haley, M. J. Connoll and others. — 6th ed. — St. Paul, Minn.: West publishing Co., 1991.
5. Holmes O. W. The Common Law / O. W. Holmes. — London: Macmillan & Co., 1882.
6. Fleming J. G. The Law of Torts / John G. Fleming. — 8th ed. — Sydney: The Law Book Company Limited, 1992.
7. Lahe J. Subjective fault as a basis of delictual liability // Juridica International. — 2001. — N 6.
8. Wild C. Smith and Keenan's English law: text and cases / C. Wild, St. Weinstein. — 16th ed. — London; New York: Longman, 2010.
9. Howarth D. Textbook on Tort / D. Howarth. — London: Butterworths, 1995.
10. Kionka E. J. Torts / E. J. Kionka. — 2nd ed. — Minn.: West Publishing Co. St Paul, 1999.

11. Cooke P. J. The Common Law of Obligations / P. J. Cooke, D. W. Oughton. — London : Butterworths, 1989.
12. Coleman J. Theories of tort law [Electronic resource] / J. Coleman, G. Mendlow // Stanford encyclopedia of philosophy. — Regime of access : <http://plato.stanford.edu/entries/tort-theories/>
13. Schiffer H.-B. Strict liability versus negligence [Electronic resource] / H.-B. Schiffer, A. Schlenker // Encyclopedia of law and economics. — Regime of access : <http://encyclo.findlaw.com/3100book.pdf>.

### Анотація

**Карнаух Б. П.** Вина як умова деликтної відповідальності в країнах англо-американської правової сім'ї. — Стаття.

Статтю присвячено дослідженню концепції вини як умови деликтної відповідальності в доктрині та практиці країн загального права. Автор виявляє філософські начала деликтно-правового трактування вини та з'ясовує його зміст, аналізує критерії винуватості та визначає коло передумов, які створюють необхідність їх застосування.

**Ключові слова:** вина, деликтна відповідальність, деликтне право.

### Аннотация

**Карнаух Б. П.** Вина как условие деликтной ответственности в странах англо-американской правовой семьи. — Статья.

Статья посвящена исследованию концепции вины как условия деликтной ответственности в доктрине и практике стран общего права. Автор выявляет философские начала деликтно-правового понимания вины и определяет его содержание, анализирует критерии виновности и устанавливает предпосылки их применения.

**Ключевые слова:** вина, деликтная ответственность, деликтное право.

### Summary

**Karnauch B. P.** Fault As a Condition of Tort Liability in Common Law Countries. — Article.

The article is devoted to research of the concept of fault as a condition of tort liability in doctrine and practice of Common law countries. The author brings to light philosophical background of tort-law treatment of fault and defines its content, analyses criterions of fault and ascertains preconditions of their application.

**Keywords:** fault, negligence, tort liability, delictual liability, tort law.

УДК 347.4(477+478+470)

**К. Г. Нехіт**

## СТАНОВЛЕННЯ ІНСТИТУТУ ДОВІРЧОГО УПРАВЛІННЯ МАЙНОМ В УКРАЇНІ, РЕСПУБЛІЦІ МОЛДОВА ТА РОСІЙСЬКІЙ ФЕДЕРАЦІЇ

Історична спільність розвитку України, Республіки Молдова і Російської Федерації зумовлює як тісний взаємозв'язок правових систем вказаних країн, так і доцільність проведення порівняльних досліджень окремих правових інститутів, що дозволило б простежити, як на тотожних фундаментах вибудовується та або інша система правового регулювання відносин, і запозичити виявлені переваги або скоригувати існуючі недоліки.

Актуальність порівняльно-правового аналізу законодавства України, Республіки Молдова та Російської Федерації зумовлена, у першу чергу, тими чин-

никами, що тривалий час згадані країни співіснували у межах єдиної держави, після розпаду якої кожна з них обрала свій самостійний шлях реформування законодавства, переслідуючи, проте, єдину мету — забезпечення ринкової економіки належною правовою базою. Тому представляє значний інтерес простежити, яким саме чином інститут довірчого управління впровадився у правові системи вказаних країн і яку специфіку вказаного інституту обумовив цей процес.

Дослідженню становлення та розвитку інституту довірчого управління було присвячено численні праці українських та російських вчених (Р. А. Майданика, І. В. Венедіктової, Ю. В. Курпас, Л. Ю. Міхеєвої, Д. В. Петеліна), проте погляд на особливості становлення вказаного інституту в Україні, Республіці Молдова та Російській Федерації під кутом зору порівняльного аналізу дозволить встановити певні закономірності та запозичити виявлений позитивний досвід з цього питання.

Отже, метою даного дослідження є проведення порівняльного аналізу особливостей становлення інституту довірчого управління майном в Україні, Республіці Молдова та Російській Федерації та визначення специфіки підходів законодавців указаних країн до вирішення поставленого питання.

Тривалий період співіснування у складі СРСР та подальша співпраця країн пострадянського простору у межах СНД наклали свій відбиток як на правову культуру і традиції правотворчості та правозастосування, так і на становлення нового законодавства молодих суверенних держав. За висловом Ю. О. Тихомирова, «вырастая из массива правовой системы бывшего Союза ССР, «питаясь» ее концепциями и отраслями, институтами и нормами, законодательство бывших республик Союза несет в себе следы прошлого и ростки нового» [1, 156].

Становлення ринкової економіки вкупі з розривом зі всім нормативним масивом СРСР створило у суверенних державах значний правовий «вакуум». Потрібно було якомога швидше провести реформи і створити нову законодавчу базу. Зазначене завдання, за справедливим зауваженням Ю. О. Тихомирова, «решали стремительно, а иногда даже поспешно» [1, 158]. Становлення інституту довірчого управління майном є одним з яскравих прикладів цієї поспішності. Зокрема, спроба молдовського законодавця, слідом за російським, звернутися спочатку до англо-американського інституту трасту для заповнення законодавчих прогалин, викликала до життя дотепер не стихаючі дискусії щодо доцільності довірчої власності для країн романо-германської правової сім'ї.

Початкові етапи становлення інституту довірчого управління майном у всіх країнах, законодавство яких є предметом наукового аналізу, характеризуються значною схожістю.

Після ухвалення Закону РРФСР «Про банки і банківську діяльність» від 2 грудня 1990 р., де в ст. 5 було закріплене положення про те, що банки мають право «залучати й розміщувати кошти та управляти цінними паперами за дорученням клієнтів (довірчі (трастові) угоди)», такого ж роду закони з аналогічними формулюваннями були прийняті в Україні, а потім і в Республіці Мол-

дова. В Україні положення про те, що банкам надається «право здійснювати довірчі угоди по залученню й розміщенню коштів, управляти цінними паперами за дорученням клієнтів» було закріплено ст. 3 Закону України «Про банки і банківську діяльність» від 20 березня 1991 р. У Республіці Молдова право банків здійснювати довірчі угоди було закріплене в ст. 19 Закону РМ «Про банки і банківську діяльність» від 12 червня 1991 р.

Другий етап становлення інституту довірчого управління майном дозволяє виявити тенденцію, характерну для всього подальшого розвитку законодавств молодих суверенних держав. На цьому етапі простежується така закономірність: спостерігається значна схожість у підходах молдовського і російського законодавців, тоді як український законодавець використовує декілька відмінні способи вирішення правових проблем.

Так, для другого етапу становлення інституту довірчого управління в Республіці Молдова та Російській Федерації характерна поява в період з 1991 по 1994 рік великої кількості нормативних актів, де згадується «довірча власність», «траст», «довірче управління», при тому що використовувані поняття часто ототожнювалися і не мали легального визначення.

Оскільки у російському законодавстві не було закріплено визначення поняття «траст», з метою усунення цієї прогалини з'явився Указ Президента РФ «Про довірчу власність (траст)» від 24 грудня 1993 р. Незабаром аналогічний Указ був прийнятий Президентом РМ (Указ Президента РМ «Про довірчу власність (траст)» від 16 лютого 1994 р.). Цими нормативними актами інститут трасту впровадиться, відповідно, у молдовське та російське законодавство.

В обох випадках у процесі реалізації вказаних документів на практиці виникла безліч проблем унаслідок суперечності окремих понять, принципів, правових конструкцій. У результаті у Республіці Молдова Національна комісія з ринку цінних паперів 8 червня 2000 р. ухвалила рішення заборонити угоди з акціями клієнтів трастових компаній. Був розроблений проект рішення, в якому передбачалося припинити діяльність всіх трастових компаній на три місяці та позбавити менеджерів ліцензій. Іншими словами, унаслідок проблем у практиці застосування трасту будь-яка діяльність у цій сфері практично була блокована [2, 55].

У той самий час у російській цивілістичній літературі розгортається бурхлива дискусія щодо доцільності впровадження в законодавство інституту трасту. Указ Президента РФ «Про довірчу власність (траст)» піддається критиці і згодом втрачає силу [3, 30].

Причиною виникнення проблем в обох країнах стало те, що за допомогою згаданих указів була зроблена спроба впровадити у законодавство траст у тому його вигляді, в якому він відомий англо-американському праву, тобто заснованого на концепції «розщепленої» власності. Особливістю трасту було те, що єдине право власності ніби «розщеплювалося» між декількома суб'єктами, і тому неможливо було визначити, хто ж з них є власником переданого у траст майна.

Наслідком наведених обставин стало те, що інститут трасту як у Республіці Молдова, так і у Російській Федерації був визнаний чужорідним, а разом з цим,

сформувалося і стійке неприйняття самого поняття «довірча власність». І незважаючи на те, що останнім часом все частіше підіймається питання щодо доцільності впровадження довірчої власності у цивільне законодавство, російські та молдовські дослідники не поспішають погоджуватися з необхідністю її повторної появи, навіть і в адаптованому для континентальної системи вигляді.

Наступним етапом становлення інституту довірчого управління у Російській Федерації стало ухвалення першої частини Цивільного кодексу Російської Федерації (далі — ЦК РФ), де ч. 4 ст. 209 було закріплено можливість передачі майна у довірче управління, що не тягнуло переходу права власності до довірчого управителя. Після цього в нормативних актах вже не зустрічається поняття «довірча власність». Мова йде лише про довірче управління майном.

Остаточне затвердження в Російській Федерації інституту довірчого управління майном відбулося після введення в дію з 1 березня 1996 р. ч. 2 ЦК РФ. У главі 53 ЦК РФ був детально врегульований інститут довірчого управління, що, на думку В. В. Вітрянського і багатьох інших російських цивілістів, «окончательно решило судьбу доверительной собственности (траста) в российском гражданском праве» [4, 835].

Аналогічним чином розвивалася ситуація з довірчим управлінням і у Республіці Молдова. Після виникнення проблем при спробі впровадження у законодавство трасту, Указ Президента РМ «Про довірчу власність (траст)» також піддався критиці, і згодом був скасований.

Наступний етап становлення інституту довірчого управління у Республіці Молдова почався з ухваленням Закону РМ «Про внесення змін і доповнень до Цивільного кодексу» від 27 липня 2000 р., який доповнив ЦК МРСР 1964 р. главою тридцять п'ятою прим, присвяченою довірчому управлінню майном. Передбачалося доповнення ЦК МРСР 1964 р., зокрема, ст. 440.1, якою було закріплено можливість передачі майна у довірче управління, не пов'язаної з втратою власником права власності на майно. Треба сказати, що закріплене зазначеним законом визначення довірчого управління повністю співпадало з російським. Тобто, по суті, у Республіці Молдова, так само, як і в Російській Федерації, місце довірчого власника займає довірчий управитель, а отже, речово-правова категорія «довірчої власності» припиняє своє існування у законодавстві обох країн, а відносини власника з довірчим управителем регулюються у межах зобов'язального інституту довірчого управління майном.

Завершальним етапом становлення інституту довірчого управління майном стало введення з 12 червня 2003 р. в дію нового Цивільного кодексу Республіки Молдова (далі — ЦК РМ), де довірче управління майном було виокремлене у самостійний правовий інститут.

В Україні, як зазначалось, становлення інституту управління майном відбувалося схожим, але не ідентичним чином. Закріплення Законом України «Про банки і банківську діяльність» від 20 березня 1991 р. поняття «довірчі угоди» привело, з одного боку, до практичного формування правової бази довірчих угод, з іншого — до теоретичних дискусій щодо сутності операцій такого роду. Одні автори, що брали участь в обговоренні цих питань стверджували, що



йдеться про звичайні відносини представництва, пристосовані до умов роздержавлення державної власності, які лише на перший погляд нагадують інститут довірчої власності англійського права [5, 7]. Інші вважали, що такі довірчі угоди є не чим іншим, як початком застосування трасту в Україні [6, 11].

Підтвердженням цієї позиції, що спочатку український законодавець був орієнтований на розвиток відносин довірчої власності (трасту), є той факт, що в цей період у законодавстві України з'являється велика кількість правових документів, що згадують поняття трасту та довірчої власності. Зокрема, це Декрет Кабінету Міністрів України «Про довірчі товариства» від 17 березня 1993 р., Положення «Про холдингові компанії, які створюються в процесі корпоратизації і приватизації», затверджене Указом Президента України від 11 березня 1994 р., Положення «Про фінансово-промислові групи в Україні», затверджене Указом Президента України від 27 січня 1995 р., і ще більш ніж 60 нормативних актів [7, 48].

Проведений аналіз виявляє той факт, що значна частина правових документів, що згадують траст, в Україні, так само, як і у Російській Федерації та Республіці Молдова, приймається у межах «приватизаційного» законодавства. Так, основний нормативний акт, що відіграв визначальну роль у розумінні українського трасту, — Декрет Кабінету Міністрів України «Про довірчі товариства» від 17 березня 1993 р. (далі — Декрет) — був прийнятий у виконання Закону України «Про приватизацію державного майна» від 4 березня 1992 р., згідно якому задача довірчих товариств зводилася до обліку приватизаційних паперів, створення ринку цінних паперів і його подальшого обслуговування, а також зниження ризику покупців при розміщенні внесків в об'єкти приватизації. Прийнятий через рік Декрет, таким чином, повинен був остаточно врегулювати організаційно-правові питання, пов'язані зі створенням та функціонуванням довірчих товариств [8, 73].

Незважаючи на те, що Декретом не було закріплено визначення трасту, фактично даний нормативний акт упровадив в українське законодавство конструкцію довірчої власності. Як випливає із ст. 1 Декрету, довірче товариство — товариство з додатковою відповідальністю, яке здійснює представницьку діяльність відповідно до договору, укладеного з довірителями майна щодо реалізації їх прав власників. При цьому довіритель майна, юридична особа або громадянин, передає довірчому товариству повноваження власника щодо майна, яке належить йому, відповідно до умов укладеного між ними договору. Тобто довіритель має право передавати довірчому товариству повноваження на майно, що належить йому, а довірче товариство має право розпоряджатися майном довірителя. Таким чином, у цьому випадку у довірчого товариства виникає речове право на майно довірителя. Іншими словами, складається ситуація, аналогічна російській, коли такого роду речове право в Указі Президента РФ було прямо назване правом довірчої власності (трастом) [8, 74].

Аналогічним чином дана правова конструкція викликала значні практичні проблеми, а разом з ними і теоретичні дискусії щодо недоцільності існування довірчої власності в умовах континентальної системи права.

Після ухвалення Постанови Кабінету Міністрів України «Про недоліки в роботі довірчих товариств» від 26 червня 1995 р., де була відмічена недосконалість законодавства, регулюючого їх діяльність, а також Постанови Кабінету Міністрів України «Про результати комплексних перевірок діяльності довірчих товариств» від 1 листопада 1995 р., де підкреслювалися «численні факти зловживань і шахрайства з фінансовими ресурсами, що спричинило значні матеріальні і моральні збитки громадян, завдало шкоди майновим інтересам держави», ставлення до довірчої власності кардинально змінюється. Якщо ще в проєкті Цивільного кодексу України від 1994 р. зустрічаються поняття «право довірчої власності», «довірчий власник», то після вказаних обставин український законодавець звертається до концепції довірчого управління майном [8, 75].

У проєкт Цивільного кодексу України 1996 р. впроваджується розділ 68 «Довірче управління майном», що, здавалося б, говорить про остаточну переорієнтацію українського законодавця [9]. Проте крапка в протистоянні «довірче управління — довірча власність» поставлена не була навіть після закріплення новим Цивільним кодексом України (далі — ЦК України) розділу 70 «Управління майном». В Україні, на відміну від Республіки Молдова і Російської Федерації, відбулося повторне звернення до довірчої власності.

За допомогою Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» від 19 березня 2003 р., у законодавство України впроваджується право довірчої власності. Вказаний закон доповнив ст. 316 ЦК України частиною другою, де вказується, що особливим видом права власності є право довірчої власності, яке виникає внаслідок закону або договору управління майном.

Таким чином, в Україні складається особлива ситуація, коли в законодавстві існує два інститути — довірче управління і довірча власність. Можливо, такий специфічний шлях розвитку українського законодавства був обумовлений тим, що в Україні, на відміну від Республіки Молдова та Російської Федерації, на початку 90-х років, незважаючи на появу *de facto* відносин довірчої власності, *de jure* поняття трасту в його англо-американській інтерпретації не було законодавчо закріплено. Це дозволило на даному етапі звернутися до довірчої власності в її континентальному розумінні, у якому вона існує у Німеччині й Франції, де доводить свою життєздатність.

І якщо у Російській Федерації на сьогодні в юридичній літературі виникає нова хвиля дискусій щодо необхідності модернізації інституту довірчого управління і надання йому речово-правового характеру, або про введення нового інституту довірчої власності, оскільки ця необхідність викликана новими реаліями [10, 35–39], в Україні, незважаючи на продовження відповідних дискусій, позиція законодавця чітко визначена. І дійсно, така позиція найкращим чином відповідає потребам ринкової економіки.

Отже, становлення інституту довірчого управління майном у країнах пострадянського простору відбувалося схожим чином. Початковий етап для всіх цих країн був практично ідентичним, і ознаменувався він ухваленням Законів

«Про банки і банківську діяльність», які закріпили вперше поняття «довірчих угод». Другий етап становлення інституту довірчого управління майном також не виявляє істотних відмінностей в підходах законодавців. На цьому етапі приймається велика кількість нормативних актів, що дозволяє дійти висновку щодо орієнтації законодавців країн пострадянського простору на введення в законодавства молодих суверенних держав інституту довірчої власності (трасту). Згодом відбувається відмова від довірчої власності і звернення до інституту довірчого управління майном.

Специфіка українського законодавства виявляється у тому, що тут, поряд з інститутом довірчого управління майном, існує також інститут довірчої власності, розроблений з урахуванням минулого негативного досвіду сусідніх країн, а тому адаптований до умов континентальної правової системи.

### Література

1. Тихомиров Ю. А. Курс сравнительного правоведения / Ю. А. Тихомиров. — М. : Норма, 1996. — 432 с.
2. Игнатьев В. П. Договор траста и смежные правовые конструкции в международном частном и гражданском праве Республики Молдова : анализ и перспективы развития // *Revista national de drept*. — 2001. — № 1. — С. 55–61.
3. Петелин Д. В. История становления и развития института доверительного управления имуществом // *История российского права*. — 2004. — № 6. — С. 28–31.
4. Брагинский М. И. Договорное право. Кн. 3. Договоры о выполнении работ и оказании услуг / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. — [3-е изд., стереотип.]. — М. : Статут, 2003. — 1034 с.
5. Онуфриенко А. Траст : взгляд юриста // *Бизнес*. — 1994. — № 6. — С. 7–11.
6. Алексеев А. Трастовые компании... Еще все впереди // *Финансовая Украина*. — 1994. — № 39. — С. 11–23.
7. Слипченко С. А. Право доверительной собственности : монография / С. А. Слипченко. — Х. : Консум, 2000. — 176 с.
8. Шипка О. Трастова власність : іноземні дива на українській ниві / О. Шипка, Н. Крук // *Юридичний журнал*. — 2003. — № 10. — С. 73–81.
9. Цивільний кодекс України : проект у ред. від 25 серп. 1996 р. // *Українське право*. — 1996. — Чис. 2 (спецвип.). — С. 32–523.
10. Колесникова С. Г. О проникновении института доверительной собственности (траста) в систему романо-германского права // *История права и государства*. — 2007. — № 4. — С. 29–41.

### Анотація

**Пекит К. Г.** Становлення інституту довірчого управління майном в Україні, Республіці Молдова та Російській Федерації. — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню особливостей становлення інституту довірчого управління майном в Україні, Республіці Молдова та Російській Федерації. Визначено основні етапи становлення інституту довірчого управління майном у вказаних країнах. Виявлено специфіку підходів законодавців зазначених країн до впровадження у національні правові системи інституту довірчого управління майном та обумовлені цим відмінності відносин, що виникають з договору довірчого управління майном, у вказаних країнах.

**Ключові слова:** довірче управління майном, інститут, національна правова система, становлення, договір довірчого управління.

### Аннотация

**Пекит Е. Г.** Становление института доверительного управления имуществом в Украине, Республике Молдова и Российской Федерации. — Статья.

Статья посвящена исследованию особенностей становления института доверительного управ-

лення имуществом в Украине, Республике Молдова и Российской Федерации. Определены основные этапы становления института доверительного управления имуществом в указанных странах. Выявлена специфика подходов законодателей отмеченных стран к введению в национальные правовые системы института доверительного управления имуществом и обусловленные этим отличия отношений, которые возникают из договора доверительного управления имуществом, в указанных странах.

*Ключевые слова:* доверительное управление имуществом, институт, национальная правовая система, становление, договор доверительного управления.

### Summary

**Nehit K. G. Becoming of Institute of Property Trust Management in Ukraine, Republic of Moldova and a Russian Federation. — Article.**

The article covers investigation of features of becoming of institute of property trust management in Ukraine, Republic of Moldova and a Russian Federation. The basic stages of becoming of institute of property trust management in the indicated countries are determinated. The specific of approaches of legislators of the noted countries to introduction in the national legal systems of institute of property trust management and the differences of relations which arise out of property trust management agreement, in the indicated countries is exposed.

*Keywords:* property trust management, institute, national legal system, becoming, property trust management agreement.

УДК 340.12

Д. В. Подчаха

### ІСТОТНІ УМОВИ ІПОТЕЧНОГО ДОГОВОРУ

Зміна економічного устрою України після отримання незалежності та перехід до ринкової економіки обумовили звернення до правових інститутів, які здатні забезпечити ефективне функціонування економіки країни в нових умовах.

Одним з таких інститутів є іпотека, яка виступає одним з найнадійніших та найвигідніших засобів забезпечення зобов'язань, оскільки для кредитора надає змогу забезпечити виконання зобов'язання нерухомим майном, що має значну цінність та інфляційну стабільність, а для боржника або майнового поручителя дає змогу використовувати іпотечне майно та отримувати прибуток.

Правове регулювання іпотеки базується на Конституції України і складається з Цивільного кодексу України, Господарського кодексу України, Земельного кодексу України, законів України «Про іпотеку», «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати», «Про фінансові кредитні механізми і управління майном при будівництві житла і операціях з нерухомістю», «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно» та інших нормативно-правових актів, а також міжнародних договорів України. Недивлячись на наявність відповідної правової бази функціонування іпотеки, ще існують деякі недоліки і прогалини у сфері її правового регулювання.

В основі більшості проблем правового регулювання лежать досі не вирішені теоретичні питання, що потребують особливої уваги. Зокрема, існує проблема визначення істотних умов іпотечного договору.

Актуальність теми також обумовлена наслідками світової фінансової кризи, яка призвела до масового прострочення українськими боржниками зобов'язань за кредитними договорами, що в свою чергу призвело до збільшення обсягу звернення стягнень на майно, передане в іпотеку.

Таким чином, метою дослідження є визначення суттєвих умов іпотечного договору шляхом аналізу законодавства про іпотеку та практики укладання іпотечних договорів.

Питання істотних умов договору розглядали в своїх роботах О. В. Дзера, О. А. Красавчиков, В. П. Маслов, О. А. Пушкін та інші.

Перш ніж перейти безпосередньо до розгляду істотних умов іпотечного договору, слід звернутися до історії виникнення такого інституту, як іпотека.

Різновид застави — іпотека з'явилась у Греції та відома ще з VI ст. до н. е. із законів афінського реформатора Солон. Поява іпотеки була зумовлена необхідністю збільшення економічного обороту в державі. А це не можна було зробити без надання боржнику можливості володіти та користуватися заставленою річчю. Іпотека слугувала гарантом захищеності кредитора, оскільки він не отримував річ у володіння, та надавала можливість звернути стягнення на предмет застави.

У 594 р. до н. е. Солон здійснив реформи, зокрема скасував поземельні борги. Натомість Солон запропонував досить раціональний спосіб заміни власної відповідальності майновою [1]. Солон запропонував, щоб на прикордонній межі маєтку боржника встановлювався стовп із написом, що майно служить забезпеченням претензій на визначену суму. Такий стовп називався «іпотекою» і тому визначення будь-якої застави нерухомості почали називати іпотекою.

Пізніше для цієї мети стали використовувати особливі книги, що називалися іпотечними. Вже в Стародавній Греції існувала гласність, що дозволяла кожній зацікавленій особі безперешкодно упевнитися в стані даної земельної власності.

Новий розвиток інститут іпотеки одержав у Римській імперії. Римському праву відомі такі форми застави: фідучіарна угода, ручна заставка (пігнул) та іпотека. Згодом з'явився такий інститут застави, як «антихрес», який надавав можливість кредитору володіти та користуватися земельною ділянкою, яка була об'єктом застави, а вирощену на цій землі продукцію віддавали заставодержателю для погашення відсотків.

Також було дозволено заставляти одну і ту саму річ декільком кредиторам. Переважне право на таку річ (що була предметом декількох договорів) належало заставодержателю, який мав попередити інших про існування заставного права.

У римському праві заставка мала похідний характер від основного зобов'язання та забезпечувала інтереси кредитора, була гарантом виконання зобов'язання боржником. Речове право заставодержателя полягало не в користуванні

чужою річчю, а в праві розпоряджатися заставною річчю відповідно до закону. У римському праві право застави належало до речових прав.

Роль держави в дотриманні прав учасників іпотечних угод завжди була велика. Досить складні за структурою угоди вимагали контролю і регулювання, налагодженої реєстраційної системи.

У I ст. н. е. створювалися іпотечні установи, що видавали кредити під заставу майна приватним особам.

У період правління імператора Антонія Пія (II ст. н. е.) було розроблено особливе законодавство для іпотечних банків, що існували поряд з іншими спеціалізованими банками та кредитними установами — прообразами ощадних кас і ощадних асоціацій.

Держава часто надавала велику підтримку іпотечному кредитуванню. Так, при імператорі Траяні були створені спеціальні фонди для підтримки вдів і сиріт, що надавали іпотечні кредити під 5 % річних (аналогічні фінансові системи були утворені в Росії в XIX ст., правда, підтримка в основному адресувалася представникам дворянського стану).

Інститут іпотеки протягом невеликого часу пройшов шлях еволюції від фідучії (від лат. *fiducia* — угода на довірі, довірча угода) до більш прогресивної стадії — пігнуса (від лат. *pignus* — неформальна застава) і далі — до іпотеки.

При фідучії об'єкт застави переходив у власність кредитора, причому останній мав право або повернути нерухомість боржникові після виконання договору, або продати її, відмовившись від грошової вимоги.

Договір пігнуса передбачав передачу нерухомості вже не у власність, а у володіння нею як гарантію кредитного зобов'язання. Кредитор не мав права залишати предмет застави у себе і міг продати майно тільки у випадку невиконання узятих боржником зобов'язань, повертаючи різницю між продажною ціною і залишком боргу позичальникові.

Становлення класичного інституту іпотеки було пов'язано зі зміною політико-економічних умов того часу: ослаблення рабовласницького господарювання і масової передачі земель орендарям. Спочатку нова форма застави поширювалася на знаряддя праці. Пізніше в іпотеку почала передаватися і нерухомість.

При іпотеці майно залишалося у володінні боржника, а кредитор одержував право зажадати річ, що закладається, з наступним її продажем з торгів і компенсацією з вирученої суми залишку боргу позичальника. Приблизно в такому виді інститут застави існує дотепер.

В Україні як частині Російської імперії іпотечні відносини почали стрімко розвиватися після реформи 1861 р. та досягли піка свого розвитку в 1910–1915 рр. після проведення Столипінської аграрної реформи.

За радянських часів операції з іпотечного кредитування в Україні не проводилися, оскільки це суперечило принципам планової командно-адміністративної соціалістичної економіки.

В незалежній Україні першим спеціальним нормативно-правовим актом, в якому були визначені основні положення про іпотеку, став прийнятий у 1992 р. Закон «Про заставу».

Важливим етапом розвитку інституту іпотеки стало прийняття Верховною Радою України 5 червня 2003 р. Закону України «Про іпотеку». Закон визначає поняття іпотеки, іпотекодавця, майнового поручителя, іпотекодержателя. Можливість наступної іпотеки, закріпленої в законі, стало передумовою встановлення понять вищого і нижчого пріоритету.

Як вже зазначалося, законодавство з іпотеки базується на Конституції України та складається з Цивільного кодексу, Закону України «Про іпотеку» та низки інших законодавчих та підзаконних нормативних актів.

Відповідно до ч. 2 ст. 11 Цивільного кодексу України підставами виникнення цивільних прав та обов'язків, зокрема, є договори та інші правочини.

Стаття 202 Цивільного кодексу України визначає, що правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Правочини можуть бути односторонніми та дво- чи багатосторонніми (договори) [2].

Згідно з ч. 1 ст. 626 Цивільного кодексу України договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків [2].

Стаття 638 Цивільного кодексу України чітко передбачає, що договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору [2].

Таким чином укладання будь-якого договору не можливо доки не будуть узгоджені всі його істотні умови.

Істотні умови договору дозволяють більш деталізувати відносини, які виникають при його укладанні.

Як зазначають В. П. Маслов і О. А. Пушкін, істотні умови визначають обов'язковий зміст договору [3].

С. М. Бервенко зазначає, що згода за істотними умовами впливає на укладення договору [4].

К. І. Забоєв підкреслює, що сам факт укладення договору спрямований на закріплення таких умов про які домовилися сторони, з тим, аби кожна зі сторін була впевненою в тому, що інша сторона поводитиметься відповідно до цих умов, та мету договору буде досягнуто [5].

О. В. Дзера зауважує, що коли сторони досягли згоди за всіма істотними умовами, які визначені такими законом або необхідні для договорів даного виду, то договір вважається укладеним і набуває чинності для сторін. Проте, кожна із сторін може наполягати на узгодженні і таких умов, які в законі прямо не названі істотними і за своїм характером не є необхідними для даного виду договору [6].

Перейдемо до детального розгляду істотних умов іпотечного договору.

Частина 1 ст. 18 Закону України «Про іпотеку» визначає, що іпотечний договір повинен містити такі істотні умови:

1) для іпотекодавця та іпотекодержателя — юридичних осіб відомості про: — для резидентів — найменування, місцезнаходження та ідентифікаційний код в Єдиному державному реєстрі юридичних та фізичних осіб — підприємців;

— для нерезидентів — найменування, місцезнаходження та державу, де зареєстровано особу;

— для іпотекодавця та іпотекодержателя — фізичних осіб відомості про:

— для громадян України — прізвище, ім'я, по батькові, місце проживання із зазначенням адреси та індивідуальний ідентифікаційний номер у Державному реєстрі фізичних осіб — платників податків та інших обов'язкових платежів;

— для іноземців, осіб без громадянства — прізвище, ім'я, по батькові (за наявності), адресу постійного місця проживання за межами України;

2) зміст та розмір основного зобов'язання, строк і порядок його виконання та/або посилання на правочин, у якому встановлено основне зобов'язання;

3) опис предмета іпотеки, достатній для його ідентифікації, та/або його реєстраційні дані. При іпотеці земельної ділянки має зазначатися її цільове призначення;

4) посилання на видачу заставної або її відсутність.

У разі відсутності в іпотечному договорі однієї з вказаних вище істотних умов він може бути визнаний недійсним на підставі рішення суду.

Іпотечний договір може містити інші положення, зокрема визначення вартості предмета іпотеки, посилання на документ, що підтверджує право власності іпотекодавця на предмет іпотеки, відомості про обмеження та обтяження прав іпотекодавця на предмет іпотеки, визначення способу звернення стягнення на предмет іпотеки [7].

Існує думка, що спірним здається віднесення до істотних умов договору найменування сторін, дати і місця укладання договору [8].

З цією думкою не можна погодитись, оскільки, як вже зазначалося вище, істотні умови — це умови, які визначають обов'язковий зміст договору. Зміст договору — це сукупність умов (пунктів), визначених на розсуд сторін і погоджених ними, та умов, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства [9].

Тобто окрім істотних умов договору, які сторони мають погодити між собою, є істотні умови, які встановлюються законодавцем і закріплюються у відповідному нормативному акті.

Стосовно опису предмета іпотеки як істотної умови договору, то чинне законодавство містить вимоги лише щодо достатності опису предмета для його ідентифікації, його реєстраційних даних та окремо стоїть вимога про зазначення цільового призначення земельної ділянки.

Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України у п. 92 тільки зазначає, що текст договору застави (іпотеки) повинен містити істотні умови, встановлені ст. 18 Закону України «Про іпотеку» [10].

Відсутність чітко встановлених ознак, необхідних для опису предмета іпотеки, призводить як до помилок при посвідченні нотаріусами договорів іпотеки, так і до подальших проблем, які виникають на стадії звернення стягнення на майно боржника за договором.

Також спірною є норма закону стосовно того, що сторонам при укладанні



іпотечного договору дозволено не зазначати у ньому відомості про зміст та розмір основного зобов'язання, строк і порядок його виконання, обмежуючись тільки посиланням на правочин, у якому встановлено основне зобов'язання.

Великий обсяг видачі кредитів банківськими та фінансовими установами у 2006–2008 роках призвів, відповідно, до збільшення кількості іпотечних договорів, що посвідчувались нотаріусами у цей період.

Наслідком такого навантаження стало те, що більшість нотаріусів у своїй практиці посвідчення іпотечних договорів користувалися наданою законодавцем можливістю не зазначати зміст та розмір основного зобов'язання, строк та порядок його виконання обмежуючись тільки посиланням на правочин, у якому встановлено основне зобов'язання.

Такі дії у подальшому призвели до порушення майнових прав іпотекодавців — майнових поручителів, оскільки останні часто не були ознайомлені з умовами кредитних договорів.

Зважаючи на вищевикладене, було б доцільніше обов'язково зазначати у іпотечних договорах зміст та розмір основного зобов'язання, строк та порядок його виконання у тих випадках, коли іпотекодавець є майновим поручителем боржника.

Існує наукова думка, що до кола істотних умов договору належать умови, закріплені в імперативній нормі закону [11].

Така думка вважається неправильною та прямо суперечить діючому Цивільному кодексу України, оскільки відповідно до абз. 2 ч. 1 ст. 638 якого істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди [2].

Закон України «Про іпотеку» передбачає окрім істотних умов іпотечного договору також інші положення, які може містити іпотечний договір, до них, зокрема, відносяться визначення вартості предмета іпотеки та визначення способу звернення стягнення на предмет іпотеки.

Хотілося б зазначити, що саме вартість предмета іпотеки та визначення способу звернення стягнення на предмет іпотеки слід нормативно закріпити як істотні умови іпотечного договору, без зазначення яких він може бути визнаний недійсним на підставі рішення суду, оскільки від цих умов залежить порядок переходу права власності від іпотекодавця до іпотекодержателя або третіх осіб та вартість такого переходу права власності. Ці дві умови завжди хвилюють сторони при укладанні іпотечного договору та, відповідно, сторони завжди повинні досягти згоди по цих питаннях.

Таким чином, недивлячись на те, що Закон України «Про іпотеку» містить норму про істотні умови іпотечного договору, ця норма потребує подальшого вдосконалення стосовно чіткого зазначення ознак опису предмета іпотеки, які повинні зазначатися в тексті іпотечного договору, обов'язкового зазначення в тексті іпотечного договору змісту та розміру основного зобов'язання, строку та порядку його виконання, у тих випадках, коли іпотекодавець є майновим пору-

чителем боржника, та віднесення до істотних умов іпотечного договору вартості предмета іпотеки та визначення способу звернення стягнення на предмет іпотеки.

### Література

1. М'якишевська О. М. Стан та перспективи іпотечного кредитування // Фінанси України. — 2003. — № 11. — С. 113.
2. Цивільний кодекс України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://portal.rada.gov.ua>.
3. Советское гражданское право. В 2 ч. Ч. 1 / под общ. ред. В. Ф. Маслова и А. А. Пушкина. — К. : Вища шк., 1983. — С. 407.
4. Бервенко С. М. Проблеми договірної права України / С. М. Бервенко. — К. : Юрінком-Інтер, 2006. — С. 168.
5. Забоев К. И. Правовые и философские аспекты гражданско-правового договора / К. И. Забоев. — СПб. : Юрид. центр. 2003. — С. 155.
6. Зобов'язальне право / за ред. О. В. Дзери. — К. : Юрінком-Інтер, 2006. — С. 167.
7. Закон України «Про іпотеку» [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://portal.rada.gov.ua>.
8. Олюха Г. В. Істотні умови цивільно-правового договору // Вісник Вищого арбітражного суду України. — 2000. — № 3. — С. 232.
9. Харитонов Є. О. Цивільне право України : підручник. Т. 1 / Є. О. Харитонов, О. В. Старцев. — Вид. 2-ге, переробл. і допов. — К. : Істина, 2007. — С. 357.
10. Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://portal.rada.gov.ua>.
11. Красавчиков О. А. Советское гражданское право. В 2 т. Т. 1 / О. А. Красавчиков. — М. : Высш. шк., 1968. — С. 420–423.

### Анотація

*Подчаха Д. В. Істотні умови іпотечного договору. — Стаття.*

Стаття присвячена розгляду істотних умов іпотечного договору шляхом аналізу діючого законодавства України та існуючої практики укладання іпотечних договорів.

*Ключові слова:* договір, істотні умови договору, іпотека, іпотечний договір.

### Аннотация

*Подчаха Д. В. Существенные условия ипотечного договора. — Статья.*

Статья посвящена рассмотрению существенных условий ипотечного договора путем анализа действующего законодательства Украины и существующей практики заключения ипотечных договоров.

*Ключевые слова:* договор, существенные условия договора, ипотека, ипотечный договор.

### Summary

*Podchaha D. V. Essential Conditions of a Mortgage Agreement. — Article.*

The article examines the essential conditions of the mortgage contract by the analysis of the current Ukrainian legislation and practice the conclusion of mortgage contracts.

*Keywords:* contract, essential conditions of the contract, mortgage, mortgage agreement.

### ОСОБЛИВОСТІ УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРУ ПРО НАДАННЯ ПОСЛУГ АВАРІЙНОГО КОМІСАРА

Договір про надання послуг аварійного комісара сьогодні залишається новою цивільної науки та практики. Це пов'язано з низкою факторів: по-перше, існування аварійних комісарів як суб'єктів договірних відносин є досить новим явищем в господарській діяльності України, запозиченим з досвіду зарубіжних країн; по-друге, більшість аварійних комісарів у сучасних умовах діють в якості штатних працівників страхових компаній, що виключає можливість їх участі у цивільно-правових відносинах щодо надання послуг на відплатній основі; по-третє, чинне законодавство, що регулює діяльність аварійних комісарів, є недостатнім і потребує вдосконалення; по-четверте, на доктринальному рівні поняття договору про надання послуг аварійного комісара поки що не має єдиної концепції, більше того такі договірні відносини за участю аварійних комісарів у більшій мірі залишаються недослідженими взагалі. Вказані фактори призводять до хаотичного розвитку договірних відносин за участю аварійних комісарів, що у свою чергу призводить до збільшення судових спорів з цього приводу.

Особливої уваги, з нашої точки зору, заслуговує саме порядок укладення договору про надання послуг аварійного комісара. Адже специфіка діяльності аварійних комісарів вносить певні особливості у суть оферти та акцепту, визначення моменту укладення такого договору та моменту виконання зобов'язань, що впливають з його сутті.

У доктрині права порядок укладення договору розглядається як визначена правовими нормами юридико-логічна послідовність стадій встановлення цивільних прав та обов'язків, здійснених на основі інших погоджених дій осіб, звернених назустріч одна одній та виражених у різноманітних способах узгодження змісту договору [1, 3]. Іншими словами, йдеться про нормативно закріплені взаємні дії сторін, спрямовані на встановлення договірних відносин та визначення змісту договірних зобов'язань. При цьому законодавець визнає діями щодо укладення договору тільки ті, які здійснюються зовні та звернені до іншої сторони [2].

Дослідження правової природи договору про надання послуг аварійного комісара дає можливість зробити висновок, що такий договір відноситься до категорії змішаних договорів, поєднуючи в собі елементи договору підяду — отримання за фактом з'ясування причин настання страхового випадку та визначення розміру збитків визначеного результату — аварійного сертифіката, який не пов'язаний з особою виконавця і може продовжувати своє існування як індивідуально визначена річ [3], та договору про надання послуг — комплексу послуг різного характеру (забезпечення безпеки дорожнього руху шляхом виставлення аварійних знаків або натягнення аварійної стрічки; роз'яс-

нення ПДР, положень адміністративного та кримінального законодавства на місці події; надання першої медичної допомоги потерпілим тощо), які надаються в рамках кваліфікації аварійного комісара у разі настання страхового випадку. Тому до такого договору повинні застосовуватися у відповідних частинах закони та інші акти цивільного законодавства про договори, елементи яких містяться у змішаному договорі, якщо інше не випливає з угоди сторін або суті змішаного договору. З урахуванням того, що такий договір поєднав елементи вказаних типів договорів, порядок укладення яких визначений законодавством, доходимо висновку, що укладення договору про надання послуг аварійного комісара повинне здійснюватись на загальних положеннях, визначених у главах 53, 61, 63 ЦК України.

Укладення цивільно-правового договору визначається досягненням згоди, в належній формі, з усіх істотних умов. Досягнення згоди здійснюється шляхом пропозиції однієї сторони укласти договір (оферти) і прийняття пропозиції (акцепту) другою стороною (ч. 2 ст. 638 ЦК). Відповідно сторона, яка зробила пропозицію, називається оферентом, а сторона, яка прийняла її, — акцептантом.

Відповідно до ст. 641 ЦК України офертою визнається пропозиція укласти договір, яка адресована одній чи кільком особам, містить вказівку на істотні умови договору і є виявленням наміру особи, яка зробила пропозицію, вважати себе зв'язаною договором у разі її прийняття. Відповідь особи, якій адресовано оферту, про прийняття нею пропозиції визнається акцептом. Акцепт має бути повним і безумовним (ч. 1 ст. 642 ЦК України). Це означає, що акцептант повністю погоджується із тими умовами договору, які йому запропоновані в оферті, і не має будь-яких застережень щодо зробленої пропозиції [5, 154].

За загальним правилом, відповідно до ст. 646 ЦК України, відповідь про згоду укласти договір на інших, ніж було запропоновано, умовах визнається відмовою під пропозиції і водночас є новою пропозицією. Сторони в цьому разі міняються місцями: акцептант стає оферентом, а оферент — акцептантом, тому що на нову пропозицію потрібна згода колишнього оферента.

Однак, стосовно договору про надання послуг аварійного комісара, погодження умов між сторонами майбутнього договору за схемою, коли акцептант стає оферентом і навпаки, фактично не застосовується. Це пояснюється насамперед публічним характером такого договору. Суб'єкт надання послуг аварійного комісара, який є підприємцем і виступає в ролі оферента, не може, за загальним правилом, надавати переваги одному споживачеві перед іншим щодо укладення договору, а умови такого договору повинні встановлюватись рівними для всіх споживачів. Аварійний комісар, пропонуючи укласти договір і формулюючи його істотні умови, змушує потенційного послугоотримувача або повністю погодитися з ними і укласти договір, або взагалі не відгукуватися на зроблену пропозицію. Публічний характер договору про надання послуг аварійного комісара дає можливість говорити про такий договір, як про договір приєднання. Характерні риси такого договору визначаються переважно юридико-технічними чинниками і можуть бути виявлені у сфері техніки договірної роботи [6, 19]. Зміст таких договорів приєднання полягає в заробленні фор-

мулярів (стандартів) договору, який пропонується контрагенту, якому залишається прийняти запропоновані йому умови, приєднатися до них або відмовитися від вступу в договір [7, 96]. Смысл таких договорів в тому, що «в них волі однієї сторони належить виключна перевага, яка проявляється в тому, що вона диктує свої умови уже не окремому індивіду, а невизначеній кількості осіб. Але вона ж односторонньо зв'язує себе на випадок приєднання тих, хто прийме умови договору і використає зобов'язання, яким особа, яка запропонувала, зобов'язала сама себе» [8, 208].

У чинному законодавстві поняття договору приєднання визначено в ст. 634 ЦК України, згідно з яким це договір, умови якого встановлені однією із сторін у формулярах або інших стандартних формах, який може бути укладений лише шляхом приєднання другої сторони до запропонованого договору в цілому. Причому друга сторона не може запропонувати свої умови договору. Слушно зауважував свого часу ще М. І. Брагінський, що ключовими словами тут є «в цілому». Це означає: «або погоджуєшся з усім, що я тобі пропоную, або договору не буде». З урахуванням вказаної причини він стверджував, що більш правильним тут потрібно було б вживати термін «продиктований договір» (*diktierter Vertrag*) в німецькому праві. Він дає можливість відобразити обидві ознаки договорів: і те, що особа приєдналась, не маючи можливості обговорювати його умови, і одночасно те, що вона вимушена була в силу певних причин вчинити таким чином [8, 208].

Не виключено, що аварійні комісари (служби аварійних комісарів), будуючи договірні відносини, можуть використовувати договір приєднання. Здійснюючи підприємницьку діяльність, з метою спрощення та прискорення домовленостей з клієнтами, аварійні комісари можуть в односторонньому порядку визначити умови договору з урахуванням особливостей та характеру послуг, а також цін на них та сконструювати стандартний договір, а сторона, яка зацікавлена в укладенні такого договору, буде змушена погодитися з усіма запропонованими умовами і лишитися права внесення застережень та доповнень. Однак в умовах вільної конкуренції така практика матиме позитивний характер, адже аварійні комісари, як і будь-який інший суб'єкт господарювання, намагатимуться збільшити попит на свої послуги, а тому і врахувати потреби потенційних клієнтів. Тому вважаємо, що використання договору приєднання в правовідносинах за участю аварійних комісарів не приведе до встановлення монопольних зв'язків, на що звертали увагу радянські науковці, серед яких М. І. Брагінський, В. В. Вітрянський [8], Л. А. Лунц [7] та Є. А. Флейшиц [9].

Розглядаючи договірні зв'язки між аварійним комісаром та замовником послуг аварійного комісаром на стадії укладення договору, необхідно враховувати, що оферентом може виступати як замовник послуг, так і сам аварійний комісар. Вираження оферти та акцепту суттєво залежить від того, хто виступає оферентом.

Посилаючись на норми чинного законодавства, доходимо висновку, що ініціатором договірних відносин за участю аварійного комісара є все ж таки замовник послуг (страховик або страхувальник). Більше того, законодавець змушує

саме страховика виступати offernetом в договірних відносинах з аварійними комісарами. Про що, зокрема, свідчить положення ст. 34 Закону України «Про страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів», згідно з яким страховик терміново, але не пізніше трьох робочих днів (враховуючи день отримання письмового повідомлення про страховий випадок), зобов'язаний направити аварійного комісара на місце настання страхового випадку та/або до місцезнаходження пошкодженого майна для визначення причин настання страхового випадку та розміру збитків. Таке положення дає можливість зробити висновок, що страховик повинен укласти договір про надання послуг аварійного комісара завчасно, але в будь-якому випадку не пізніше трьох робочих днів з моменту отримання письмового повідомлення про страховий випадок страхувальником. Якщо ж на протязі трьох днів аварійний комісар не з'явився, потерпілий має право самостійно обрати аварійного комісара для визначення розміру шкоди. У такому випадку страховик зобов'язаний відшкодувати потерпілому витрати на проведення експертизи (ст. 34 ЗУ «Про страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів»). Тим самим страхувальник наділяється правом offerти в договірних відносинах за участю аварійних комісарів. Такі законодавчі приписи спрямовані не на звуження диспозитивності в договірних відносинах, їх роль полягає, зокрема, в захисті страхувальника як більш слабкої сторони в страхових відносинах із страховиком. Однак таке законодавче регулювання порядку укладення договору про надання послуг аварійного комісара стосується лише підрядної частини такого договору, що ж до комплексу послуг, які аварійний комісар може надавати паралельно, то тут діють абсолютно диспозитивні принципи і жодних законодавчих обмежень щодо договірного регулювання частини договору стосовно надання безпосередньо послуг аварійного комісара немає.

Новелою для чинного законодавства поки що є ситуація, коли ініціатором договірних відносин виступає аварійний комісар. Здійснюючи підприємницьку діяльність, аварійний комісар (служба аварійних комісарів) пропонує свої послуги невизначеному колу осіб, розміщуючи інформацію щодо характеру послуг та їх вартості в засобах масової інформації. Потенційному клієнту пропонується вступити в триваючі договірні відносини і тим самим гарантувати замовнику послуг, що в будь-який момент дії договору, у разі настання страхового випадку, замовник зможе скористатись послугами аварійного комісара. Причому замовником послуг може виступати як страховик, так і страхувальник. В залежності від змісту така ініціатива може набувати характеру публічної offerти або бути лише запрошенням до такої offerти. Як свідчить практика, на сьогодні ініціатива укласти договір з боку аварійних комісарів в більшості випадків все ж таки має характер запрошення до offerти, адже рекламна інформація частіше всього містить лише короткий опис послуг аварійного комісара (в більшій мірі демонструє їх необхідність у разі настання страхового випадку), інколи їх ціну та контактні телефони послугодавця (аварійного комісара або служби аварійних комісарів) і спрямована на зацікавлення потенційного

клієнта, і аж ніяк не істотні умови договору. Однак є приклади, коли пропозиція вступити в договірні відносини набуває рис публічної оферти, так, зокрема, розміщення конкретного переліку послуг аварійного комісара та їх вартості в умовах страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів або в умовах страхування транспортних засобів. В такому випадку договір буде укладеним з моменту внесення разом із страховим вкладом плати за послуги аварійного комісара. Тут мова йде про реальний тип договору про надання послуг аварійного комісара, коли запрошення вступити в договірні відносини з аварійним комісаром (оферта) пропонуються разом із страховими умовами, а сплата послуг аварійного комісара (акцепт) здійснюється разом із внесенням страхового платежу. Такі договірні відносини існують паралельно із страховими, тому збігаються і в строках дії договору страхування. Послugoотримувач перебуває у триваючих договірних відносинах із аварійним комісаром, і в будь-який момент має право вимоги щодо послуг аварійного комісара протягом дії договору страхування.

В договірних відносинах за участю аварійних комісарів заслуговує на увагу положення п. 11 Типового положення про організацію діяльності аварійних комісарів, згідно з яким підставою для з'ясування обставин і причин настання страхового випадку та визначення розміру збитків, а отже залучення аварійних комісарів для виконання договірного зобов'язання є заява страховика (страхувальника). В такій заяві в обов'язковому порядку зазначаються: дата і місце настання страхового випадку; відомості про настання страхового випадку; дата і місце страхування, номер полісу; завдання, яке повинен виконати аварійний комісар; дата і місце складання заяви; перелік матеріалів, що додаються.

Виникає питання: «Яка правова роль такої заяви і чи можна її визнати офертою в договірних відносинах за участю аварійного комісара?» На основі дослідження договірних відносин за участю аварійних комісарів та положень законодавства, які встановлюють вимоги до оферти, доходимо висновку. В цілому така заява може бути визнана офертою, якщо до моменту її подання між сторонами відбувались переговори щодо істотних умов договору про надання послуг аварійного комісара. Така заява може бути як письмовою (пред'явлення письмового документу, який відображає суть заяви), так і усною (безпосереднє повідомлення аварійного комісара або по телефону всіх необхідних для такої заяви відомостей). І хоча така заява не включає всіх істотних умов договору (зокрема, що стосується ціни та порядку оплати послуг, строку та порядку прийому-передачі аварійного сертифіката, тощо), вона містить прохання аварійного комісара вступити в договірні відносини на умовах та правилах надання послуг аварійного комісара, які обговорювались під час переговорів. Відповідно вона є підставою здійснення аварійним комісаром договірного зобов'язання, суть якого була обумовлена в усній формі під час переговорів. Тут мова йде про усну форму договору про надання послуг аварійного комісара, де заява є волевиявленням особи і підтвердженням її готовності вступити в договірні відносини.

Що ж стосується тривалих договірних відносин, які існують на основі підприємницького договору, укладеного в письмовій формі (незалежно від того

шляхом приєднання чи взаємного узгодження умов договору), наприклад на рік, то така заява не може визнаватись офертою договору. Це пояснюється тим, що договірні відносини уже існують, замовник послуг здійснив оплату, а аварійний комісар знаходиться в стані очікування страхового випадку, а відповідно і моменту здійснення своєї діяльності. В таких договірних відносинах заява набуває значання не оферти, а повідомлення про настання такого моменту. Причому у договорі зазвичай передбачають умову, згідно з якою за кожен виклик аварійного комісара на страховий випадок замовник послуг окрім абон-плати здійснює додаткову виплату відповідно до домовленості. Відповідно таким договором передбачається необмежена кількість виїздів аварійного комісара, на відміну від ситуації, коли заява є офертою, де про кожен виїзд необхідно говорити як про окремий договір. Ця особливість стосується і оплати послуг. В першому випадку оплата здійснюється до моменту надання послуг, в другому після надання послуг аварійним комісаром.

Заслужує на увагу і питання моменту укладення договору про надання послуг аварійного комісара. Посилаючись на принцип свободи договору, сторони самостійно вирішують це питання. Однак змішаний характер такого договору створює певні особливості щодо моменту його укладення. Так, коли говоримо про підрядну частину зобов'язання аварійного комісара, то тут момент укладення договору може як передувати настанню страхового випадку, так і наступити після страхового випадку (але не пізніше трьох днів з моменту заявлення страхувальником про настання страхового випадку). Що ж стосується комплексу послуг, які надаються аварійним комісаром під час настання страхового випадку (перша медична допомога, психологічна підтримка потерпілих, евакуація транспортного засобу, забезпечення безпеки руху інших транспортних засобів тощо), то тут необхідно говорити про їх цінність саме в момент настання страхового випадку. Відповідно дана частина зобов'язання повинна бути обумовлена сторонами до моменту настання страхового випадку, і договір в будь-якому випадку повинен бути укладений на перспективу.

Підсумовуючи сказане, доходимо висновку, що чітке розуміння особливостей оферти та акцепту, моменту укладення договору та моменту виконання зобов'язання, що впливає з нього, дасть можливість сторонам договору про надання послуг аварійного комісара уникати непорозумінь та сприятиме удосконаленню партнерських відносин у сфері надання послуг аварійного комісара.

### *Література*

1. Бородовський С. О. Укладення, зміна та розірвання договору у цивільному праві України : дис. ... канд. юрид. наук / С. О. Бородовський. — К., 2005. — 209 с.
2. Хозяйственный договор. Общие положения / отв. ред. Д. Н. Сафиуллин. — Свердловск : Свердлов. юрид. ин-т им. Р. Руденко. — 30 с.
3. Постанова кабінету міністрів України «Про затвердження Типового положення про організацію діяльності аварійних комісарів» від 5 січня 1998 року, № 8.
4. Цивільний кодекс України : за станом на 15 січ. 2008 р. — Х. : Одіссей, 2008. — 423 с. — (Серія «Законодавство України»).
5. Цивільне право України : підручник. В 2 т. Т. 2 / за ред. Є. О. Харитонов, Н. Ю. Голубевої. — Х. : Одіссей, 2008. — 872 с.



6. Витрянский В. В. Общее положение о договоре // Хозяйство и право. — 1995. — № 2. — С. 3–25/
7. Лунц Л. А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве / Л. А. Лунц. — М. : Статут, 1999. — 352 с. — (Серия «Классика российской цивилистики»).
8. Брагинский М. И. Договорное право. Общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. — М. : Статут, 1998. — 682 с.
9. Флейшиц Е. А. Буржуазное гражданское право на службе монополистического капитала / Е. А. Флейшиц. — М. : Юриздат, 1948. — 38 с.
10. Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів : Закон України від 2005 р. № 1-ВР [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1961-15>.

### Анотація

**Приходько А. А.** Особливості укладення договору про надання послуг аварійного комісара. — Стаття.

На основі аналізу цивільного законодавства та особливостей діяльності аварійних комісарів в Україні встановлено особливості укладення договору про надання послуг аварійного комісара. З'ясовано суть оферти та акцепту вказаного договору, а також розмежовано момент укладення та виконання такого договору.

**Ключові слова:** договір про надання послуг аварійного комісара, укладення договору, оферта, акцепт, договір приєднання, заява.

### Аннотация

**Приходько А. А.** Особенности заключения договора о предоставлении услуг аварийного комиссара. — Статья.

На основе анализа гражданского законодательства и особенностей деятельности аварийных комиссаров в Украине установлены особенности заключения договора о предоставлении услуг аварийного комиссара. Выяснена суть оферты и акцепта указанного договора, а также разграничены момент заключения и выполнения такого договора.

**Ключевые слова:** договор об оказании услуг аварийного комиссара, заключение договора, оферта, акцепт, договор присоединения, заявление.

### Summary

**Prikhodko A. A.** Features of Conclusion of the Contract on Rendering of Services of the Average Adjuster. — Article.

Based on the analysis of civil law and features of activity of the average adjuster in Ukraine the features of conclusion of the contract on rendering of services of the average adjuster are established. Essence of offer and acceptance of the indicated contract is found out, and moment of conclusion and implementation of such contract are differentiated also.

**Keywords:** contract for emergency services commissioner, contract, offer, acceptance, accession agreement, the statement.

### ПОСЛУГА ЯК ОБ'ЄКТ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ

З питання про об'єкт цивільного правовідношення в літературі висловлюються різні думки. Одні автори вважають, що як об'єкт цивільного правовідношення завжди виступають речі. Тим часом речі не здатні реагувати на дію з боку правовідношення як певного роду зв'язку між людьми. Сама по собі взаємодія між людьми не може привести до яких-небудь змін в речах. Лише поведінка людини, направлена на річ, здатна викликати в ній відповідні зміни. Інші автори вважають, що об'єкт цивільного правовідношення утворює поведінку людини. Проте не всяка поведінка людини складає об'єкт правовідношення. Так, не можна розглядати як об'єкт поведінку людей в процесі їх взаємодії в рамках існуючого між ними правовідношення. Ця поведінка складає зміст цивільного правовідношення. Тільки поведінка суб'єктів цивільного правовідношення, направлена на різного роду матеріальні і нематеріальні цінності, може виступати як об'єкт цивільного правовідношення. По викладених вище причинах не можна розглядати як об'єкт цивільного правовідношення самі матеріальні, духовні і інші блага: речі, продукти творчої діяльності, дії людей, результати дій і т. д., як вважають деякі автори [1, 32–34].

Проте цивільне законодавство України декілька спрощує наведену нами систему цивільно-правового регулювання, встановлюючи, що як об'єкт цивільного відношення повинна розглядатися не поведінка його суб'єктів, а то, на що ця поведінка направлена [2, 255]. В цілому така позиція цілком виправдана, так для реального регулювання цивільних відносин має значення лише кінцевий результат механізму соціальної взаємодії. Аналіз поведінки учасників детально розглядається в кожному конкретному виді зобов'язань, тому не виділяється в законі як безпосередній об'єкт цивільного правовідношення [3, 294–295].

Щоб обґрунтувати або спростувати самостійність такого виду цивільно-правових зобов'язань, як зобов'язання по наданню послуг, необхідно встановити, що ж є послуга як економічна категорія.

Всі численні відносини, регульовані зобов'язальним правом, охоплюються поняттям відносин економічного обороту. Загальним для них є те, що вони так або інакше пов'язані з товарним переміщенням матеріальних благ у вигляді речей, грошей, робіт, послуг і т. п., з приводу яких люди вступають у відносини з метою задоволення своїх потреб. Послуги, як і роботи і речі, служать задоволенню життєвих потреб людини і в цій якості володіють загальною властивістю — споживною вартістю. Проте з погляду економічного змісту послуги володіють певними особливостями, що і обумовлює самостійне правове регулювання зобов'язальних відносин, в рамках яких ці послуги надаються.

Послуга — це дія, що приносить користь, допомога іншому, тим самим надаючи значення двом взаємозв'язаним складовим: меті, на досягнення якої

послуга направлена (користь, допомога), і засобам досягнення цієї мети (здійснення тим, хто надає послугу, дії) [4, 228].

Послугу складають доцільні дії. Ці дії, будучи відповідними цілі, здійснюються в необхідному і достатньому об'ємі. Пороки змісту і об'єму, дій, що робляться для виконання послуги, віддаляють або роблять неможливим досягнення мети, ради якої одержувач удався до цієї послуги. До послуг відносять види корисної діяльності, які не створюють матеріальних цінностей, тобто головним критерієм віднесення тієї або іншої діяльності до послуг служить невідчутний, невидимий характер вироблюваного в даній сфері продукту [5, 8].

Економічна корисність робить послугу предметом купівлі-продажу, разом з товарами і роботами. Послуга є продуктом, вироблюваним з метою обміну на гроші, тобто послуга володіє міноюю вартістю [6, 38].

В економічному обороті надання послуг є діяльністю по виробництву і реалізації цього продукту.

Згідно з п. 1 ст. 901 ЦК України послугою є здійснення певних дій або здійснення певної діяльності [7, 356].

Для того, хто надає послугу, дія, що становить її, є роботою, а той, кому вона, виявляється, одержує щось відмінне від результату роботи — «непередаване, нерозривно пов'язане з діяльністю благо» [8, 76] із «споживанням корисного ефекту в процесі надання послуги». Результат роботи, окрім як своїм походженням, нічим не пов'язаний з її процесом і може вільно міняти володаря; в результаті отримання послуги виходить якесь благо, невіддільне від процесу його створення і споживане тільки його набувальником. Робота полягає у виготовленні або переробці (обробці) речі з передачею результату роботи (тобто виготовленого виробу) замовнику (901 ГК). Результат роботи може «по-перше, існувати окремо від виконавця роботи, а по-друге, може бути гарантований виконавцем...» [2, 310]. Для послуги характерна «відсутність в упередженій формі результату виконаної роботи» [9, 392]. «Тут йдеться про нематеріальні послуги, результат яких хоч і має товарну форму, але не існує окремо від виконавця, а сама послуга, по суті, споживається замовником одночасно з її наданням виконавцем. Таке положення виключає можливість виникнення для замовника речових прав на результат послуги...».

Віднесення послуг до розряду благ не викликає заперечень, а ось вказівка на те, що воно служить засобом задоволення потреб, надмірно. У філософії під благом розуміють «предмет або явище, що задовольняє певну людську потребу» [10, 297].

Надання послуги не припускає ні створення речі, ні її подальшої передачі одержувачу. Якщо не уявляється можливим ґрунтуватися на відчутному результаті послуги, слід скористатися критерієм її ефекту, досяжного у межах можливої ефективності дій складових змісту послуги.

Послуга повинна спричинити настання такого корисного ефекту, який в існуючих межах ефективності послуги досяжний в звичайних умовах, тобто коли фактично досягнутий корисний ефект послуги доступний передбаченню в наперед відомому ряду інших можливих ефектів.

Звичайними є типові, штатні умови надання послуг відповідного виду. Звичайні умови несумісні з екстремальною обстановкою. Обставини, властиві звичайним умовам, відтворюються з незначними відхиленнями кожного разу при наданні послуг конкретного виду. У разі істотного відхилення в обставинах надання послуг звичайні умови порушуються. Ці відхилення можуть бути випадковими, такими, що повторюються, і стійкими. Зміни обставин по незалежних від виконавця послуги причинах вимагають припинення виробництва послуг — не окремої з них, а всіх — на період дії цих обставин аж до відновлення звичайних умов. Відхилення від звичайних умов з вини виконавця послуги припускає його відповідальність, якщо впливає на ефективність послуги або відобразилася на фактично досягнутому її ефекті у конкретного одержувача.

Таким чином, послуга не має кінцевого результату. Юридичним підсумком послуги є момент закінчення складових її дій. Фактичний підсумок пов'язаний з моментом прояву корисного ефекту зроблених дій.

Ступінь корисності досягнутого ефекту залежить не від довершених дій, якщо дотримана технологія їх здійснення, а від доступності отримання більш вираженого або іншого ефекту за допомогою цих дій. Не можна одержати ефект, який недосяжний при здійсненні конкретних дій. Досить поширена думка про послуги як результати діяльності. Так, С. С. Алексєєв відзначав, що послуги — це «не сама по собі діяльність, а певний результат» Н. П. Індюков також стверджував, що «благом може бути тільки результат праці (діяльності)», але при цьому специфіку результату він бачить в тому, що цей результат існує у формі позитивного ефекту, практично невіддільного від діяльності [11]. На думку М. В. Кротова, послуга може бути об'єктом як цивільного, так і трудового правовідношення. Об'єктом трудового правовідношення є послуга як процес обслуговування, а цивільного — послуга як продукт праці.

Проте послугу він визначав як «діяльність громадянина або організації, споживана в процесі її здійснення, продукт якої не має упредметненого виразу». З наведених визначень видно, що розгляд послуг як результату діяльності у відриві від самої діяльності є непродуктивним, оскільки зрештою всі ці автори визначали послуги через діяльність.

Найбільшу підтримку в літературі одержало визначення послуги як діяльності, що не має упредметненого результату. О. С. Йоффе указував на те, що в договорі послуг йде мова «про діяльність таких видів, які не одержують або не обов'язково повинні одержати втілення в матеріалізованому, а тим більше в упредметненому результаті» [12, 419].

Е. Д. Шешенін виділяв такі ознаки послуги:

- а) це діяльність особи (юридичного або фізичного), що надає послугу;
- б) надання послуги не залишає речовинного результату;
- в) корисний ефект послуги (діяльності) споживається в процесі надання послуги, а споживна вартість послуги зникає».

Відсутність упредметненого результату як основна ознака послуг використовувалася і для їх відмежування від роботи. У зв'язку з цим проблема співвідно-

шення робіт і послуг, а отже, і співвідношення договору підряду і договору по наданню послуг, придбали самостійне значення в дискусії про поняття послуг.

Саме по цьому шляху пішов Д. І. Степанов, виділивши такі ознаки послуги:

- сукупність дій, що послідовно змінюють або доповнюють одна одну, складає поведінкову характеристику послуги;

- послуга не має речовинного результату, як операція володіє властивістю невідчутності;

- трудність відособлення і невіддільність від джерела;

- послуга, що надається конкретною людиною або співтовариством, індивідуалізується, стає певною мірою унікальною, ексклюзивною, хоч і продовжує відноситися до конкретного виду діяльності [13, 16–17].

Автор виходячи з наведених раніше ознак сформулював таке визначення послуг: «Послуги — різновид об'єктів цивільних правовідносин, що виражаються у вигляді певної правомірної операції, тобто у вигляді ряду доцільних дій виконавця, або в діяльності, що є об'єктом зобов'язання, що має нематеріальний ефект, нестійкий речовинний результат або упредметнений результат, пов'язаний з іншими договірними відносинами, і що характеризується властивостями здійсненності, невіддільності від джерела, моментального споживання, неформалізованої якості».

Дане поняття послуг досить об'ємне за змістом, але воно не дозволяє з достатнім ступенем визначеності відмежувати послуги від інших цивільно-правових явищ, зокрема робіт. Пропонований критерій розмежування робіт і послуг — проведення необоротної специфікації матеріалів (нематеріальної речі) суперечить загальноприйнятому в доктрині і закріпленому в законодавстві розумінню роботи як діяльності по виготовленню або переробці (обробці) речі. Наявність необоротної специфікації передбачається тільки при виготовленні речі, а при переробці і тим більше обробці речі цього не вимагається.

Сумніви в прийнятності даного критерію викликають і спроби Д. І. Степанова на його основі розмежувати діяльність по ремонту на роботи і послуги. До робіт він відносить тільки ремонт будівель і приміщень, а до послуг — діяльність по ремонту устаткування, побутової техніки, інструментів, ювелірних виробів. При цьому автор приводить таке аргументування: «Фактично виробництво такого ремонту має матеріальний результат, формально це робота, але результат цей несумісний і несумірний з результатом специфікації, він часто такий незначний, що насилу можна говорити про переробку або обробку. При цьому операції по ремонту побутової техніки і дрібних побутових приладів так часто виникають в господарському обороті, що їх цілком можна віднести до послуг. У такому разі ці операції можуть мати два режими правового регулювання: один — як роботи, другий — як послуги». Послідовне застосування Д. І. Степановим вказаного критерію примушує його вдаватися і до інших обмовок.

Зокрема, виділяючи такий критерій, як послуги — напівроботи або «так звані послуги», що мають нестійкий речовинний результат, він вимушений визнати, що для них «є типовим відсутність ознаки невідчутності, а в деяких

випадках — моментальність споживання», хоча остання ознака включена в поняття послуги як універсальна.

Відсутність в радянському цивільному законодавстві диференціації правового регулювання відносин по виконанню робіт і наданню послуг дозволяла розглядати послуги як різновид роботи. Так, І. Л. Брауде стверджував, що «робота може полягати у виготовленні якої-небудь речі або в наданні послуг» [14, 221].

У цивілістичній літературі висловлювалася і прямо протилежна думка про роботу як різновиди послуги. Н. А. Барінов об'єднав в понятті послуги і виконання робіт, і надання послуг, вказавши, що «одні послуги утілюються в споживних вартостях речей» [15, 1].

Обґрунтовувавши необхідність законодавчого закріплення нового типа договору — договору по наданню послуг, Е. Д. Шешенін наполягав на необхідності розмежування робіт і послуг. Визнаючи єдність економічної суті послуг, він, проте, підкреслював ділення послуг з результату діяльності, які або утілюються в речах, або не існують окремо від виконавців. Відповідно, на його думку, «послуги першого роду є предметом підрядних зобов'язань, а послуги другого роду — предметами договорів, що породжують зобов'язання по наданню послуг».

Оскільки зміст будь-якого поняття складає сукупність істотних ознак, виявлення ознак послуг уявляється надзвичайно важливим завданням.

Своїм змістом послуга має дії — дії, направлені на задоволення суб'єктивної потреби її одержувача. При цьому самі дії носять об'єктивний характер. Вони наповнені певним змістом і виконуються в згідному меті послуги об'ємі. Суб'єктивна потреба одержувача послуги задовольняється в тій мірі, в якій поставлену мету можуть досягти відповідного змісту дії, здійснювані в необхідному об'ємі.

Зміст таких дій визначає вид послуги, а їх об'єм — вартість (ціну) послуги. Об'єм складових послугу дій — категорія, що кореспондує категорії оплати послуги. Здійснення дій меншого об'єму припускає пропорційно меншу величину платні за послугу.

Проте послуга володіє ознаками завершеності складових її дій. Не є послугою сукупність дій, закінчених до моменту продовження дій, після якого не впливає на характер і величину корисного ефекту. До певного моменту такі дії доцільні, після — даремні. У цьому сенсі послуга володіє ознакою необхідної достатності складових її дій, що мають самостійне значення лише у вичерпній їх сукупності, цілісності.

З іншого боку, продовження доцільних дій після завершення послуги може мати місце. Їх доцільність визначається іншим вектором додатку тих же дій або іншими діями. Послідовні (однакові) або паралельні (різні) послуги можуть виявлятися впродовж певного періоду часу (місяць, рік, декілька років або десятиліть), в цьому полягає обслуговування. Обслуговування — це сукупність послуг, але не єдина (що триває поетапно або одноразово багатокomпонентна) послуга. Послуга в процесі обслуговування — порційно-дискретний його елемент, що володіє ознаками завершеності і відмежований від суміжних елементів.

Таким чином, в цивілістичній літературі не тільки не сформувалося єдиного загальноновизнаного поняття послуг, але і не була запропонована така концепція послуг, яка дозволила б розкрити суть даної цивільно-правової категорії і відмежувати її від інших правових явищ, перш за все, від робіт.

У юридичній літературі не без підстав свого часу було виражене негативне ставлення до різкого зіставлення в цивільному праві понять «послуга» і «робота». Послугою є дія, що надає допомогу, користь іншому, а роботою — заняття якою-небудь справою, застосування своєї праці. Кожна послуга стає об'єктом цивільно-правового зобов'язання тоді, коли виражається в якій-небудь роботі, а робота — коли вона приймає форму надання послуги.

Уявляється, що складність розробки поняття «послуги» полягає, в першу чергу, у відсутності єдиного розуміння економічної суті даного явища.

В економічній науці послуги розуміються і як вид діяльності, і як вид економічного блага. Виходячи з цього, можна припустити, що кожне з цих значень опосередковується адекватною правовою формою.

Отже, навряд чи можливо виробити якесь єдине поняття, що охоплює обидва ці значення послуг. Саме цим можуть пояснюватися невдачі вчених цивілістів при формуванні поняття «послуги» як цивільно-правової категорії. Тому доцільно розмежувати правові поняття послуг виходячи з їх економічного змісту.

Послуги як вид діяльності є групою суспільних відносин, що складаються в процесі задоволення потреб учасників майнового обороту. Суспільні відносини певного виду в теорії права, у тому числі і цивільного, розглядаються як об'єкт правового регулювання. Відповідно, послуги як вид діяльності є об'єктом правового регулювання.

### Література

1. Гражданское право России : курс лекций / под ред. О. Н. Садикова. — М. : Юрид. лит., 1996.
2. Гражданское право : учебник. В 3 т. Т. 1 / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М., 2002.
3. Гражданское право : учебник. В 2 т. Т. 1 / под ред. Е. А. Суханова. — М., 2000.
4. Брагинский М. И. Договор подряда и подобные ему договоры / М. И. Брагинский. — М. : Статут, 1999.
5. Маркова В. Д. Маркетинг услуг / В. Д. Маркова. — М. : Финансы и статистика, 1996.
6. Основы предпринимательской деятельности / под ред. В. М. Власовой. — М. : Финансы и статистика, 1995.
7. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січ. 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40–44.
8. Кротов М. В. Зобов'язання по наданню послуг в радянському цивільному праві / М. В. Кротов. — Л., 1990 ; Кабатов В. А. Возмездное оказание услуг // Гражданский кодекс РФ. Ч. 2. — М., 1996.
9. Тихомиров А. В. Организационные начала публичного регулирования рынка медицинских услуг / А. В. Тихомиров. — М. : Статут, 2001.
10. Алексеев С. С. Об объекте права и правоотношения // Вопросы общей теории советского права. — М., 1960.
11. Индюков Н. П. Услуга как объект гражданских правоотношений / Н. П. Индюков. — Свердловск, 1978.
12. Иоффе О. С. Обязательственное право / О. С. Иоффе. — М., 1975.
13. Степанов Д. И. Услуги как объект гражданского права / Д. И. Степанов. — М., 2005.
14. Брауде И. Л. Договор подряда // Отдельные виды обязательств. — М., 1954.

15. Баринов М. А. Права граждан по договору бытового заказа и их защита / М. А. Баринов. — М., 1973.

### Анотація

*Степанович Д. Г. Послуга як об'єкт цивільних прав. — Стаття.*

У правотворчій діяльності приділяється велика увага категорії послуг, у цивільному законодавстві з'являється новий вид договорів про надання послуг, раніше невідомий вітчизняному правопорядку. Прояв аналогічної тенденції наголошується дослідниками в зарубіжних державах, де в даний час стрімко зростає частка послуг в майновому обороті, витісняючи торгівлю матеріальними речами і технологією, у зв'язку з чим дана стаття присвячена дослідженню поняття «послуга» як об'єкт цивільних прав. Згідно з новоприйнятою цивільною кодифікацією послуги є з одним із різновидів об'єктів цивільних прав, саме стосовно послуг як об'єктів виникають різноманітні зобов'язальні цивільні правовідносини, з урахуванням чого виникає питання щодо оптимальності існуючого правового режиму регулювання послуг та його відповідності реаліям сьогодення. Послуга є значним досягненням процесу нормотворення та загального розвитку теорії послуг в юридичній науці. Відсутність єдиного підходу до розуміння змісту, обсягу та класифікації послуг в економічній і правовій науці є лейтмотивом праць більшості науковців.

*Ключові слова:* послуга, дія, діяльність, зобов'язання, робота, економічна категорія, благо, вартість, обслуговування, операція, типові умови.

### Анотация

*Степанович Д. Г. Услуга как объект гражданских прав. — Статья.*

В правотворческой деятельности уделяется большое внимание категории услуг, в гражданском законодательстве появляется новый вид договоров о предоставлении услуг, раньше неизвестный отечественному правопорядку. Проявление аналогичной тенденции отмечается исследователями в зарубежных государствах, где в настоящее время стремительно растет частица услуг в имущественном обороте, вытесняя торговлю материальными вещами и технологией, в связи с чем данная статья посвящена исследованию понятия «услуга» как объект гражданских прав. Согласно новопринятой гражданской кодификации услуга является одной из разновидностей объектов гражданских прав, именно относительно услуг как объектов возникают многообразные обязательственные гражданские правоотношения, с учетом чего возникает вопрос относительно оптимума существующего правового режима регуляции услуг и его соответствия реалиям настоящего. Услуга является значительным достижением процесса нормативного производства и общего развития теории услуг в юридической науке. Отсутствие единственного подхода к пониманию содержания, объема и классификации услуг в экономической и правовой науке является лейтмотивом трудов большинства научных работников.

*Ключевые слова:* услуга, действие, деятельность, обязательство, работа, экономическая категория, благо, стоимость, обслуживание, операция, типичные условия.

### Summary

*Stepanovich D. G. Service As Object of the Civil Rights. — Article.*

In a law-making activity the great attention of a category of services is given to activity, in the civil legislation there is a new kind of contracts on granting of the services, earlier unknown to the domestic law and order. Display of a similar tendency is marked by researchers in the foreign states where now the particle of services promptly grows in a property turn, forcing out trade in material things and technology in this connection, given article is devoted research to concept «service», as object of the civil rights. According to with new accepted civil codification services is from one of versions of objects of the civil rights, concerning services as objects arise diverse obligations civil правоотношения taking into account what, there is a question concerning an optimum of an existing legal regime of regulation of services and its conformity a present reality. Service is considerable achievement of process manufacture and the general development of the theory of services in jurisprudence. Absence of the unique approach to understanding of the maintenance, volume and classification of services in an economic and legal science is the basic leitmotif of works of the majority of science officers.

*Keywords:* service, action, activity, the obligation, work, an economic category, the blessing, cost, service, the operation, typical conditions.



### ДО ПИТАННЯ ПРО СИСТЕМАТИЗАЦІЮ ДОГОВОРІВ У СФЕРІ ПРОФЕСІЙНОГО СПОРТУ

Актуальність дослідження цивільно-договірного аспекту регулювання професійно-спортивних відносин, а саме підходів до систематизації договорів, які опосередковують ці відносини, зумовлена зростаючим значенням договору як юридичної форми правового зв'язку між суб'єктами ринку та ефективного засобу впливу на економіку за умови її глобалізації, потужним сектором якої на сьогодні усе впевненіше стає професійний спорт. Потреба легалізації цілої низки договорів, що широко використовуються у практиці взаємодії професійних спортивних організацій та професійних спортсменів, але не врегульовані чинним ЦК України, зумовлена їх зростаючою питомою вагою.

Метою дослідження є вивчення поняття, видів, основних підходів до класифікації та систематизації цивільно-правових договорів, які регулюють професійно-спортивні відносини.

Виклад основного матеріалу. Питання про види (систему) договорів вже тривалий час є досить дискусійним і неоднозначним в науці цивільного права. Це пов'язано зі складною їх структурою та значною кількістю різновидів. Проте якщо виходити з того, що саме цивільне право є системним, то і системними є його складові частини, у тому числі й договірне право.

Система цивільно-правових договорів як єдина система за складними взаємозв'язками її елементів характерна як внутрішньою єдністю, так і диференціацією договірних відносин, що зумовлена особливостями конкретних майнових відносин, опосередкованих договорами [1, 639].

Згідно з визначенням тлумачного словника, систематизація — це розумова діяльність, в процесі якої досліджувані об'єкти організується у певну систему на підставі обраного принципу. Важливішим видом систематизації є класифікація, тобто розподіл об'єктів за групами на підставі встановлення подібностей та відмінностей між ними [2, 37–38].

Аналізуючи підходи до класифікацій, які застосовуються у філософії, можна зробити висновок, що класифікація договорів може проводитись двома способами: складним (структурна систематизація) та простим (групування). Остання в свою чергу проводиться дихотомічно з утворенням парних груп або з використанням однорядної системи, яка складається з необмеженої кількості паралельних груп договорів [3]. Класифікацію цивільно-правових договорів проводять за загальною метою чи спрямуванням сфери правового регулювання (передача майна, виконання робіт, надання послуг, досягнення корпоративного інтересу тощо), специфікою реалізації мети, правовим становищем сторін, приналежністю до певного типу чи виду тощо. Структурна класифікація договорів може мати такий вигляд: 1) класифікація на основі використання тільки економічних критеріїв (С. І. Аскназій, Г. М. Амфітеатров, А. М. Гранберг);

2) класифікація із застосуванням тільки юридичних критеріїв (М. В. Гордон, О. О. Красавчиков, В. В. Луць); 3) класифікація на основі комбінованого критерію, що поєднує економічні та юридичні чинники (О. С. Йоффе, О. А. Пушкін, Р. Б. Шишка, А. Ю. Кабалкін); 4) багатоступенева класифікація з поетапним використанням юридичних або економічних чинників (М. І. Брагінський, В. В. Вітрианський, М. Д. Єгоров, Ю. В. Романець) [4]. Зокрема, послідовником застосування комбінованого підходу був О. С. Йоффе, який виділяв дев'ять груп договірних зобов'язань [3, 465]. М. Д. Єгоров залежно від характеру переміщення матеріальних благ на підставі цивільно-правового договору виділив: договори з реалізації майна, зобов'язання про надання майна у користування, зобов'язання з виконання робіт, зобов'язання з перевезення, зобов'язання з надання послуг, зобов'язання щодо розрахунків і кредитування, зобов'язання зі страхування, зобов'язання щодо сумісної діяльності, змішані зобов'язання [5, 420].

Класифікацію цивільно-правових договорів можна здійснювати і за належністю їх до певного типу, виду (різновиду) або змішаного договору. На думку О. С. Йоффе, договірний тип виділяється за специфікою матеріальних відносин, що опосередковуються договором або колом юридичних умов, об'єктивно необхідних для утворення даного договірного зобов'язання. Коли ж договори подібні як за покладеними в їх основу матеріальними відносинами, так і за істотними умовами, вони співвідносяться між собою як різновиди одного і того ж договірного типу. Якщо ж укладений договір опосередковує два або кілька різнорідних відносин та об'єднує умови, об'єктивно необхідні для формування зобов'язань різних типів, він стає змішаним договором [3]. Все більшого поширення набуває поділ договорів за сферою застосування чи за предметом. Усе це ускладнює підходи до систематизації договорів.

Систематизація проводиться не заради систематизації, але виділення раціонального зерна на основі заданості, а систематизація договорів зумовлена певною метою. Проведення систематизації договорів у нашому дослідженні має на меті, по-перше, визначити місце договорів, які набули найбільшого поширення в професійній спортивній діяльності, виділити їх групові (видові) характеристики та особливості, зумовлені специфікою та сферою застосування.

Останнім часом в юридичній практиці з'явилась низка договорів, які майже не відомі за своєю правовою природою. І якщо для традиційних сфер регулювання суспільних відносин (підприємницька діяльність, шлюбно-сімейні, кредитно-грошові та зовнішньоекономічні відносини) такі не поіменовані договори сприймаються як «новинки», то для сфери спортивних відносин це є нормою їх опосередкування шляхом укладення «не поіменованих» в цивільному законодавстві договорів. Зокрема, це стосується трансферних контрактів — договорів про перехід спортсмена із однієї спортивної організації до іншої. Відомий трансферний договір і як договір між розташованими у різних країнах спорідненими компаніями міжнародної монополії як різновид внутрішньо-фірменного обміну, передача права власності за іменними акціями та іншими цінними паперами однією особою на користь іншої шляхом відповідного надпису (індосаменту) [6, 71]. Трансферні угоди мають свої особливості і здебіль-

шого врегульовані на рівні міжнародних спортивних організацій. У професійно-спортивній діяльності трансферним контрактом пропонується визнавати домовленість двох сторін (спортивних клубів), відповідно до якої одна сторона зобов'язується забезпечити перехід спортсмена до складу команди іншої сторони, а друга сторона зобов'язується сплатити за це обумовлену у контракті грошову суму [7, 5].

Досить цікавими є чірлідінг-договори з надання чірлідінгових послуг професійними чи іншими танцювальними групами для розігріву глядачів під час спортивних змагань чи інших заходів масового характеру. Широкого використання набули й агентські договори — договори між принципалом та агентом, за яким агент зобов'язується учиняти фактичні та юридичні дії, пов'язані з продажем чи придбанням товару на обумовленій території за рахунок і від імені принципала, а принципал повинен прийняти виконане та сплатити агенту агентську винагороду. Здебільшого агентські договори передбачають тривале співробітництво між принципалом та агентом і є довготривалими зв'язками між ними. Особливо справедливо останнє твердження стосовно агентських договорів, які укладаються агентом із професійними спортсменами та спортивними клубами. Основне призначення таких договорів у професійному спорті — це забезпечення участі професійних спортсменів у професійній спортивній діяльності. При цьому особи, які надають посередницькі послуги у сфері професійного спорту («спортивні агенти»), як сторона даних договорів, здійснюють як фактичні, так і юридичні дії. Фактичні — це дії з дослідження «трансферного ринку», ведення переговорів з професійними спортивними клубами про можливість укладення договорів (контрактів) зі спортсменами-професіоналами про їх професійну спортивну діяльність тощо; юридичні — укладення договорів (контрактів) від імені спортсменів-професіоналів зі спортивними клубами тощо. Особливості укладення та змісту агентських договорів стосовно кожного окремого виду спорту регулюються спортивними регламентами, і можуть стосуватися строку дії (наприклад, в футболі він складає два роки без можливості пролонгації), умов пов'язаних із розрахунком та здійсненням оплати послуг агента тощо [8, 573–574].

На підставі аналізу запропонованих в літературі підходів до класифікації договорів у сфері професійно-спортивної діяльності, слід відзначити їх небагато чисельність. Пояснюється це різноманітністю та особливостями суспільних відносин, які виникають у зазначеній сфері, і потребують регулювання нормами цивільного права. Звідси й складність у побудові чіткої, цільної, логічно завершеної та несуперечливої системи. І доводиться визнати практичну неможливість побудувати таку систему, яка включала б всі можливі договори, і при цьому відповідала всім вимогам до її побудови. До того ж ми обмежуємося дослідженням лише цивільних професійно-спортивних відносин. Зважаючи на той факт, що діюче законодавство не передбачає легальної дефініції професійно-спортивної діяльності, ми погоджуємося з тими авторами, які розуміють її як самостійну, ініціативну, систематичну, на власний ризик діяльність у сфері спорту з організації спортивних заходів, наділених особливою відвищністю,

спрямованою на задоволення інтересів спортивних організацій, спортсменів-професіоналів та глядачів і систематичне отримання прибутку від користування майном, продажу квитків, виконання робіт і надання послуг тощо [7, 5].

У літературі пропонувалося поділяти цивільно-правові договори у сфері професійно-спортивної діяльності на організаційні, які забезпечують правовий зв'язок між спортивним клубом та спортсменом (контракти про спортивну діяльність, трансферні контракти), та обслуговуючі, які забезпечують спортивній організації можливість здійснювати спортивно-комерційну діяльність (договори оренди спортивних споруд, купівлі-продажу спортивного інвентарю, екіпування тощо) [9, 19]. У свою чергу, залежно від методу врегулювання відносин із професійними спортсменами, договори поділяються на цивільно-правові, трудові та змішані (цивільно-правові з елементами трудових). Змішані договори як явище поєднання умов приватноправового та трудового характеру є доволі розповсюдженим у практиці професійно-спортивних відносин [10, 13–14]. Особливо це стосується трансферних контрактів про перехід спортсменів з однієї спортивної організації до іншої, та спонсорських договорів. Спонсорський договір вважається змішаним, оскільки поєднує в собі елементи договору відплатного надання послуг та, як правило, ліцензійного договору. В межах останнього професійна спортивна організація надає спонсору право використання торговельного знака в рекламних цілях. На практиці в основному спортивні клуби надають право на використання своїх логотипів, емблем, які поєднують у собі словесно-зображувальні комбінації. Таким чином, у сфері професійно-спортивної діяльності доволі розповсюдженими є змішані договори. Характер даних договірних конструкцій має специфічний зміст стосовно тієї сфери відносин, де вони використовуються.

Залежно від виду спорту, що культивується клубом, виділяють договори у футболі, гандболі, баскетболі, боротьбі тощо [9, 20].

За суб'єктом складом можна виокремити договори, що укладаються з професійними спортсменами (контракти про спортивну діяльність) та їх представниками (агентські договори); договори, що укладаються з національними та міжнародними спортивними організаціями; договори з юридичними та фізичними особами-спонсорами (договори про спонсорство); договори із засобами масової інформації (наприклад, договори про передання прав на трансляції спортивних заходів); договори, що укладаються з іншими фізичними і юридичними особами. Найважливіше місце серед даного переліку, безумовно, посідають договори (контракти) про спортивну діяльність, які укладаються між спортивними клубами та професійними спортсменами. Дослідження правової природи відносин, які складаються між спортивними організаціями та спортсменами при укладенні таких договорів, предмета, умов спортивних контрактів є доволі цікавим та дискусійним. Проте межі нашої роботи не дозволяють провести таке дослідження.

За видами спорту договори також можна поділити на ті, які укладаються зі спортсменами командних видів спорту та спортсменами з індивідуальних видів спорту. Перша група договорів є доволі різноманітною та відображає всі суттєві

особливості відносин, які виникають в професійно-спортивній діяльності. Зокрема, спортивні клуби часто укладають різні договори зі спортсменами, в залежності від статусу гравця в команді. Існує дві основні групи гравців — вища, в якій є «лідер» та «чорноробочі», а також нижча — категорії «основа» та «перспектива». Кожен спортсмен «потрапляє» до тієї чи іншої категорії в залежності від його спортивної майстерності, репутації, індивідуальних досягнень, досвіду виступу в спортивних змаганнях. На кожному етапі укладання та переукладання договору зі спортсменом йому пропонується найкращий, в смислі вирішення завдання максимізації корисності команди, контракт. Гравцям з різними виявленими характеристиками пропонуються, як правило, різні проекти договорів.

Проте і така система не є завершеною і безспірною, адже включає в себе лише «специфічно спортивні» договори, в той час як поза увагою залишається ще цілий ряд цивільно-правових договорів, які мають свої певні особливості та набули широкого поширення у цій сфері суспільних відносин.

**Висновки.** Отже, класифікація договорів може проводитися за різними підставами, в залежності від обраного критерію, зокрема, за загальною метою чи спрямуванням сфери правового регулювання, специфікою реалізації мети, правовим становищем сторін, приналежністю до певного типу чи виду, за предметом тощо. Є спроби провести класифікацію за економічними чи юридичними критеріями або за їх поєднанням. Усе це, звичайно, ускладнює підходи до систематизації договорів. Проте вважаємо, що усі запропоновані класифікації можуть використовуватися для вирішення наукових питань, завдань нормотворчості та в практичній діяльності.

Аналіз запропонованих в літературі підходів до класифікації договорів у сфері професійно-спортивної діяльності змушує визнати їх нечисельність, що пояснюється різноманітністю та особливостями суспільних відносин, які виникають у зазначеній сфері і потребують регулювання нормами цивільного права. І доводиться визнати практичну неможливість побудувати таку систему, яка б включала всі можливі договори, і при цьому відповідала одразу всім вимогам до її побудови, зокрема вимогам чіткості, цільності, логічної завершеності.

### *Література*

1. Цивільне право України : підручник. У 2 кн. Кн. 2 / [О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.] ; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — 2-ге вид., допов. і переробл. — К. : Юрінком Інтер, 2004.
2. Садовский В. Н. Проблемы философского обоснования системных исследований // Системные исследования : методол. проблемы. — М., 1984. — С. 32–51.
3. Иоффе О. С. Избранные труды. В 4 т. Т. 1 / О. С. Иоффе. — СПб. : Юрид. центр Пресс, 2003. — 572 с.
4. Олюха Г. В. Цивільно-правовий договір (поняття, функції, природа) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Г. В. Олюха. — К., 2004.
5. Гражданское право России : учебник. Ч. 1 / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — Изд. 3-е, перераб. и доп. — М. : ПРОСПЕКТ, 1998. — С. 420.
6. Шишка Р. Б. Цивільне право України : курс лекцій : у 6 т. / [Р. Б. Шишка (кер. авт. кол.),

- О. Л. Зайцев, Е. О. Мічурін та ін.] ; за ред. Р. Б. Шишки та В. А. Кройтора. — 2-ге вид., випр. та допов. — Х. : Еспада, 2008. — С. 71.
7. Ткалич М. О. Спортивний клуб як суб'єкт цивільного права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / М. О. Ткалич ; Одес. нац. юрид. акад. — О., 2010. — 21 с.
  8. Суха Ю. С. Особливості посередницьких відносин в сфері професійного спорту // Збірник тез наукових робіт учасників IV Міжнародної цивілістичної наукової конференції студентів та аспірантів. — О., 2009. — С. 572–575.
  9. Ткалич М. О. Цивільно-правові аспекти контракту про спортивну діяльність // Підприємство, господарство і право. — 2007. — № 8. — С. 19–23.
  10. Огородов Д. В. Смешанный договор и вопросы теории правового регулирования / Д. В. Огородов, М. Ю. Челышев // Законодательство и экономика. — 2007. — № 2.

### Анотація

**Суха Ю. С.** До питання про систематизацію договорів у сфері професійного спорту. — Стаття.

У статті розглядаються підходи до систематизації цивільно-правових договорів та, зокрема, договорів, які опосередковують професійно-спортивні відносини. Констатується, що систематизація договорів у сфері професійного спорту може проводитися в залежності від різних критеріїв, у тому числі за суб'єктним складом, залежно від виду спорту, від методу врегулювання відносин із професійними спортсменами тощо. Аналізується поділ таких договорів на організаційні та обслуговуючі; цивільно-правові, трудові та змішані тощо.

**Ключові слова:** систематизація, класифікація, цивільно-правовий договір, професійно-спортивні відносини.

### Аннотация

**Сухая Ю. С.** К вопросу о систематизации договоров в сфере профессионального спорта. — Статья.

В статье рассматриваются подходы к систематизации гражданско-правовых договоров и, в частности, договоров, опосредующих профессионально-спортивные отношения. Констатируется, что систематизация договоров в области профессионального спорта может проводиться в зависимости от различных критериев, в том числе по субъектному составу, в зависимости от вида спорта, от метода урегулирования отношений с профессиональными спортсменами. Анализируется деление таких договоров на организационные и обслуживающие; гражданско-правовые, трудовые и смешанные.

**Ключевые слова:** систематизация, классификация, гражданско-правовой договор, профессионально-спортивные отношения.

### Summary

**Sukha Y. S.** On the Systematization of Contracts in Professional Sports. — Article.

The article examines the approaches to the systematization of civil contracts and, in particular, contracts, mediating professional sports relations. It is stated that the systematization of contracts in professional sports can be carried out according to various criteria, including such as subject composition, depending on the sport, the method of normalizing relations with professional athletes. The division of such agreements on organizational and service, civil, labor law, and mixed are analyzed.

**Keywords:** systematization, classification, civil contract, professional sports relationship.

**ІСТОРИЧНІ АСПЕКТИ СТРАХУВАННЯ ЦИВІЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ**

В сучасній системі страхування відповідальності займає особливе місце. Історично страхування відповідальності сформувалось в самостійну галузь страхування відносно недавно, в кінці XIX — на початку XX ст. [1, 2]. Дана галузь страхування нараховує трохи більше 100 років та вона розвивається згідно з розвитком науки та технічним прогресом [2, 45]. Слід відзначити, що страхування відповідальності на розвинутих ринках страхування відіграє досить велику роль, що пояснюється в першу чергу високим соціальним значенням страхових виплат.

На страхових ринках держав Центральної та Східної Європи та держав СНГ страхування відповідальності є новим видом страхування, який проводять комерційні організації на основі самостійно розроблених умов страхування та страхових тарифів або при проведенні обов'язкових видів страхування на умовах, передбачених законами або законодавчими актами.

Хоча розгляд страхування відповідальності в якості окремого виду страхування був загально визнаним не завжди, в радянській літературі в різні періоди існували точки зору щодо виділення даного виду в межах майнового страхування та невизначення страхування відповідальності як такого.

Слід зазначити, що страхування цивільної відповідальності підрозділяється на два різновиди — страхування відповідальності за завдання шкоди (позадовірної, або деліктної відповідальності) і страхування відповідальності за договором.

Так, за договором страхування ризику відповідальності за зобов'язаннями, що виникають внаслідок завдання шкоди життю, здоров'ю або майну інших осіб, страхуванню підлягає ризик відповідальності самого страхувальника або іншої особи, на яку така відповідальність може бути покладена. Договір страхування ризику цивільної позадовірної відповідальності вважається укладеним на користь третьої особи, якій може бути завдана шкода (вигодонабувача), навіть якщо договір укладений на користь страхувальника або іншої особи, відповідальної за завдання шкоди, або в договорі не вказано, на чию користь договір укладено, тобто договір страхування позадовірної відповідальності завжди укладається на користь третьої особи — вигодонабувача. А страхування ризику відповідальності за порушення договору допускається лише у випадках, передбачених законам.

Так, розгляду підлягає формування та становлення страхування ризику цивільної позадовірної відповідальності особи за завдання шкоди на користь третіх осіб.

Страхування відповідальності, як самостійна галузь страхової справи, з'явилося, з одного боку, з встановленням у законодавстві капіталістичних держав інституту загальної цивільної відповідальності, а з другого боку, під впли-

вом економічних факторів, які роблять можливість завдання шкоди життю та здоров'ю людини значно більш високою, ніж раніше, а економічні наслідки — більш значними. Відсутність джерел компенсації завданої шкоди у винної особи поставила перед державами завдання пошуку їх джерел, причому головним завданням став переклад тягаря компенсаційних виплат на інші джерела компенсації, ніж державний бюджет.

Ці нововведення знаменували собою державні зміни в правосвідомості, особливо в частині розуміння юридичної відповідальності, викликані соціальними рухами під впливом промислової революції XIX сторіччя: небаченим розширенням виробництва, залученням до нього значної частини населення держави, механізацією виробничих процесів та транспорту.

В Росії в XIX ст. використовувався принцип вини при визначенні відповідальності за нещасні випадки на виробництві. Однак «кількість спірних питань з приводу каліцтва та інших нещасних випадків із року в рік зростало в значних розмірах, та судові заклади були закидані проханнями робочих та їх сімей» [3, 8].

Введенню страхування цивільної відповідальності передувало встановлення в законодавстві відповідальності підприємців за нещасні випадки на виробництві.

Вчений К. Г. Воблий в своїй монографії зазначав: «В усіх державах дане страхування стало розвиватись особливо інтенсивно з того моменту, коли держава прийняла принцип відповідальності підприємців у випадках завдання робочому смерті або каліцтва при виробництві робіт або внаслідок таких. До цього, відповідальність падала на підприємця лише у випадку, якщо постраждалий міг довести, що нещастя трапилось з вини підприємця або його уповноважених. Новітнє робоче законодавство, поклато цивільну відповідальність за нещастя з робочими на підприємців, тим самим посилив потребу в перенесенні ризику даної відповідальності і на інших осіб. На цьому підґрунті і створилось сучасне страхування від цивільної відповідальності» [4, 147].

За кордоном страхування відповідальності здобуло широке розповсюдження. Раніше всього цей вид страхування виник у Франції, де вже в 30-х роках XIX сторіччя існувало страхове товариство, яке приймало страхування від нещасних випадків та цивільної відповідальності. В Німеччині розглядуваний вид страхування став практикуватися з 70-х років XIX сторіччя (з часів закону про відповідальність 1871 р.), у Великобританії — з 80-х років, Росії — на початку XX сторіччя (Закон про винагороду потерпілих 1908 р.) [4, 147].

Як зазначав професор В. К. Райхер, «на розвиток страхування цивільної відповідальності (який вперше виник у Франції в 1885 р., в поєднанні зі страхуванням кінного транспорту від аварій) значний вплив справили закони цивільної відповідальності визначених категорій підприємців за нещасні випадки на виробництві. Ці закони були видані в деяких державах (в Німеччині в 1871 р., в Англії 1880 р.) в результаті зростаючої кількості нещасних випадків, пов'язаних з застосуванням машинної техніки. Так, підприємці одразу стали шукати засоби знешкодити для себе вказані закони, відкупитися від загрози



відповідальності, відвести її від себе шляхом страхування. В даній ролі виступає, головним чином, страхування від цивільної відповідальності. В Німеччині воно виникає в 70-х рр. XIX сторіччя безпосередньо після закону 1871 р. В Англії, де це страхування існувало і раніше по французькому зразку 1825 р. воно здобуває, під впливом закону 1880 р., посилений розвиток як самостійний вид страхування» [5, 5].

Тобто підприємці вимушені були відшкодовувати шкоду, заподіяну каліцтвом або смертю працівнику на виробництві, навіть в тому випадку, якщо вини їх в завданні такого збитку не було. «Підприємцю стало більш доцільно сплачувати страховому товариству заздалегідь визначену премію, ніж піддаватися ризику платити в інший рік значну суму постраждалому робочому: страхування робило їх розрахунки більш надійними, а прибуток більш стабільним» [6, 37]. Таким чином закони про строгу цивільну відповідальність роботодавців поштовхнули їх звернутися до страхування такої відповідальності. Тобто вперше страхування цивільної відповідальності виникло у вигляді страхування відповідальності роботодавців. У Росії введення системи страхування відповідальності роботодавців було визначено законом 1912 р. Наступним кроком в історії страхування було введення принципу розподілу ризику, що, у свою чергу, було замінено принципом перерозподілу шкоди. Досить часто подібне страхування проводилось державою у вигляді обов'язкового соціального страхування.

Місце страхування відповідальності в класифікації страхування науковцями тлумачилось по-різному. Так, І. Степанов розглядав страхування, предметом якого є майно, та окремо страхування відповідальності як страхування інтересів [7, 50]. К. Г. Воблим вже в більш пізній праці «Основы экономии страхования», зазначалось страхування відповідальності в межах майнового страхування.

Вже в російській літературі 20-х років XX ст. такими вченими, як А. Айзман та А. Крашенінніков, зазначається про страхування відповідальності як різновиду гарантійного страхування, де відповідальність страхових товариств розповсюджується виключно за збитки, завдані кримінально карними діями, наприклад крадіжками, розтратами, обманом [8, 198; 9, 22]. У правилах гарантійного страхування тих часів відзначалось також, що об'єктом страхування є відповідальність службовців. При цьому службовець нерідко навіть не знав про те, що він включений в страхування, що проводиться як у формі страхування колективу, так і окремих службовців. Страхова організація відшкодовувала страхувальникові збитки в застрахованому майні, заподіяні злочинними або недбалими діями і упущеннями робочих і службовців страхувальника, безпосередньо пов'язаних з прийомом, видачею, охороною і транспортуванням ввіреного їм застрахованого майна.

А в радянській період в літературі 50–70-х років страхування цивільної відповідальності розглядається як виключно вид притаманний капіталістичній та буржуазній системі страхування. В цілій низці літератури по страхуванню за радянський час загалом відсутня згадка про наявність страхування відповідальності [8, 198; 9, 22].

Вперше у вітчизняній економічній літературі до висновку про самостійність галузі страхування відповідальності прийшов А. П. Плешков на початку 70-х років, проводячи дослідження страхування цивільної відповідальності за кордоном [10, 27].

Однак повне закріплення самостійності даної галузі знайшло в Законі України «Про страхування» 1996 р. шляхом виділення самостійної групи майнових інтересів в якості об'єкта страхування в договорах страхування відповідальності.

Та в сучасній вітчизняній літературі є сталою точка зору, щодо відокремлення страхування відповідальності в якості окремої підгалузі страхування, поряд з підгалуззями особистого та майнового страхування. Також на законодавчому рівні виділяється в якості самостійного предмета договору страхування особисте, майнове страхування та страхування відповідальності (ст. 980 ЦК та ст. 4 Закону «Про страхування»).

«Виходячи з галузевої ознаки виокремлюють: особисте страхування, майнове страхування, страхування відповідальності. При цьому страхування відповідальності — галузь страхування, де об'єктом виступає відповідальність перед третіми (фізичними і юридичними) особами, яким може бути завданий збиток (школа) внаслідок якої-небудь дії або бездіяльності страхувальника. Через страхування відповідальності реалізується страховий захист економічних інтересів можливих подіювачів шкоди. Ці інтереси в кожному страховому випадку мають свій конкретний грошовий вираз» [11, 11].

У сучасній вітчизняній літературі страхування відповідальності зазначається як самостійна галузь страхування, поряд з особистим та майновим страхуванням [12, 578].

В зарубіжній страховій науці і практиці різні види страхування відповідальності відносяться до самостійної сукупності видів страхування в галузі страхування іншого, ніж страхування життя [13, 60]. Та такі класи страхування цивільної відповідальності відокремлені з урахуванням самостійних ознак виключно для цілей видачі ліцензії. Предметом усіх класів є страхування цивільно-правової відповідальності, пов'язаної типовими джерелами підвищеної небезпеки (транспорт, повітряний та морський наземний механізований) або іншими різновидами завдання шкоди.

Специфічна особливість страхування цивільної відповідальності полягає в тому, що об'єктом страхування є не конкретна особиста власність громадянина чи організації, як в страхуванні майна, та ненастання визначених подій, пов'язаних з життям або працездатністю громадянина, який уклав договір, що характерно для особистого страхування, а відповідальність перед третіми особами. Таким чином, безпосереднім об'єктом страхування відповідальності є економічний інтерес потенційних осіб, які завдали шкоду, які в кожному конкретному страховому випадку знаходять конкретний грошовий вираз [1, 3].

Страхування відповідальності передбачує можливість страхової виплати як при завданні шкоди здоров'ю, так і майну потерпілих. Розглянемо загальні підстави для визначення суспільних інтересів страхувальника, пов'я-

заних з виникненням обов'язку компенсувати шкоду, заподіяну третім особам, в самостійний об'єкт страхування, і в тому ж зв'язку — підстави для виділення в самостійну галузь страхування — страхування відповідальності. Багато дослідників відзначають, що в страхуванні відповідальності виключно важливе значення має зміст правових норм, які складають правову основу цього виду страхування. Основи цивільного законодавства захищають права і інтереси учасників цивільного обороту, тобто фізичних і юридичних осіб, закріплюючи обов'язок особи, яка завдала шкоду відновити втрачене потерпілим право і компенсувати заподіяну йому шкоду. За загальним правилом, встановленим ЦК України, особа звільняється від відшкодування шкоди, якщо вона доведе, що шкода завдана не з її вини (ст. 1166 ЦК України). Окремий випадок становить завдання шкоди джерелами підвищеної небезпеки — групами юридичних і фізичних осіб, діяльність або дії яких відрізняються високою небезпекою для тих, що оточують. Згідно зі ст. 1087 ЦК України у випадках завдання шкоди третім особам джерелом підвищеної небезпеки застосовується правило об'єктивної відповідальності, обов'язок компенсувати заподіяний збиток (шкоду) особою, яка завдала шкоду, і у разі відсутності провини з її боку, окрім декількох випадків, як-то: намір потерпілого; дія непереборної сили, а також ряду інших обставин, встановлених з урахуванням особливостей різних видів джерел підвищеної небезпеки. В юридичній практиці таке законодавче регулювання отримало назву строгої або безумовної відповідальності.

При цьому для визнання заподіяння шкоди необов'язкове судове рішення. Особа, яка завдала шкоду, може добровільно компенсувати завданий майновий збиток і шкоду в повному розмірі потерпілому, проте у разі виникнення суперечки судове рішення встановлює як наявність провини, так і суму, що підлягає відшкодуванню.

З погляду страхувальника як особи, чие майно може зменшитися в результаті здійснення потерпілому розрахунків за заподіяну шкоду, об'єктом страхування виступають його майнові інтереси, а не майно. Оскільки самому майну (як рухомому, так і нерухомому) виниклі зобов'язання щодо компенсації сум третім особам не заподіюють збитку. Зрозуміло, що, якщо грошових коштів страхувальника — особи, яка завдала шкоду, недостатньо для компенсації матеріального збитку, заподіяного потерпілому, то стягнення по судовому рішенню може бути забезпечене також і за рахунок реалізації майна, що належить йому. Проте в цьому випадку зменшення матеріальних цінностей, належних страхувальнику, не може розглядатися як наслідок випадкової і вірогідної події, тобто страхового випадку.

Значення інституту страхування цивільної відповідальності важливо як для страхувальників, так і для постраждалих осіб. Відшкодування шкоди, завданої третім особам, іноді може бути зовсім не по силах для винної особи. Воно може призвести до банкрутства, втрату їм своєї платоспроможності у випадку значних збитків. Страхування звільнює страхувальника від необхідності компенсувати шкоду в межах суми, встановленої договором, судових витрат, судо-

вої тяганини. Страхове товариство має в розпорядженні достатній службовий апарат, який дає можливість з'ясувати, наскільки доцільні претензії постраждалого, в якому об'ємі вони підлягають задоволенню. Те що швидко розповсюджується страхування цивільної відповідальності в сучасний час підтверджує усвідомлення його значення суспільством.

Страховання цивільної відповідальності покращує стан постраждалої сторони. Страхове товариство як фінансово забезпечена установа завжди може повністю відшкодувати завдані збитки, якими би високими вони не були, але в межах договору. Якщо шкода завдана особою з невеликими коштами, постраждала особа може не отримати задоволення своїх інтересів без такого страхування. Страховання цивільної відповідальності важливо і з соціальної точки зору. Страхове товариство вступає в якості третьої особи в спір між постраждалою та винуватою стороною, пом'якшує загострення в особистих відношеннях двох зацікавлених сторін. Завдяки цьому забезпечується спокійне, мирне розслідування страхового випадку.

Відтак, страхування відповідальності є галуззю страхування, де об'єктом страхування виступає відповідальність перед третіми особами (громадянами та господарюючими суб'єктами), внаслідок яких-небудь дій або бездіяльності страхувальника [2, 40].

### Література

1. Матвеева И. Ю. Концептуальные основы страхования ответственности за причинение вреда // Страхование право. — 2006. — № 2. — С. 2–25.
2. Скамай Л. Г. Страхование дело / Л. Г. Скамай, Т. Ю. Мазурина. — М.: Инфра-М., 2006.
3. Гохман В. С. Очерки по страхованию от несчастных случаев / В. С. Гохман. — М., 1928.
4. Воблый К. Г. Основы экономики страхования / К. Г. Воблый. — К., 1915.
5. Райхер В. К. Государственное страхование в СССР / В. К. Райхер. — М.; Ленинград, 1938.
6. Домбровский П. Гарантийное страхование / П. Домбровский, П. Иноев, Н. Платонов. — М.: Изд. Гл. Правления Гос. страхования, 1925.
7. Степанов И. Опыт теории страхового договора / И. Степанов. — Казань: Университет. тип., 1878.
8. Айзман А. Основы и практика гарантийного страхования / А. Айзман. — М.: Гос. финан. изд-во СССР, 1929.
9. Крашенинников А. Руководство по гарантийному страхованию / А. Крашенинников. — М., 1928.
10. Плешков А. П. Автотранспортное страхование в СССР / А. П. Плешков. — 1980.
11. Бендина Н. В. Страхование: (конспект лекций) / Н. В. Бендина. — М.: Приор, 2002.
12. Федорова Т. А. Страхование / Т. А. Федорова. — М.: Экономистъ, 2003.
13. Орлов И. В. Страховые рынки промышленно развитых стран в новом тысячелетии // Финансы. — 2005. — № 5. — С. 60–63.

### Анотація

**Токарева В. О.** Історичні аспекти страхування цивільної відповідальності. — Стаття.

У статті розглянуто аспекти становлення інституту страхування відповідальності за завдання шкоди у дореволюційній та радянській літературі та значення даного інституту для страхувальників та постраждалих осіб.

**Ключові слова:** страхування цивільної відповідальності, страхування відповідальності перед третіми особами, ризик, страхувальник, страховик.

### Аннотация

**Токарева В. А.** Исторические аспекты страхования гражданской ответственности. — Статья.

В статье рассмотрены аспекты становления института страхования ответственности за причинение вреда в дореволюционной и советской литературе и значение данного института для страхователей и пострадавших лиц.

**Ключевые слова:** страхование гражданской ответственности, страхование ответственности перед третьими лицами, риск, страхователь, страховщик.

### Summary

**Tokareva V. O.** Historical Aspects of Civil Liability Insurance. — Article.

This article discusses the historical aspects of insurance liability for injury in pre-revolutionary and Soviet literature and importance of this institution for insurers and injured.

**Keywords:** liability insurance, risk, insured, insurer.

УДК 347.764:368.032.2

**Т. Р. Чухрай**

## СТРАХУВАННЯ РИЗИКІВ У ТОВАРИСТВАХ ВЗАЄМНОГО СТРАХУВАННЯ

При переході до ринкової економіки важливою проблемою організації страхової справи й створення цивілізованого страхового ринку є формування об'єднань союзів і асоціацій страховиків.

Організаційною формою об'єднання страхових інтересів є товариство взаємного страхування (ТВС), учасники якого одночасно виступають як страховик і страхувальник. Згідно зі ст. 14 Закону України «Про страхування» [1] фізичні особи та юридичні особи з метою страхового захисту своїх майнових інтересів можуть створювати товариства взаємного страхування в порядку і на умовах, визначених законодавством України.

Організація, що не ставить мети одержання прибутку, створюється винятково для страхування своїх членів, захисту їх майнових і особистих інтересів. Учасник ТВС є страхувальником, його частка в страховому фонді товариства визначається розміром внесеного паю, а весь колектив ТВС виступає як страховик кожного з його учасників.

Всі активи, а також надлишки коштів, накопичені за звітний період діяльності товариства, належать його членам і використовуються на поповнення страхових резервів, зменшення розміру страхових внесків, розподіл суми чистого доходу серед членів ТВС. Як правило, ТВС не користуються послугами страхових посередників і всі операції здійснюють за рахунок страхового фонду товариства, а у випадку недостаті коштів його учасники за рішенням загальних зборів вносять додаткові внески [6, 323].

Завдання ТВС — надання його учасникам найбільш якісних, різноманітних і доступних за ціною страхових послуг. Взаємне страхування широко викори-

стовується в страховій практиці закордонних країн. Так, взаємні компанії були створені в Англії Актом про розрахунки й реєстрацію їх відповідно до законів про компанії. Їхніми власниками є власники полісів, які ділять будь-який отриманий прибуток. Акціонер холдинг-компанії одержує свою частку прибутку у вигляді дивидендів, а у взаємній компанії власник поліса може платити більш низькі внески або одержувати більш високі надбавки до страхування життя, чим у будь-якому іншому випадку.

Спочатку власники полісів повинні були вносити додаткові внески до фонду, якщо сума первісних внесків була недостатньою, щоб задовольнити вимоги відшкодування збитку й покрити видатки. У цей час більшість взаємних страховиків обмежені гарантією максимальної відповідальності власників поліса в межах розмірів їхніх внесків плюс додаткова доплата, що не перевищує 50 пенсів на 1 фунт стерлінгів [8, 5].

У наш час за назвою компанії вже неможливо судити, чи є вона холдинг-компанією або взаємною компанією.

Члени або власники полісів взаємних компаній іноді одержують значні вигоди за рахунок більш низьких внесків або більш високих виплат і доходів, але це жодною мірою не є обов'язковим. Багато хто з великих холдинг-компаній можуть успішно конкурувати в розмірі внесків або привілеїв із взаємними компаніями й все-таки виплачують дивіденди своїм акціонерам. Великий обсяг ділових операцій, проведених холдинг-групами, дає можливість накопичувати значні ресурси по кожному полісу, які направляються на адміністративні видатки й на збільшення інвестиційної діяльності. Отриманий за рахунок збільшених резервів дохід дозволяє виплачувати його частину власникам полісів [8].

В Англії дуже популярні колективні ТВС. Керування цими товариствами здійснюється на взаємній основі. Вони реєструються відповідно до Закону про товариства взаємного страхування й здійснюють індустріальне страхування, а в деяких випадках особисте страхування від нещасних випадків і на випадок хвороби. Деякі назви цих суспільств загальновідомі, але більшість із них працюють у районах за місцем перебування офісів.

У наш час рівень страхового забезпечення й розмір страхових внесків зросли, що обумовлено потребами суспільства. Але страховики великих страхових компаній, що здійснюють страхування на дому, є послідовниками тих перших збирачів невеликих внесків. Колективні товариства взаємного страхування можуть випускати особливо привабливі поліси страхування життя, що припускають досить низький рівень виплачуваних внесків. Такий низький рівень внесків не встановлюється компаніями, що здійснюють індустріальне страхування [9, 12].

Взаємне страхування дійсно стало міжнародним явищем. Ще в 1990 р. у Північній Америці ТВС 57,6 % ринку страхування життя й 27 % ринку загальних видів страхування в США, 53 % ринку страхування життя й 10 % ринку загальних видів страхування в Канаді; у Західній Європі ТВС займали від 2,8 % (Італія) до 48 % (Великобританія) ринку страхування життя й від

0,25 % (Ірландія) до 52 % (Швеція) ринку загальних видів страхування; у Японії ТВС займали 89,4 % ринку страхування життя й 5,1 % ринку загальних видів страхування [7, 33].

Що стосується вітчизняного досвіду в даній сфері відносин, то особливий інтерес страхові відносини у сфері шляхової торгівлі, що зустрічаються ще в XIII в., які досягли свого повного розквіту в XVI–XVII ст. і продовжували відігравати немаловажну роль у торгівлі до появи залізниць. Тут мова йде не про угоди, а про міцно усталений звичай. Але, можливо, цей звичай з'явився лише результатом, якоюсь своєрідною кристалізацією попередньої практики договірних угод [8]. Важлива, однак, не стільки форма (договірна або звичайно-правова), скільки сама сутність зазначених явищ. А сутність та сама — забезпечення кожного з учасників торговельного колективу за рахунок всіх його членів від стихійних або інших небезпек. Таке забезпечення і є не що інше, як взаємне страхування. Згодом страхування починає будуватися й на іншій основі — на основі акумуляції постійного фонду. Воно переходить тим самим до іншої форми, до нової фази свого розвитку: від наступної розкладки збитку до регулярних страхових платежів. Однак ще довгий час ці дві форми страхування існують поруч: перша переважно в галузі торгівлі, друга — в галузі ремесла.

У нашої країни поки відсутня правова основа взаємного страхування. Процес створення страхових компаній і їхніх об'єднань підкоряється інтересам їхніх засновників, що прагнуть до швидкого одержання прибутку, і не орієнтується на інтереси страхувальників, що бідують у страховому захисті. Тому створення ТВС особливо важливо для підтримки розвитку малого бізнесу.

Товариства взаємного страхування своїх членів на некомерційній (безприбуткової) основі історично виникли набагато раніше комерційних страхових організацій і ця форма страхування була широко розвинена в Росії на початку XX в. і в цей час використовується в багатьох країнах [3, 11].

Однак у вітчизняній системі господарювання у відношенні ТВС практично не створено нормативної бази й відсутня судова практика. Практика створення й діяльності подібних товариств украї незначна, тому що сама можливість їхньої ефективної роботи заснована на взаємній довірі, що випробовують один одного члени такого товариства і яке у вітчизняному цивільному обороті по більшій частині відсутній [12, 34].

Розвиток ТВС — це майбутнє вітчизняного страхового ринку. Між ТВС і його членом, як і в інших видах страхових відносин, виникає страхове зобов'язання, але, як правило, не з договору, а з інших підстав — установчих документів або правил страхування.

Правила, що регулюють взаємини по цьому зобов'язанню, можуть відрізнятися від правил ЦК України і встановлюватися спеціалізованим законом. Поки такий закон не прийнятий, відповідне регулювання може провадитися установчими документами товариства або правилами страхування.

ЦК України застосовується субсидіарно стосовно спеціалізованого закону, установчим документам і правилам страхування тільки при регулюванні стра-

хових відносин між товариством і його членами. В іншому спеціалізований закон повинен відповідати ЦК України.

Основна мета взаємного страхування укладається в перерозподілі ризиків. Це особливо актуально для знову створених суб'єктів підприємництва. У декількох економічних суб'єктів одночасно існує відносно менший ризик виникнення страхового випадку, чим у кожного з них різночасно, при якому вони несуть істотні витрати, тому їм доцільно «об'єднати зусилля» — створити фонд, використовуваний для відшкодування втрат. У ролі акумулятора в цей час виступає держава (державне страхування) і приватні страхові компанії (комерційне страхування). Однак важливою складовою системи страхування, що має найменшу комерційну спрямованість, повинні бути й самі економічні суб'єкти шляхом об'єднання в товариства взаємного страхування [4, 18].

В умовах фінансової кризи для підтримки стійкого функціонування підприємства необхідно ефективно й у той же час відносно недороге керування ризиками, що неминуче виникають у процесі діяльності.

Професійно управляти ризиками конкретного малого підприємства, з огляду на його особливості, може тільки фахівець, утримання якого обійдеться занадто дорого для підприємства, особливо на початку його діяльності. Оцінка всіх можливих ризиків кожного суб'єкта малого підприємництва, професійна робота із запобігання їхнього виникнення, проведена із залученням фахівців страхових компаній, істотно збільшує вартість страхових послуг і як слідство робить їх менш доступними.

Однак у цей час суб'єкти малого підприємництва в силу своєї специфіки і відсутності стабільності в економічних реформах хронічно зазнають фінансових труднощів, у результаті яких оплата страхових премій часто розглядається як другорядний платіж. У цьому зв'язку суб'єкти малого підприємництва не є для великих страхових компаній вигідними клієнтами.

Відсутність розвитої системи гарантій і негнучкість системи страхування для суб'єктів малого підприємництва, особливо у виробничій сфері, викликає необхідність активної державної підтримки страхування малого сектора економіки, що включає комплекс заходів: створення сприятливого правового середовища, часткове забезпечення страхування малих підприємств державними гарантіями, створення й розвиток товариств взаємного страхування для того, щоб, з одного боку, заповнити вакуум у страхових послугах для малого підприємництва, з іншого — активніше задіяти інтереси й капітали самих малих підприємств. При розумній організації системи страхування страхові внески послужать джерелом додаткової вигоди для малого підприємництва.

Керуючись чинним законодавством, товариства взаємного страхування не в змозі використовувати повною мірою свої потенційні можливості, тому що гостро мають потребу у відповідному їхньому статусі й специфіці нормативно-правової бази.

Таким чином, товариство взаємного страхування є добровільним об'єднанням громадян і юридичних осіб на основі членства з метою страхування майна й інших майнових інтересів учасників, здійснюваного шляхом об'єднання його



членами майнових пайових внесків. ТВС не переслідує мети отримання прибутку.

Доходи, отримані товариством від підприємницької діяльності, здійснюваної відповідно до Закону й Статуту, розподіляються між членами товариства в порядку, установлюваному Уставом.

ТВС є юридичною особою з моменту державної реєстрації у встановленому Законом порядку. Воно має самостійний баланс. Майно, передане ТВС його засновниками, є власністю товариства. Засновники не відповідають по зобов'язаннях товариства, а товариство не відповідає по зобов'язаннях своїх засновників. Товариство відповідає за своїми обов'язками в межах приналежності йому майна, може від свого ім'я здобувати й здійснювати майнові й немайнові права, мати обов'язки, бути позивачем і відповідачем у суді. ТВС не відповідає по зобов'язаннях держави, а держава не відповідає по зобов'язаннях товариства.

Товариство взаємного страхування створюється з метою зміцнення гарантій господарської діяльності його учасників шляхом взаємного страхування їхніх майнових інтересів. Страхування здійснюється безпосередньо на підставі членства відповідно до правил страхування товариства. Основним предметом діяльності товариства є страхування майна, цивільної відповідальності й підприємницького ризику членів товариства. Для здійснення страхової діяльності товариство одержує ліцензії у встановленому законодавством порядку [11, 29].

Що стосується корпоративних правовідносин, що виникають на основі участі суб'єктів у корпораціях, зокрема, у товариствах взаємного страхування, то, реалізуючи свої корпоративні права, члени товариства можуть брати участь у різних формах у керуванні корпорацією і її майном. Внески можуть вноситися членами товариства грошима й майном. Про передачу майна як внесок складається передатний акт. Члени товариства мають право брати участь у керуванні справами товариства; одержувати від посадових осіб товариства інформацію й довідки із всіх питань, пов'язаних з діяльністю товариства; у будь-який час протягом робочого дня знайомитися з бухгалтерською й іншою документацією товариства; брати участь у розподілі прибутку від діяльності товариства; виходити із товариства; переважно перед іншими особами одержувати послуги товариства на умовах, обумовлених загальними зборами; у випадку ліквідації товариства одержувати частину майна товариства, що залишилася після розрахунків із кредиторами, пропорційно розміру пайового внеску. Члени товариства можуть мати й інші права, передбачені законодавством і Уставом [5, 28–29].

Члени ТВС зобов'язані вносити внески, у тому числі додаткові, у порядку, строки, розмірах і способами, передбаченими Уставом товариства; дотримувати положень Уставу; виконувати прийняті на себе у встановленому порядку зобов'язання стосовно товариства; сприяти товариству в здійсненні їм своєї діяльності; не розголошувати конфіденційну інформацію про діяльність товариства.

Члени товариства можуть нести й інші обов'язки, якщо це передбачено установчими документами товариства або законодавством. Вони несуть відповідальність по зобов'язаннях товариства в межах своїх внесків.

Товариство взаємного страхування в порядку, обумовленому законодавством, здійснює будь-яку господарську діяльність із метою виконання статутних завдань.

Прибуток від своєї діяльності товариство направляє в спеціалізовані резервні фонди, створювані для виплати страхового відшкодування пайовикам, а також в інші фонди товариства в розмірі й порядку, установлюваному рішенням загальних зборів.

Залишок прибутку розподіляється між пайовиками в порядку, установлюваному рішенням загальних зборів.

Товариство здійснює діяльність за рахунок своїх власних коштів. Воно може мати у власності або в оперативному управлінні будинки, спорудження, житловий фонд, устаткування, інвентар, кошти в гривнях і іноземній валюті, цінні папери й інше майно, а також товариство може мати у власності або в безстроковому користуванні земельні ділянки. Джерелом формування майна товариства є: а) вступні й пайові внески пайовиків; б) доходи від підприємницької діяльності товариства й створених їм організацій; в) доходи від розміщення його власних коштів у банках, цінних паперів — добровільні майнові внески; г) інші джерела, не заборонені законодавством України.

Зараз при створенні ТВС доти, поки не прийнятий спеціальний закон, необхідно керуватися загальними нормами Цивільного кодексу України, Законом «Про страхування» [1], а також підзаконними актами, що регулюють питання страхової діяльності.

Використання міжнародного та вітчизняного досвіду по розвитку взаємного страхування сьогодні може стати першим кроком до розширення спектра страхових послуг для суб'єктів малого підприємництва, що дозволить мінімізувати можливі фінансові втрати, що спричинить зріст їхньої ділової активності; розширити доступ до страхування майна й інших майнових інтересів (відповідальності за заподіяння шкоди, відповідальності по договорах, підприємницького ризику); полегшити одержання кредитних ресурсів на здійснення інвестиційних проектів за рахунок страхування ризиків по цих проектах товариствами взаємного страхування, учасниками яких вони є; зменшити число банкрутств.

### *Література*

1. Про страхування: Закон України від 7 берез. 1996 р. №85/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 18. — Ст. 78.
2. Аленичев В. Зарождение страховой науки в России / В. Аленичев, В. Шахов // Страховое ревю. — 1999. — № 8. — С. 23–27.
3. Аленичев В. Страховое дело России в XX веке / В. Аленичев, В. Шахов // Страховое ревю. — 1999. — № 7. — С. 11–21.
4. Алякринский А. Л. Правовое регулирование страховой деятельности в России / А. Л. Алякринский. — М., 1992. — С. 12–25.
5. Гварлиани Т. Суть вопроса об управлении денежными потоками в страховой компании // Страховое ревю. — 1999. — № 8. — С. 27–31.
6. Дробозина Л. А. Финансы. Денежное обращение. Кредит / Л. А. Дробозина. — М., 1997. — С. 323–324.

7. Зубец А. Ежегодный конгресс страховщиков Франции, Центральной и Восточной Европы (аннотация) // Страховое ревю. — 1999. — № 8. — С. 12–24.
8. Карачаевский А. Уменьшение рисков при инвестиционной деятельности // Экономика и Время. — С.Пб., 1999. — № 32. — С. 5 ; № 33. — С. 5 ; № 34. — С. 5.
9. Рейтман Л. И. Страховое дело / Л. И. Рейтман. — М., 1992. — 412 с.
10. Райхер В. К. Общественно-исторические типы страхования / В. К. Райхер. — Л., 1947. — 367 с.
11. Турбина К. Е. Общества взаимного страхования / К. Е. Турбина. — М., 1994. — 213 с.
12. Фогельсон Ю. Страховое законодательство (комментарий) / Ю. Фогельсон. — М., 1998. — 356 с.

### Анотація

**Чухрай Т. Р.** Страхування ризиків у товариствах взаємного страхування. — Стаття.

Стаття присвячена вивченню необхідності існування товариств взаємного страхування, а також принципам їх діяльності. Автором аналізуються причини зародження товариств взаємного страхування, виділяється специфіка діяльності товариств взаємного страхування. У статті виділяються проблемні питання, які виникали та виникають в процесі формування та функціонування товариств взаємного страхування.

**Ключові слова:** взаємне страхування, товариство взаємного страхування, страховий внесок, страхове відшкодування, страховик, страхувальник, страховий ризик.

### Аннотация

**Чухрай Т. Р.** Страхование рисков в обществах взаимного страхования. — Статья.

Указанная статья посвящена изучению необходимости существования обществ взаимного страхования, а также принципов их деятельности. Автором анализируются причины зарождения обществ взаимного страхования, выделяется специфика деятельности обществ взаимного страхования. В статье выделяются проблемные вопросы, которые возникали и возникают в процессе формирования и функционирования обществ взаимного страхования.

**Ключевые слова:** взаимное страхование, общество взаимного страхования, страховой взнос, страховое возмещение, страховщик, страхователь, страховой риск.

### Summary

**Chukray T. R.** Insurance in the Mutual Insurance Societies. — Article.

The article examines the existence of appropriate mutual insurance societies, as well as the principles of their activities. The author analyzes the causes of birth of mutual insurance societies, released the specifics of the mutual insurance societies. In this paper, the problematic issues that arose and arise in the process of formation and operation of mutual insurance societies.

**Keywords:** mutual insurance, club of mutual insurance, insurance premium, insurance reimbursement (benefit), the insurer, the policyholder, insurance risk.

## НАШІ АВТОРИ

**Адамова О. С.**, доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Адаховська Н. С.**, аспірант кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Ахмач Г. М.**, доцент кафедри цивільно-правових дисциплін Миколаївського комплексу Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Бааджи Н. П.**, асистент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Бабич І. Г.**, доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Балан Я. В.**, доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Басай О. В.**, голова Київського окружного адміністративного суду, кандидат юридичних наук

**Березовська Н. Л.**, асистент кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Берназ-Лукавецька О. М.**, асистент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Бойчук Д. В.**, начальник кафедри цивільного права та цивільного процесу Кіровоградського юридичного інституту Харківського національного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук

**Борейко О. М.**, здобувач кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Бубіна А. І.**, аспірант кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Варавко А. Ю.**, асистент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Вороніна Н. В.**, асистент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Гаресв Є. Ш.**, доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Гейко М. О.**, викладач Уманської державної сільськогосподарської академії

**Головачов Я. В.**, здобувач кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Голубева Н. Ю.**, доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Гуртовенко О. Л.**, доцент кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Давидова І. В.**, асистент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Дрьомін В. М.**, проректор з наукової роботи, завідувач кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук

**Дрьоміна-Волок Н. В.**, головний науковий співробітник Науково-дослідного інституту Національної академії прокуратури України, LL.M, кандидат юридичних наук

**Жила О. В.**, доцент кафедри цивільного права та процесу Кіровоградського юридичного інституту Харківського національного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук

**Завальнюк В. В.**, проректор, професор кафедри теорії держави та права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Зелінська Н. А.**, професор кафедри міжнародного права та міжнародних відносин Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор

**Зудіхін О. В.**, здобувач кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Ізовіта А. М.**, аспірант кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права Національного університету «Одеська національна юридична академія»

**Капалан І. М.**, здобувач кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Карнаух Б. П.**, аспірант кафедри цивільного права №1 Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

**Карпов Р. В.**, асистент кафедри цивільного процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Касілова Д. Ю.**, аспірант кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Кетрарь А. А.**, аспірант кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Кирилюк А. В.**, асистент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Ківалов С. В.**, народний депутат України, голова Комітету з питань правосуддя Верховної Ради України, президент Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України

**Ківалова Т. С.**, професор кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук

**Кізлова О. С.**, доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Колісник А. С.**, завідувач кафедри права Черкаського інституту Міжрегіональної академії управління персоналом, кандидат юридичних наук

**Комаров В. А.**, здобувач кафедри цивільного права і процесу Харківського національного університету внутрішніх справ

**Копилова Ж. В.**, здобувач кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Кривенко Ю. В.**, доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Крисань Т. Є.**, доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Кулібаба В. С.**, доцент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Латковська Т. Н.**, професор кафедри адміністративного права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук

**Лещенко А. В.**, аспірант кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська національна юридична академія»

**Марчук О. І.**, аспірант кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Маслій І. В.**, здобувач кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Михайлюк Г. О.**, аспірант кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Молодецький Р. А.**, аспірант кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Музика-Стефанчук О. А.**, доцент кафедри конституційного, адміністративного та фінансового права Хмельницького університету управління та права, кандидат юридичних наук, доцент

**Некіт К. Г.**, асистент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Нестеренко С. С.**, доцент кафедри міжнародного права та міжнародних відносин Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Омельчук О. С.**, доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Орзіх Ю. Г.**, доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Оцяця А. С.**, асистент кафедри кримінального права Національного університету «Одеська національна юридична академія»

**Подчаха Д. В.**, асистент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Позова Д. Д.**, аспірант кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Приходько А. А.**, ад'юнкт кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ

**Сагласва Н. О.**, аспірант кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Сафончик О. І.**, доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Свида О. Г.**, доцент кафедри організації судових та правоохоронних органів Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Северова Є. С.**, доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», суддя апеляційного суду Одеської області, кандидат юридичних наук

**Сидоренко М. В.**, здобувач кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Симонян Ю. Ю.**, асистент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Сляднєва Г. О.**, доцент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Смілянecь І. П.**, асистент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Сорвачов О. В.**, здобувач кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Степанович Д. Г.**, аспірант кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Суша Ю. С.**, аспірант кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Токарева В. О.**, асистент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Фесенко Л. І.**, Голова Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ

**Харитонов Є. О.**, завідувач кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор

**Харитонova О. І.**, завідувач кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор

**Храпенко О. О.**, аспірант кафедри організації судових та правоохоронних органів Національного університету «Одеська юридична академія»

**Цибульська О. Ю.**, асистент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Чанишева А. Р.**, доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Черногор Н. В.**, асистент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Чухрай Т. Р.**, здобувач кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Шипка О. Р.**, викладач кафедри цивільного права і процесу Харківського національного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук.

**Юлінецька Ю. В.**, доцент кафедри іноземних мов Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат філологічних наук

**Ягунов Д. В.**, доцент кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат наук з державного управління, доцент

## ЗМІСТ

Передмова .....	3
-----------------	---

## Розділ 1

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РОЗВИТКУ  
СУЧАСНОЇ УКРАЇНИ**С. В. Ківалов**

Право на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом: проблеми теорії і правового регулювання .....	7
--	---

**В. В. Завальнюк**

Конфлікт і особа у світі, що змінюється: витoki антропологічного розуміння .....	21
--	----

**В. М. Дрьомін**

Концептуальні основи теорії інституціоналізації кримінальних практик як предмета інституціональної кримінології .....	27
---	----

**Л. І. Фесенко**

Правова природа роз'яснень Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ .....	39
---	----

**О. Г. Свида**

До питання щодо вдосконалення інституту присяги прокурорських працівників .....	46
---	----

**Н. А. Зелинская**

Морское пиратство как конвенционное преступление .....	51
--	----

**С. С. Нестеренко**

Кодифікація норм про відповідальність міжнародних організацій .....	64
---	----

**Ю. В. Юлинецкая**

Интерпретационный потенциал как дифференциальный признак международного нормативно-правового акта .....	70
---	----

**Н. В. Дрёмина-Волок**

Установление и осуществление уголовной юрисдикции как международно-правовое обязательство государства .....	75
---	----

**А. В. Лещенко**

Генезис філософсько-правових уявлень про правову поведінку .....	84
--	----

**О. А. Музыка-Стефанчук**

Розуміння правового статусу суб'єктів бюджетних правовідносин в юридичній науці .....	92
---	----



**Д. В. Ягунов**

- Чи можна продавати «право карати»?  
(філософсько-правовий аналіз феномена в'язничної приватизації) . . . . . 97

**А. С. Оцяця**

- Сутність та зміст охоронної функції кримінального права . . . . . 106

**О. Л. Гуртовенко**

- Щодо запровадження кримінальної відповідальності юридичних осіб . . 112

**Н. Л. Березовська**

- Виникнення та розвиток покарань, пов'язаних з виправно-трудовим впливом, що застосовувалися до неповнолітніх з XX століття . . . . . 122

**О. О. Храпенко**

- Правові та організаційні проблеми реалізації прокурорського нагляду за дотриманням прав неповнолітніх, що перебувають у виховних колоніях . . . . . 132

**І. В. Маслій**

- Тіньова політика як прояв тіньової економіки . . . . . 140

**А. М. Ізовіта**

- Злочинність у сфері ринкового обігу земель як об'єкт кримінологічного вивчення . . . . . 145

**А. І. Марчук**

- «Тюремні відпустки» у кримінально-виконавчому законодавстві та пенітенціарній практиці України . . . . . 152

**Розділ 2****ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛІСТИКИ: МИНУЛЕ ТА СУЧАСНІСТЬ****Є. О. Харитонов**

- Одеська цивілістика XIX ст.: сукупність особистостей чи наукова школа . . . . . 163

**О. В. Басай**

- Принципи цивільного права в Давньому Римі . . . . . 171

**Ю. Г. Орзіх**

- До історії формування та розвитку римського нотаріату . . . . . 178

**М. О. Неіко**

- Reception of Roman Law in England . . . . . 185

**І. Г. Бабич**

- Визначення місця принципу справедливості в сучасній системі принципів права . . . . . 191

<b>Т. Є. Крисань</b>	
Класифікація збитків у цивільному праві України . . . . .	197
<b>О. С. Адамова</b>	
Співвідношення понять морського публічного й морського приватного права . . . . .	204
<b>Г. М. Ахмач</b>	
Касаційне оскарження як гарантія захисту прав людини . . . . .	211
<b>І. В. Давидова</b>	
Поняття та ознаки обману як підстави недійсності правочину . . . . .	218
<b>В. А. Комаров</b>	
Врегулювання відносин стосовно лікарських засобів в Україні . . . . .	225
<b>Р. А. Молодецький</b>	
Судове правозастосування як особливий вид правореалізації (в аспекті тлумачення договору) . . . . .	233
<b>Р. В. Карпов</b>	
Особливості використання заставних . . . . .	241
<b>Є. С. Сєвєрова</b>	
Проблемні питання визнання недійсними прилюдних торгів у судовому порядку . . . . .	248

### Розділ 3 РЕЧОВІ ТА ОСОБИСТІ ПРАВА ОСОБИ

<b>М. В. Сидоренко</b>	
Правова природа права на судовий захист . . . . .	257
<b>Д. В. Бойчук</b>	
Право особи на життя в системі особистих немайнових прав: проблеми теорії і практики . . . . .	262
<b>Н. В. Вороніна</b>	
До поняття знахідки як безхазяйної речі . . . . .	270
<b>О. І. Сафончик</b>	
Деякі питання розвитку законодавства з питань виникнення та припинення шлюбно-сімейних правовідносин . . . . .	277
<b>О. Р. Шишка</b>	
Соматичні права та перспективи розвитку їх в Україні . . . . .	284
<b>Н. С. Адаховська</b>	
Опіка над майном за цивільним законодавством України . . . . .	293

**Д. Ю. Касілова**

Підстави виникнення і припинення володіння . . . . . 299

**Ж. В. Копилова**Житло як родове поняття одноквартирного житлового будинку  
громадян України . . . . . 306**О. Ю. Цибульська**Правовідносини, що виникають внаслідок покладення на спадкоємця  
обов'язку вчинити дії для суспільно корисної мети . . . . . 313**Н. В. Черногор**

Визначення строків та термінів у спадковому праві України . . . . . 320

**Розділ 4****ПРОБЛЕМИ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ  
ТА КОРПОРАТИВНОГО ПРАВА****О. І. Харитонова**

Суб'єкти та об'єкти правовідносин інтелектуальної власності . . . . . 329

**Н. П. Бааджи**

Піратство як порушення авторських та суміжних прав . . . . . 336

**Є. Ш. Гарєєв**

Опублікування як спосіб використання твору . . . . . 342

**Н. О. Саглаєва**Щодо проблеми системи принципів права інтелектуальної  
власності України . . . . . 347**Т. А. Латковська**

Фінансова політика держави у сфері банківської діяльності . . . . . 353

**А. В. Кирилюк**Динаміка зобов'язань за ліцензійним договором на використання  
літературних творів . . . . . 360**А. С. Колісник**Специфіка використання ліцензійних угод ком'ютерного  
програмного забезпечення . . . . . 366**Ю. В. Кривенко**

Законодавство України про релігійні організації як юридичні особи . . 373

**В. С. Кулібаба**

Риси недобросовісної конкуренції за законодавством країн світу . . . . . 380

**Ю. Ю. Симонян**Ознаки та особливості відповідальності за правопорушення  
у сфері корпоративних відносин . . . . . 387

**Г. О. Сляднісва**

Правове регулювання передачі комерційної таємниці у договорах  
комерційної концесії . . . . . 394

**О. М. Борейко**

Перші кроки формування інституту банкрутства у цивільному праві . . 401

**О. В. Зудіхін**

Захист права на отримання прибутку та виплату дивідендів суб'єктів  
корпоративних відносин за цивільним законодавством України . . . . . 406

**І. М. Капталан**

Поняття непідприємницьких товариств . . . . . 410

**А. А. Кетрарь**

Поняття та ознаки об'єкта авторського права . . . . . 416

**Г. Мухайлиук**

Civil liability of the banks in the sphere of non-traditional banking  
transactions and services (the experience of the United Kingdom) . . . . . 422

**Д. Д. Позова**

Житлово-будівельний кооператив як кооператив споживчого типу . . . 428

**О. В. Сорвачов**

Охорона промислових зразків . . . . . 435

**Розділ 5****ПРОБЛЕМИ ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНОГО ПРАВА****Т. С. Ківалова**

Стан та перспективи розвитку досліджень інституту зобов'язань  
відшкодування шкоди у вітчизняному цивільному праві . . . . . 445

**Я. В. Балан**

Права та обов'язки учасників договору найму (оренди) житла . . . . . 454

**О. М. Берназ-Лукавецька**

Особливості обміну жилих приміщень у будинках (квартирах),  
що належать громадянам (на праві приватної власності) . . . . . 462

**Н. Ю. Голубєва**

Характеристика елементів зобов'язання . . . . . 468

**О. В. Жила**

Проблема визначення елементів регресного зобов'язання . . . . . 475

**О. С. Кізлова**

Іпотека рухомого майна — особливий вид застави . . . . . 480

**О. С. Омельчук**

- Деякі спірні питання зміни договору найму житла внаслідок  
збільшення або зменшення складу сім'ї наймача . . . . . 486

**І. П. Смілянець**

- Деякі аспекти договору франчайзингу за законодавством України . . . . 494

**А. Р. Чанишева**

- Предмет іпотеки за законодавством України . . . . . 500

**А. І. Бубіна**

- Деякі особливості відшкодування шкоди, завданої здоров'ю  
внаслідок дорожньо-транспортної пригоди . . . . . 507

**А. Ю. Варавко**

- Цивільне правове регулювання порядку проведення конкурсів  
на право укладання договору . . . . . 516

**Я. В. Головачов**

- Цілі застосування суброгації у страхових правовідносинах . . . . . 523

**Б. П. Карнаух**

- Вина як умова деліктної відповідальності в країнах  
англо-американської правової сім'ї . . . . . 529

**К. Г. Некіт**

- Становлення інституту довірчого управління майном в Україні,  
Республіці Молдова та Російській Федерації . . . . . 537

**Д. В. Подчаха**

- Істотні умови іпотечного договору . . . . . 544

**А. А. Приходько**

- Особливості укладення договору про надання послуг  
аварійного комісара . . . . . 551

**Д. Г. Степанович**

- Послуга як об'єкт цивільних прав . . . . . 558

**Ю. С. Суха**

- До питання про систематизацію договорів у сфері  
професійного спорту . . . . . 565

**В. О. Токарева**

- Історичні аспекти страхування цивільної відповідальності . . . . . 571

**Т. Р. Чухрай . . . . . 577**

- Страхування ризиків у товариствах взаємного страхування . . . . . 577

- Наші автори . . . . . 584

**Актуальні проблеми держави і права : збірник наукових праць.** Вип. 59  
А 437 / редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) та ін. ; відп. за вип. В. М. Дрьомін.  
Одеса : Юридична література, 2011. 596 с.  
Укр., рос. та англ. мовами.

Збірник наукових праць присвячений проблематиці реформування чинного цивільного законодавства з метою приведення його у відповідність до потреб суспільства. У збірнику містяться статті досвідчених фахівців і учених у сфері цивілістики, молодих дослідників проблем у сфері цивільного права, практикуючих юристів. У представлених у збірнику статтях містяться також дослідження з різних актуальних напрямів сучасної юриспруденції.

Збірник розрахований на наукових працівників, викладачів, докторантів, аспірантів, студентів вищих юридичних навчальних закладів, а також юристів-практиків, які цікавляться особливостями цивільного права та цивільного процесу України, іншими актуальними напрямами розвитку сучасного права України.

ББК 67(4Укр)я43  
УДК 340(477)1082

*Наукове видання*

## **АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВИ І ПРАВА**

*Збірник наукових праць*

**Випуск 59**

*Українською, російською  
та англійською мовами*

Редактор-коректор *Н. І. Крилова*  
Технічний редактор *Т. В. Іванова*

---

Підписано до друку 16.04.2011. Формат 70×100/16. Папір офсетний.  
Гарнітура «Шкільна». Друк офсетний. Ум. друк. арк. 48,43.  
Тираж 300 прим. Вид. № 16. Зам. № 134.

Видавництво і друкарня «Юридична література»  
65009, м. Одеса, вул. Піонерська, 2.  
Тел. (048) 777-48-79  
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи  
ДК № 1374 від 28.05.2003 р.



СТРАХОВА КОМПАНІЯ

**ТЕКОМ**

**СТРАХОВАЯ КОМПАНИЯ "ТЕКОМ"**

[www.tig.com.ua](http://www.tig.com.ua)

**ОДНА ИЗ ЛИДИРУЮЩИХ КОМПАНИЙ НА СТРАХОВОМ РЫНКЕ УКРАИНЫ,  
ПРЕДОСТАВЛЯЕТ УСЛУГИ ПО РИСКОВОМУ СТРАХОВАНИЮ  
(NON-LIFE INSURANCE) С 1997 ГОДА.**

**СК «ТЕКОМ» МОЖЕТ СТАТЬ ВАШИМ ПАРТНЁРОМ ПО ТАКИМ ВИДАМ  
СТРАХОВЫХ УСЛУГ:**

- СТРАХОВАНИЕ ИМУЩЕСТВА (В ТОМ ЧИСЛЕ АРЕНДОВАННОГО);**
- СТРАХОВАНИЕ НАЗЕМНОГО ТРАНСПОРТА (АВТОКАСКО);**
- СТРАХОВАНИЕ СУДОВ (ЯХТ) И ДРУГОГО МОРСКОГО ТРАНСПОРТА  
(КАСКО, ОТВЕТСТВЕННОСТЬ);**
- СТРАХОВАНИЕ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ПЕРЕД ТРЕТЬИМИ ЛИЦАМИ;**
- СТРАХОВАНИЕ ОТ НЕСЧАСТНОГО СЛУЧАЯ**

**ГЛАВНЫЙ ОФИС : 65005, Г. ОДЕССА, УЛ. МИХАЙЛОВСКАЯ, 44.  
ТЕЛ.: (048) 719-05-55; e-mail: [office@tig.com.ua](mailto:office@tig.com.ua)**

**Филиалы:**

**Филиал "Киевский":**

Украина, г. Киев,  
ул. Саксаганского, 74, офис 503/504  
Тел./факс: (044) 537-67-01, 537-79-54

**Филиал "Львовский":**

Украина, 79013, г. Львов,  
ул. Гоголя, 15/2  
Тел./факс: (032) 247 08 83

**Филиал "Донецкий":**

Украина, 83086, г. Донецк,  
ул. Октябрьская, 85  
Тел./факс: (062) 335-73-77

**Филиал "Днепропетровский":**

Украина, 49000, г. Днепропетровск,  
ул. Миронова, 30  
Тел./факс: (056) 778-33-08

**Филиал "Крымский":**

95006, АР Крым, г. Симферополь,  
ул. Карла Маркса, 48, офис № 5  
Тел./факс: (0652) 25-35-89

**Филиал "Харьковский":**

Украина, г. Харьков,  
ул. Плехановская, 92  
Тел./факс: (057) 737-32-75, 762-71-50

**Филиал "Запорожский":**

Украина, 69000, г. Запорожье,  
ул. 40-летия Сов. Украины, 13  
Тел./факс: (0612) 28-59-20/19

## ДО УВАГИ АВТОРІВ!

До друку у збірнику приймаються наукові статті, які раніше не були опубліковані в інших виданнях. При їх підготовці просимо додержуватися чинних стандартів для друкованих праць і вимог ВАК України.

Стаття повинна містити такі необхідні елементи:

- постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями;
- аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми і на які спирається автор, виділення невирішених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується означена стаття;
- формулювання цілей статті (постановка завдання);
- виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів;
- висновки з цього дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі.

Разом зі статтею слід надавати рекомендацію кафедри (відділу) вищого навчального або наукового закладу (у формі витягу з протоколу) або рецензію кандидата чи доктора наук із відповідної спеціальності (для аспірантів, здобувачів бажаною є рецензія наукового керівника).

Загальний обсяг публікації — 10–12 сторінок. Шрифт: Times New Roman; кегль 14, інтервал — 1,5. Поля: верхнє та нижнє — 2 см, ліве — 3 см, праве — 1,5 см.

На початку рукопису необхідно зазначати індекс УДК, дані про автора та назву статті.

Перелік використаних літературних джерел слід наводити в кінці статті в порядку появи відповідних посилань. При оформленні списку літератури слід дотримуватися вимог ВАК (див.: Бюлетень Вищої атестаційної комісії. — 2009. — № 5. — С. 26–30) та державного стандарту ДСТУ ГОСТ 7.1:2006 «Система стандартів з інформації, бібліотечної та видавничої справи. Бібліографічний запис. Бібліографічний опис. Загальні вимоги та правила складання».

У тексті статті посилання на використані літературні джерела слід зазначати порядковим номером, виділеним двома квадратними дужками, згідно з переліком джерел (позиція цитованого видання у списку літератури, сторінка).

Після списку використаних матеріалів подаються анотації трьома мовами (українська, російська, англійська). Анотація має містити: прізвище та ім'я автора, назву статті, стислий виклад змісту статті, ключові слова (до десяти окремих слів або словосполучень).

До видавничо-редакційного відділу НДЧ НУ ОЮА необхідно додавати:

- роздрукований текст статті та інформаційну довідку про автора. Інформаційна довідка має містити: прізвище, ім'я, по батькові (повністю), науковий ступінь, вчене звання, місце роботи і посаду, поштову адресу, контактний телефон, адресу електронної пошти);
- текст статті та інформаційну довідку про автора на електронному носії. Електронний варіант статті можна надіслати на ел. пошту: [ndch@onua.edu.ua](mailto:ndch@onua.edu.ua)

Інформацію щодо умов опублікування статті можна отримати у видавничо-редакційному відділі науково-дослідної частини Національного університету «Одеська юридична академія» за адресою: 65009, м. Одеса, вул. Піонерська, 2, каб. 1007. Тел.: 719-64-32, 093 163 29 31. Е-mail: [ndch@onua.edu.ua](mailto:ndch@onua.edu.ua)

За зміст та достовірність наданої інформації відповідальність несе автор.