

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

Національний університет  
«ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

# АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

*Збірник наукових праць*

**Випуск 56**



Одеса  
«Юридична література»  
2010

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

Збірник наукових праць виданий за результатами роботи конференції «Актуальні проблеми цивільного права та процесу» і присвячений пам'яті видатного науковця, знаного представника вітчизняної школи цивілістики професора Юрія Семєновича Червоного. У збірнику розглянуто актуальні проблемні питання загальної теорії цивільного права, цивільного процесу, зобов'язального, сімейного та житлового права.

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.

**Редакційна колегія:**

д-р юрид. наук, проф., акад. АПН України **С. В. Ківалов** (головний редактор), д-р юрид. наук, проф. **Ю. М. Оборотов** (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. **В. М. Дрьомін**, 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., акад. НАПрН України **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,  
професор **Р. М. Мінченко**

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 внесено до списку фахових видаць (юридичні науки).

## ПЕРЕДМОВА

Сучасний політичний та соціально-економічний розвиток України потребує постійного реформування та вдосконалення законодавства, яким закріплено правове становище громадян, організацій і їх об'єднань та встановлюються гарантії реалізації і захисту їх прав і свобод, визначених Конституцією й іншими законами України. Тому не дивно, що оновлення національного галузевого законодавства є сьогодні чи не основним питанням державно-правового життя.

Природно, що в таких умовах особливого значення набувають сучасні цивілістичні дослідження, предметом яких є висвітлення актуальних життєвих ситуацій відповідно до положень цивільного законодавства. Адже рецепіюючи передові надбання юридичної наукової думки та базуючись на нормах права, теоретичні дослідження забезпечують ефективну реакцію на потреби цивільного обороту.

На формування світогляду молодих юристів, що вивчають цивільне право та цивільний процес і досліджують актуальні проблеми сучасного законодавства з метою його вдосконалення, значно вплинула викладацька і наукова діяльність видатного науковця, знаного представника вітчизняної школи цивілістики Юрія Семеновича Червоного.

Юрій Семенович Червоний зробив значний внесок у розвиток юридичної науки України, зміцнення законності та правопорядку, виховав та сприяв вихованню багатьох відомих наукових та практичних працівників-правознавців України. Відомий науковець, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, завідувач кафедри цивільного процесу ОНЮА, учасник бойових дій, ветеран праці, заслужений юрист України, відзначений багатьма державними нагородами, він, безумовно, заслуговує на те, щоб його творчий спадок став набуттям широкого кола дослідників проблем вітчизняної цивілістики.

20 грудня 2008 року в стінах Одеської національної юридичної академії відбулося прощання з цим видатним науковцем. Провести його в останню путь прийшло багато людей, які його знали, любили, поважали. За ініціативою колег, які працювали разом з ним в Одеській національній юридичній академії, на честь цього видатного науковця було започатковано проведення щорічної наукової міжнародної конференції «Актуальні проблеми цивільного права та процесу», присвяченої пам'яті Юрія Семеновича Червоного.

Черговий збірник «Актуальні проблеми держави і права» виданий за результатами роботи конференції. У ньому розміщені статті з цивільного права та процесу, які стали результатом досліджень науковців ОНЮА, інших навчальних закладів та практичних працівників України.

Структура збірника визначена з урахуванням кола наукових інтересів Юрія Семеновича Червоного. Перший розділ збірника містить публікації, присвячені загальним проблемам цивілістики. Особлива увага тут приділена дослідженню держави з позиції юридичної антропології (В. В. Завальнюк), інституту застави в сучасній правових системах (О. С. Кізлова), імплементації Конвенції про працю в морському судноплаванні 2006 р. (Б. В. Бабін, Г. Ф. Півторак, С. В. Немерцалова), розмежуванню правосуб'єктності органів місцевого самоврядування у земельних

відносинах (Н. І. Данілко), правовим проблемам реєстрації морських суден під «зручними» прапорами (Л. М. Давиденко), понять «форми» та «способи» захисту екологічних прав громадян України (Л. А. Калишук), співвідношенню понять професійності та компетентності у правовій сфері (А. В. Званчук), природного та позитивного права (С. І. Клім) тощо.

Другий розділ присвячений проблемам цивільного процесу, оскільки Юрій Семенович Червоний тривалий час займався адвокатською діяльністю, нерідко виступав у судах в ролі представника учасників цивільних спорів та з перших днів створення в складі Одеської національної юридичної академії кафедри цивільного процесу і аж до останніх днів свого життя працював завідувачем цієї кафедри. Значна увага тут приділена проблемним питанням здійснення правосуддя в цивільному судочинстві (В. С. Бігун), деяким питанням касаційного провадження (Р. М. Мінченко), перегляду судових рішень у зв'язку з нововиявленими обставинами (І. В. Андронов), процесуальним особливостям розгляду справ щодо обмеження цивільної дієздатності фізичної особи (Н. В. Волкова), проблемам реалізації принципів змагальності й диспозитивності у Цивільно-процесуальному кодексі України (Ю. В. Неклеса), дослідженню процесуальних особливостей призначення судово-психіатричної експертизи (О. М. Соломахіна), юридичної природи цивільного позову у кримінальному судочинстві України (К. В. Можаровська), захисту прав людини у цивільному судочинстві (Г. М. Ахмач), справ щодо поділу спільного майна подружжя (Ю. Ю. Цал-Цалко) тощо.

У третьому розділі збірника містяться статті, присвячені актуальним питанням цивільного права, що дозволяє читачам скласти більш повну уяву про актуальні питання як загальної теорії цивільного права, так і зобов'язального, сімейного, житлового права. Зокрема, розглядаються питання розмежування цивільних правовідносин інтелектуальної власності та інформаційних правовідносин (Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova), особливості зобов'язань, що виникають з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави (Т. С. Ківалова), співвідношення понять «послуга» і «обслуговування» у сфері туризму (О. С. Адамова), поняття винаходу у законодавстві України (Є. Ш. Гарєєв), питання, пов'язані з правовою охороною комерційних (фірмових) найменувань в Україні (Л. Д. Романадзе), порядку укладення рентних договорів (Г. В. Озернюк), зобов'язань за брокерським договором (Ю. Г. Орзіх), досліджується місце юридичних фактів у реалізації інформаційної функції цивільного права (М. В. Матійко), порядок визначення прізвища, імені та по батькові дитини (С. А. Чванкін), забезпечення житлових прав людини (І. В. Гаверська) та інші.

За результатами розгляду вищезазначених питань науковцями та практичними робітниками пропонуються актуальні зміни у нормативні акти з метою удосконалення цивільного законодавства України. Отже, поданий збірник можна вважати вагомим внеском сучасних юристів, натхненних діяльністю свого вчителя і наставника Ю.С. Червоного, у вирішення проблеми вдосконалення українського права.

*Сергій КІВАЛОВ,*

доктор юридичних наук,  
професор, академік АПН України,  
президент Національного університету  
«Одеська юридична академія»

### ТОВАРИЩ И УЧИТЕЛЬ!

Написал я эти слова и задумался: правильно ли я расположил их? Может быть, следовало поменять местами? Однако я понял, что от перемены мест мое мнение о Юрии Семеновиче Червоном не изменится. Он всегда был для меня на протяжении более полувека и тем и другим, за что я ему буду благодарен всю свою оставшуюся жизнь. Юрий Семенович, как оказалось, знал меня с 1948 года, когда я поступил в Харьковский юридический институт. В то время он уже был студентом 4-го курса и готовился к государственным экзаменам и поступлению в аспирантуру. У него была потрясающая память (об этом его качестве речь пойдет несколько ниже), сейчас мне бы хотелось сделать акцент на его зрительной памяти, поскольку именно она и сыграла исключительно важную роль в моей судьбе в определенный период времени. В 1953 году по целому ряду причин (объективных и субъективных) я, студент 5-го курса юридического факультета Одесского государственного университета, появился на занятиях в конце апреля, уже после распределения и закрепления тем дипломных работ, когда до защиты оставалось менее месяца. Естественно, в связи с невыполнением мною учебной программы встал вопрос о продлении срока моего обучения на год и переносе защиты дипломной работы на следующий год. Но, на мое счастье, выяснилось, что в период моего отсутствия на наш факультет для работы был направлен окончивший аспирантуру Харьковского юридического института молодой ученый Юрий Семенович Червоный. Мне до сих пор не понятно, каким образом Юрий Семенович, еще до конца не будучи знакомым с коллективом юридического факультета университета и тем более со студентами, узнал об этой моей проблеме, тем не менее в деканате мне сказали, чтобы я встретился с преподавателем Ю. С. Червоным. Навряд ли Юрий Семенович имел возможность и желание часто посещать игры второй баскетбольной команды Харьковского института, за которую я имел честь тогда выступать как студент первого курса, тем не менее, по прошествии четырех лет, он сумел каким-то образом узнать меня в толпе студентов юрфака. Несмотря на то, что та фамилия Червоный ни о чем мне не говорила, как законопослушный студент, я нашел его и хотел ему представиться. И здесь он меня сразил наповал: «Женя, я помню вас по Харьковскому юридическому институту как баскетболиста!» И это при том, что прошло уже 4 года, как я покинул этот институт и стал студентом юрфака Одесского государственного университета им. И. И. Мечникова. К моему стыду я не знал его, несмотря на то, что в юридическом институте Ю. С. Червоный, оказывается, значился в качестве одного из наиболее достойных и перспективных студентов (об этом я узнал значительно позже из уст его учителей В. Гордона, В. Вильнянского, С. Л. Фукса

и его сокурсников В. Сташиса, В. Коноваловой и других лиц, близко знавших о том периоде жизни Юрия Семеновича). Юрий Семенович сказал, что знаком с моими проблемами и если я вверю свою судьбу в его руки, то мы, может быть, вместе их попытаемся разрешить. И, реализуя свои предложения о помощи, Юрий Семенович, не дожидаясь моего согласия, сказал, что выходом из создавшейся ситуации может быть выбор для написания мною дипломной работы интересной, актуальной и проблемной темы по гражданскому праву. Когда он ее назвал, я был очень удивлен, поскольку она предполагала раскрытие гражданско-правового статуса трестов. Как раз совсем недавно я прочитал рассказ Марка Твена «Трест, который лопнул» и был уверен, что не только в Америке, но и в СССР тресты давно приказали долго жить. Видя мое замешательство, Юрий Семенович практически сходу воспроизвел содержание актов начала 30-х годов, которые определяли правовой статус трестов, воспроизвел мысли, к моему стыду, неизвестных мне, но как оказалось, не только всесоюзного, но и мирового уровня цивилистов А. Венедиктова, С. Братуся, Н. Огаркова (и я думаю, что он мог продолжить цитировать еще мысли и идеи других цивилистов в подтверждение своих слов о значимости и актуальности предлагаемой им темы дипломного исследования), но я, понимая безысходность моего положения, немедленно согласился, чем не позволил ему до конца раскрыть поразившие меня его познания. Причем в ответ на мою попытку продемонстрировать и свою эрудицию в области литературы и рассказать о том, как Марк Твен юмористически отнесся к созданию и судьбе трестов, Юрий Семенович рассказал мне о том, что Марк Твен помимо юмористических зарисовок, о которых я, может быть, и имею кое-какое представление, еще и создал серьезные философские и исторические работы, и предложил ознакомиться мне с ними, что я, к своему глубокому заблуждению, сумел сделать только через много лет (прочитал «Таинственного незнакомца», «Три тысячи лет среди микробов», «Диковинный сон» и некоторые другие произведения Марка Твена) и убедился в правоте своего учителя.

Процесс написания дипломной работы как раз и дал мне основание убедиться в том, что в лице Юрия Семеновича я на долгие годы, еще не зная этого, приобрел бескорыстного товарища и учителя. Как учитель Юрий Семенович не только поставил передо мной проблемные вопросы дипломного исследования, но и определил методику и технологию их разрешения. Но до сих пор я особенно ценю его товарищеское отношение во время нашей «совместной» работы по подготовке этого дипломного сочинения. Я не постыжусь такой оценки своего вклада в ее написание, более того, сейчас я могу еще и гордиться тем, что основной вклад в написание этого сочинения был сделан Юрием Семеновичем. Он не только снабжал меня всей необходимой литературой, которую даже в нашей богатой научной библиотеке университета я не смог бы найти, но и показывал страницы, на которые я должен обратить особое внимание. Но это товарищеское отношение ко мне не мешало ему перечеркивать и подчеркивать абзацы и отдельные слова дипломной работы, и все это сопровождалось укоризненным покачиванием головы и словами: «Женя, и как вы допустили та-

кую глупость?» И это обращение ко мне — «Женя, вы», несмотря на то, что я прошел путь от студента до заведующего кафедрой, в наших отношениях сохранилось на более чем полсотни лет (но оказалось, что такое доверительное и уважительное отношение у Юрия Семеновича было к любому собеседнику).

На моих глазах Юрий Семенович прошел путь от преподавателя до заведующего кафедрой и декана юридического факультета, но это его обращение на «вы» к студентам и вспомогательному преподавательскому персоналу свидетельствует о внутренней культуре и уважительном отношении к окружающим независимо от того, кто есть кто.

К сожалению, я не присутствовал на лекциях Юрия Семеновича, однако от многих студентов я слышал только лишь восхищенные отзывы о них. Но я находил им подтверждения, слушая выступления Юрия Семеновича на заседаниях ученого совета, собраниях трудового коллектива, научных конференциях, симпозиумах и особенно на заседаниях методического совета. Его выступления всегда были, во-первых, содержательны, во-вторых, аргументированы и, в-третьих, ироничны и самоироничны. Юрий Семенович знал, чем и как заинтересовать аудиторию. Он великолепно владел приемом, который называется держать паузу. Правда, иногда он заменял этот прием риторическими вопросами, на которые сам же отвечал блестяще. Конечно, таким даром мог обладать человек, который не только владел энциклопедическими правовыми знаниями, но и знаниями истории и литературы и, кроме того, блестящей методикой изложения этих знаний. И, конечно, эти его знания предмета и владение методикой его изложения послужили причиной участия в подготовке учебников по гражданскому праву. С тех пор многое изменилось. В 60–70-е гг. прошлого столетия учебники по юридическим дисциплинам, как правило, выпускало московское издательство «Юридическая литература» и не более одного по специальности в год. Не то что сейчас — имей сто рублей либо пару друзей, и ты можешь не только издать учебник, но и претендовать на гриф Минобразования. Я счастлив, что в моей домашней библиотеке сохранился учебник «Советское гражданское право» (изд-во «Юридическая литература», Москва, 1965 г.) с автографом Юрия Семеновича как соавтора этого учебника (кстати, с грифом Минобразования СССР). Я знаю, что он был соавтором учебников, изданных в 70–80-е гг., но учебник 1965 г. — это раритет. Уже работая в коллективе Одесской национальной юридической академии, при участии и под руководством были изданы пособия по гражданскому и семейному праву, гражданскому процессу и т.д. Но все же его участие в коллективе авторов учебника «Советское гражданское право» 1965 г. является ярким доказательством его научно-педагогических способностей.

На моей памяти я не знал лучшего профессионала по способности донести свою мысль до слушателя. Арсенал его педагогических приемов был беспредельным — не только правовой материал, но и литературные источники. Обычно при воспоминаниях о Юрии Семеновиче подчеркивается его глубокое и осмысленное знание произведений И. Ильфа и Е. Петрова «12 стульев» и «Золотой теленок», его умение к месту использовать эти знания в учебном процессе. Но

я бы хотел отметить, что он не замыкался в использовании в учебном процессе только этих произведений. Он впервые для меня открыл глубину содержания произведений Ярослава Гашека «Похождения бравого солдата Швейка», а также рассказов Александра Куприна, в которых, как оказывается, затрагиваются глубинные аспекты гражданско-правовых, семейно-правовых отношений и нравственных начал. Может быть, у Юрия Семеновича были и иные любимые авторы, однако после общения с ним произведения Я. Гашека и А. Куприна стали для меня весьма и весьма ценными.

Юрий Семенович был и по характеру и по призванию цивилистом, но он разбирался не только в проблемах цивилистической науки, что послужило основанием присвоения ему звания члена-корреспондента Академии правовых наук, которого, к сожалению, не сподобился получить ни один из действующих и поныне ученых-цивилистов нашей академии. Думаю, что такие способности мыслить на перспективу послужили возникновению молвы об особенном везении Юрия Семеновича в карточной игре преферанс. Сознаюсь, что я очень верил этой молве и старался избежать такого с ним соперничества. И только спустя многие годы я понял, что его успех и победы в преферансе — это не просто везение, а результат серьезных умственных проработок и построения соответствующих комбинаций, для создания которых необходимо обладать глубоким аналитическим умом и умением реализовать особые возможности, которые обусловили и то, что Юрий Семенович оказался и хорошим администратором. Проработав на юридическом факультете ОГУ им. И. И. Мечникова с 1965 по 1980 гг. старшим преподавателем, доцентом, профессором, заведующим кафедрой, я не мог не видеть возникающие порой сложные отношения внутри коллектива, перераставшие иногда в обостренные конфликтные ситуации, и благодаря Юрию Семеновичу они разрешались безболезненно для факультета и университета. Юрий Семенович всегда находил путь и способ гасить эмоциональный пыл участников конфликта, а этому способствовал его гибкий ум и надежная житейская мудрость. К сожалению, не всякий хороший и глубокий ученый может обладать такими качествами и успешно использовать их.

Особенно пришлось в этом убедиться, когда я был избран заведующим кафедрой криминалистики, а Юрий Семенович был деканом нашего факультета. Пока я был профессором кафедры административного права наши отношения с Юрием Семеновичем строились как отношения товарищества, но мое назначение повлекло за собой их определенное изменение. В большей степени они вновь начали строиться как отношения «учитель и ученик», поскольку для меня работа по руководству в тот период такой многофункциональной кафедрой была новой. Юрий Семенович тогда многому научил меня: специфике построения отношений как внутри разнородной тогда кафедры криминалистики, так и со студентами (поскольку я пришел на факультет из милицейского учебного заведения), организации учебного процесса, планированию работы кафедры, особенно в организации хоздоговорных работ, которые впервые в истории юридического факультета были заказаны нашей кафедре и для меня также были новеллой.



Юрий Семенович стоял у истоков создания юридического факультета и несмотря на то, что его статус на этом факультете неоднократно менялся, он всегда продолжал оставаться патриотом этого факультета, стремясь поддерживать его имидж на любых уровнях. Достаточно вспомнить, что он был инициатором приглашения в качестве председателей ГЭКов на факультете таких ученых, как И. Шебанов, Г. А. Кригер, В. В. Копейчиков, и многих других, проведения научных, научно-практических конференций, симпозиумов, «круглых столов» и иных встреч самого различного уровня, в ходе которых я и другие молодые (и не очень!) участники таких встреч могли познакомиться и пообщаться с корифеями юридической науки.

С подачи Юрия Семеновича на юридическом факультете появилась аспирантура, в стены которой позже влились аспиранты зарубежных государств. Не знаю, входила ли воспитательная функция в круг обязанностей Юрия Семеновича как декана факультета по отношению к аспирантам-иностранцам, но он считал своим долгом разъяснить им преимущества социалистической системы, и Советского Союза в частности. У меня в тот период аспиранткой очно-заочной формы обучения была представительница Генеральной прокуратуры Кубы, очаровательная женщина Перес, которая была стойкой апологеткой кубинского режима, построенного на жесточайшей централизации, и считала, что этот режим необходимо распространить на все иные части земного шара. Я всегда получал истинное наслаждение, наблюдая за полемикой Юрия Семеновича с ней, в которой он пытался объяснить ей (и, как оказалось ныне, он был прав), что развитие экономики в социалистических странах может быть осуществлено за счет развития хозрасчета, расширения и углубления хозяйственных, гражданско-правовых начал во взаимоотношениях как между государством и субъектами хозяйствования, так и между последними. Он убеждал ее, что децентрализация управления производством является приоритетом в жизни государств. Только значительно позже, когда на слуху появился термин «перестройка», я осознал, что Юрий Семенович значительно ранее так называемых «молодых неолибералов» в экономике Е. Гайдара, Б. Немцова, А. Чубайса и многих других им подобных сумел понять роль рыночных механизмов в системе средств вывода социалистической экономики из состояния стагнации. Но тогда его позиция как мне, так и Перес была непонятной.

Несмотря на жаркие споры, они всегда расставались удовлетворенными спором, и как мне казалось, влюбленными друг в друга.

После окончания учебы и защиты диссертации Перес стала одним из руководителей Генеральной прокуратуры Кубы и в каждом письме, которое я получал от нее, она никогда не забывала передавать привет Юрию Семеновичу и благодарить его за серьезные и глубокие творческие дискуссии.

В 2007 году Одесская национальная юридическая академия в серии «Вчені Одеської національної юридичної академії» выпуск 7 посвятила показу, как анонсировали авторы выпуска, «наукової, педагогічної та громадської діяльності Юрія Семеновича Червоного». Несмотря на солидный объем выпуска, одна из самых ярких и содержательных сторон его жизни — вклад в развитие

отечественной правовой науки — осталась вне поля зрения авторов-составителей этого выпуска. Ни в коей мере я не хочу в чем-то их упрекнуть, более того, могу высказать им лишний раз благодарность за проделанную работу по определению достойного места ученых нашей академии в плеяде творцов правовой мысли. Допущенный пробел имеет, по моему мнению, объективную основу — слишком большой объем научных, учебных, учебно-методических и публицистических источников (о последних обычно почему-то не упоминается), оставленных Юрием Семеновичем, который необходимо осмыслить, сопоставить их содержание с временными рамками, когда они создавались, условиями, при которых Юрий Семенович стремился донести до читателя свою позицию. Ликвидировать этот пробел, разобраться в сути высказанных (либо опубликованных) им идей, предложений, заключений и иных форм, методов и способов донести свое видение по тем либо иным проблемам правоведения, является первоочередной задачей молодых ученых нашей академии, прошедших курс обучения у Юрия Семеновича.

Прожитые годы позволяют по-новому оценить прошлое. Под его влиянием меняется моя оценка людей, с которыми жизнь заставила общаться, с иных позиций давать оценку тех или иных ситуаций, складывающихся в жизни. Однако мое сознание, несмотря на то, что Юрий Семенович уже ушел из жизни, продолжает воспринимать его по-прежнему как товарища и учителя.

*Е. В. Додин,*

доктор юридических наук, профессор

Розділ 1

**ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛІСТИКИ**



## ДЕРЖАВА З ПОЗИЦІЙ ЮРИДИЧНОЇ АНТРОПОЛОГІЇ

Державна влада є одним з найбільш вивчених і одночасно дискусійних предметів юриспруденції. У зарубіжній науці державну владу зазвичай розглядають з позицій біхевіоризма, телеології, інструменталізму, структуралізму, конфліктології. У вітчизняній юридичній науці поширений погляд на державну владу як здатність і можливість держави за допомогою наявних засобів впливати на поведінку людей. У той же час юридична наука усе більш звертає увагу на зв'язаність влади з організацією впливу суб'єкта на об'єкт і активніше використовує досягнення інших наук. Серед них — антропологія, здобутки якої у вивченні державної влади є поки що доволі скромними, тоді як феномен влади у загальносоціальному сенсі слова не раз ставав об'єктом досліджень. Передусім, це праці засновника політичної антропології Людвіга Вольтмана, сучасного французького дослідника Жоржа Балаандье, російських дослідників В. В. Бочарова, Н. Н. Крадіна, В. А. Попова, В. А. Тішкова. В. Ф. Халіпов визначає антропологію влади як науку про владу над людьми, що опирається на соціоприродні дані, здібності та можливості людини [1, 243].

Антропологія влади виступає як концепція, що, по-перше, охоплює сукупність уявлень про існування людини у світі влади, по-друге, про сприйняття влади підвладними. Ця концепція, як уявляється, може стати у пригоді дослідникам держави та державної влади. Принаймні антропологія влади здатна хитнути нібито незаперечну істину про виключно соціальну природу державної влади і протистояти поширенню уявлень про державу як суто бюрократичний та/або правовий механізм.

Влада, в тому числі державна, породжується також природою людини, її інстинктами, потребами, почуттями, інтересами. У свою чергу, уже в самій владі як феномені, породженому функціонуванням живих мислячих істот, мимоволі проявляються властивості та риси людини, що надають державній владі антропоморфний характер. Державна влада з позицій юридичної антропології постає не як пасивний інструмент, що служить інтересам суспільства в цілому, або класу, або соціальної групи тощо, а як активно діючий суб'єкт, що переслідує власні інтереси [2]. Дослідженню антропологічних закономірностей державної влади і присвячена ця стаття.

Як уявляється, своєрідній антропологічній науковій експертизі може бути піддана не тільки уся традиційна предметна сфера та інфраструктура державознавства: походження і сутність держави, її форми, функції, державний механізм тощо, але й нові аспекти теорії держави, а саме — співвідношення особистості та держави, образ держави у суспільній та індивідуальній свідомості тощо.

Антропологічне (а подекуди, органіцистське) розуміння онтології державної влади є одним з найдавніших концептів в історії політичної та правової

думки. Конфуцій розглядав державу як велику сім'ю, тобто бачив у державі людську істоту у системі споріднених зв'язків. Згідно з соціальною схемою Конфуція, правитель — «син неба» (знов-таки антропна характеристика державця) — лише на декілька сходинок підносився над главою сім'ї [3, 86]. Платон бачив в ідеальній державі справедливу людину, яка має ті ж інтелектуальні здібності та пристрасті, що й людина [4, 128]. І як тут не згадати знамените слівце Людовіка XIV, кинуте непокірному паризькому парламенту: «Ви думали, панове, що ви — це держава? Помиляєтесь, держава — це я!»

Ототожнення державної влади (і навіть держави) і людини властиве було не тільки давньосхідним та античним авторам, не тільки диктаторам та абсолютним монархам, але й мислителям-раціоналістам, які започаткували модерне державознавство. Так, на обкладинці найбільш відомого твору Томаса Гоббса «Левіафан», присвяченого теорії держави, держава була зображена у вигляді велетня, який складається з маленьких людей. Антропологічним забарвленням просякнуті договірні та конституційні акти модерних держав. Так, угода «батьків-пілігримів» з «Мейфлауера» (1620 р.) проголошувала, що вони об'єднуються у громадянський політичний організм, тобто надають своєму колективі колоністів рис живої істоти.

Герберт Спенсер, критикуючи підходи Платона та Гоббса, виробив власний не стільки антропологічний, скільки органіцистський підхід до онтології суспільства та держави, згідно з яким жива істота, людина, суспільство та його політична організація, тобто держава, володіють рисами схожості та відмінності: «І ті, й інші поступово зростають у масі своїй, помалу ускладнюються, а частини їх приходять до все більшої взаємної залежності; ті й інші продовжують жити як цілі, між тим як покоління складових їхніх одиниць одно за одним з'являються та зникають, — усе це різючі особливості, які проявляються політичними тілами поряд з усіма живими тілами...» [5, 306].

І в наші дні антропологічний підхід до виявлення онтології державної влади проявляється у тому, що у суспільній правосвідомості їй приписуються властивості суто антропного характеру: наявність у держави власних інтересів (хоча в реальності у сучасної демократичної правової держави у принципі не може бути інтересів, відмінних від інтересів громадянського суспільства), здатність викликати почуття та емоції (повага, заздрість, любов, зневага, ненависть, сподівання тощо), здатність підтримувати дружбу з іншими державами або ворогувати з ними тощо. З позицій антропологізму формується те, що сьогодні отримало у політології та іміджеології назву «образ держави» (у державознавстві окремі спроби привнесення цього поняття до предметної сфери теорії держави належать Л. С. Мамуту та Ю. М. Оборотову [6]). Л. С. Мамут йде навіть далі й говорить про те, що спостережувана людьми державність запам'ятовується в їхньому уявленні в одній із двох іпостасей: або у вигляді якоїсь асоціації (спільності) індивідів, або у вигляді окремої особи (групи осіб) [7].

Походження держави є тим складовим елементом теорії держави, що зазнав найбільшого впливу антропологізму. Передусім, його рисами відмічена

аристотелівська концепція, в якій людина, як політична, тобто здатна спілкуватися з іншими, тварина є початком усіх форм організації суспільного життя — від сім'ї до держави. Патерналістські та патріархіальні теорії походження держави (Конфуцій, Р. Фільмер), різні варіанти органічної теорії (Г. Спенсер, Р. Вормс та ін.), нарешті, психологічні теорії походження держави так чи інакше були людиноцентричними. Як уявляється, антропологічний підхід до виникнення держави певною мірою простежується також у змішаній, або багатофакторній теорії походження держави.

З позицій юридичної антропології по-новому постає така усталена характеристика держави, як її форма. Загальновідомо, що формою держави є спосіб організації та функціонування державної влади, що зумовлюється багатьма різноманітними чинниками. Але, як правило, характеристика форм держави ніколи не включає антропологічної складової, що, як уявляється, суттєво її збіднює. Принаймні форма державного режиму суттєво від неї залежить. Так, тоталітарним прийнято вважати лише той державний режим, який передбачає певні людські властивості правителя, а саме — наявність у нього харизми лідера, здатності нав'язувати свою волю та свою ідеологію підвладним не тільки правовими, переважно раціональними, але й ірраціональними засобами. Слід зазначити, що обожнювання (неважливо, реальне чи удаване) правителя має не тільки суто психологічний, але й юридичний вимір, зокрема, може закріплюватися в антропоморфній титулатурі (батько народів, мати вітчизни, син бога, син неба та ін.). Так, Петро I у 1721 р. офіційно отримав від Сенату титул «Батька Вітчизни». У 1936 р. Сталін у передовій статті газети «Правда», яка була рупором державно-партійної влади, уперше був названий «Батьком народів» і ця титулатура набула характеру офіційної.

Антропологічний портрет державної влади буде неповним без усвідомлення її моральних основ. Так, у часи Конфуція зародилось уявлення про моральні чесноти як неодмінну перепустку до державної посади. І хоча воно не повсюдно стало перешкодою для усіх негативних проявів державної влади, відзначимо, що в історії є багато прикладів прогресивного впливу саме загальнолюдської моральності на розвиток державних інститутів. Пригадаймо, що перший президент США Джордж Вашингтон з моральних міркувань відмовився стати довічним президентом і навіть балотуватися на третій строк. «Прецедент Вашингтона» заклав міцну підвалину інституту протидії диктатурі у США. Взагалі, та обставина, що батьками-засновниками США стали такі високоморальні, патріотично налаштовані та гуманні особистості, як Бенджамін Франклін, Томас Джефферсон, Джордж Вашингтон, безумовно, «підняло планку» вимог до людських чеснот державного діяча або чиновника у цій країні і, так би мовити, задало правильний тон процесу державотворення. По сей день президент США усіма, навіть тими, хто за нього не голосував, вважається найбільш шанованим політиком. Джордж Вашингтон, Авраам Лінкольн, Теодор та Франклін Рузвельти, Джон Кеннеді, Рональд Рейган, а тепер і Барак Обама (останній навіть породив таке явище, як обамоманія) розглядаються не тільки як незаперечні лідери нації, але й як взірці для поведінки пересічних громадян.

Уявляється, що законодавче врегулювання питання про моральність претендента на державну посаду має високий рівень кореляції з процесами революційних змін у державному ладі. Так, не випадково, в Албанії у 1995 р. був прийнятий Закон про верифікацію моральності посадових осіб та інших осіб, зв'язаних з обороною демократичної держави. Певною мірою до нього подібні закони про люстрацію, ухвалені у Чехії та Польщі.

Взагалі антропологічний вимір державних інститутів та державної служби не є чужим і для законодавця. Це проявляється, передусім, у нормативних вимогах досягнення певного віку, наявності життєвого досвіду, розумності та моральності для зайняття певної посади. Так, за Законом про мирових суддів 1979 р. у Великій Британії переважна більшість мирових суддів (всього їх приблизно 30 тис. осіб) призначається на громадських засадах від імені королеви з урахуванням таких характеристик: середній вік (від 27 до 65 років), середній рівень достатку, бездоганна репутація, проживання у місцевості, де функціонує відповідний суд. Коллегія для розгляду справ про правопорушення неповнолітніх призначається з урахуванням ще однієї вимоги — хоча б один суддя має бути жінкою. Взагалі, формування органів ювенальної юстиції і в інших країнах містить вимогу гендерного паритету, що є ще одним проявом врахування антропологічного фактора у державотворенні та розвитку державних інститутів.

Однією із складових юридичної антропології як науки є вивчення міфу як частини державного та правового життя. Міфічні уявлення про державну владу простежуються не тільки у традиційних суспільствах (що майже вичерпно проаналізовані класиками антропології), але й модерних і навіть постмодерних. Серед них — міфи про мудрого правителя — філософа на троні, про правову державу та демократію, про всемогутність держави або правителя держави, про універсально-взірцевий або, навпаки, унікальний характер своєї державності тощо. Як приклад такого універсалістського державницького міфу можна навести слова президента Джорджа Буша, сказані ним перед випускниками Вест-Пойнту у 2002 р.: «На кінець XX століття вижила і виявилась дієздатною тільки одна-єдина модель прогресу людства», тобто західна демократія. І — прямо протилежний приклад — наголошування багатьма політиками і політологами на унікальності Російської держави як багатонаціональної, полірелігійної, розташованої у двох частинах світу та ін.

Особливо слід зупинитись на міфологізації державного правителя, яка, як уявляється, найбільш потужний потенціал має у суспільствах з досучасною політичною культурою (культурою підданства — за типологією Г. Алмонда [8, 599]) або у суспільствах з державним апаратом, який ще не перетворився на майже автоматично працюючий бюрократичний механізм. Таким є феномен Чингісхана в Імперії Монголів, Сталіна у Радянському Союзі і як найкращий зразок — Кім Ір Сена у Північній Кореї, який має усі ознаки героїчного міфу [9, 29–30] (чудесне або принаймні незвичне народження, важке дитинство та/або юність, вигнання за межі свого соціуму, випробування та боротьба з ворогами, знаходження вірних соратників, дивовижні подвиги,



загадкова смерть). Цей феномен щодо недавнього минулого Росії висвітлений А. В. Захаровим [10].

Але й демократична державність, для якої характерна інша політична культура — «культура участі» за типологією того-таки Алмонда, не є чужою антропологічній темі. В основі сучасної демократичної теорії лежить вироблений Арнольдом Геленом концепт відкритої людини. На його думку, біологічна недосконалість людини зумовлює її відкритість до світу, пластичність, здатність до змін та діяльності [11], в тому числі — політичної. Такий погляд на людину лежить в основі максимальної демократизації суспільного життя, розвитку «демократії участі». Так, на думку Ральфа Дарендорфа, демократія постає як найбільш гідний, «людський» спосіб буття людини у соціальному світі, завдяки якому у неї є шанс повної самореалізації та творчого розвитку, а політичною умовою такої реалізації є правова держава [12]. Отже, такий розгляд відносин людини та держави через антропологічну призму дозволяє «зняти» нібито вічну суперечність «особистість — держава». Ці одвічні конкуруючі та ворогуючі сутності проявляються з іншого боку: держава як один із варіантів самореалізації людини, а держава — як своєрідне дзеркало людської особистості, в якому відображені людські, антропні риси.

Уявляється, що антропологічний підхід до держави та державності на відміну від соціологічного або суто юридичного підходу дозволить актуалізувати проблеми гуманізації державної політики, захисту людини від жорстких політичних технологій, бездушної машини влади, з одного боку, і побачити «людське обличчя» у держави — з іншого. Такий підхід відкриває нетрадиційні шляхи до осмислення відносин особистості та державної влади і утвердити, нарешті, гасло, яке поки що залишається декларативним, про те, що не людина існує для держави, а держава для людини. Як видається, осмислення феномена демократичної правової соціальної держави може бути плідним напрямом для подальших пошуків у сфері антропології держави та державної влади.

### Література

1. Халипов В. Ф. Кратология как система наук о власти : монография / В. Ф. Халипов. — М. : Республика, 1999. — 303 с.
2. Ясаи Э. Государство / Энтони де Ясаи ; пер. с англ. Г. Покатовича под ред. Ю. Кузнецова. — М. : ИРИСЭН, 2008. — 410 с. — (Серия «Политическая наука»).
3. Переломов Л. С. Конфуцианство и легизм в политической истории Китая / Л. С. Переломов. — М. : Наука, 1981. — 333 с.
4. Платон. Государство // Собрание сочинений : в 4 т. / Платон. — М. : Мысль, 1994. — Т. 3. — С. 79–420. — (Философское наследие ; т. 117).
5. Спенсер Г. Опыты научные, политические и философские / Герберт Спенсер ; пер с англ. под ред. Н. А. Рубакина. — Мн. : Соврем. литератор, 1998. — 1407 с.
6. Оборотов Ю. Образы государств в глобализующемся мире // Закон и жизнь. — 2004. — № 8. — С. 4–8.
7. Мамут Л. С. Образ государства как алгоритм политического поведения // Общественные науки и современность. — 1998. — № 6. — С. 85–97.
8. Алмонд Г. Гражданская культура. Политические установки и демократии пяти наций / Габриэль Алмонд // Антология мировой политической мысли : в 5 т. — М. : Мысль, 1997. — Т. 2 : Зарубежная политическая мысль XX в. — С. 592–610.

9. Мелетинский Е. М. Мифологическое мышление. Категории мифов // От мифа к литературе. — М. : РГГУ, 2000. — С. 24–31.
10. Захаров А. В. Народные образы власти // Полис. — 1998. — № 1. — С. 23–35.
11. Гелен А. О систематике антропологии : пер. с нем. / Арнольд Гелен // Проблема человека в западной философии. — М. : Прогресс, 1988. — С. 152–200.
12. Куркин Б. А. Антропология политико-правовой теории в ФРГ // Правоведение. — 1984. — № 2. — С. 54–61.

### Анотація

*Завальнюк В. В. Держава з позицій юридичної антропології. — Стаття.*

З позицій антропологічної парадигми проаналізовані теорії походження і сутність держави, її форми, співвідношення особистості та держави, образ держави у суспільній та індивідуальній свідомості. Зроблений висновок, що антропологічний підхід до держави та державності на відміну від соціологічного або суто юридичного підходу дозволить актуалізувати проблеми гуманізації державної політики та захисту людини від зловживань державної влади.

*Ключові слова:* юридична антропологія, теорії походження держави, моральні основи держави, образ держави, міфи про державу.

### Аннотация

*Завальнюк В. В. Государство с позиций юридической антропологии. — Статья.*

С позиций антропологической парадигмы проанализированы теории происхождения и сущность государства, его формы, соотношение личности и государства, образ государства в общественном и индивидуальном сознании. Сделан вывод, что антропологический подход к государству и государственности в отличие от социологического или чисто юридического подхода позволит актуализировать проблемы гуманизации государственной политики и защиты человека от злоупотреблений государственной власти.

*Ключевые слова:* юридическая антропология, теории происхождения государства, моральные основы государства, образ государства, мифы о государстве.

### Summary

*Zavalnyuk V. V. State from the Position of Legal Anthropology. — Article.*

From the standpoint of anthropological paradigm of the origin and essence of the state, its forms, correlation of individual and the state, image of the state in the social and individual consciousness are analysed. The conclusion is made that the anthropological approach to the state and state authority as opposed to sociological or purely legal approach updates issues of humanization of the state policy and human protection against abuses of the state power.

*Keywords:* legal anthropology, origin of the state theories, the moral foundation of the nation, image of the state, myths of the state.

УДК 35.08:347.963(477)

*С. І. Нечипоренко*

## ПРОХОДЖЕННЯ СЛУЖБИ В ОРГАНАХ ПРОКУРАТУРИ ЯК РІЗНОВИД ПУБЛІЧНОЇ СЛУЖБИ

В умовах розбудови державності особливого значення набуває публічна служба як невід'ємний атрибут функціонування сучасної держави. Розгляд публічної служби у найбільш широкому розумінні дозволяє по-новому з'ясувати сутність та ознаки кадрового наповнення апарату державної влади. Особливо

актуальним це є для органів прокуратури, де проблема проходження служби є особливо важливою з огляду на специфіку функцій прокуратури. У цьому зв'язку актуальним виявляється прослідити взаємозв'язки, виділити загальне та особливе у проходженні служби в органах прокуратури та проходженні публічної служби як однієї з базових категорій сучасного адміністративного права.

Слід зазначити, що питання сутності, значення, ролі та функціонування публічної служби є предметом розгляду багатьох дослідників. До них слід віднести в першу чергу академіка С. В. Ківалова, професорів Л. Р. Білу-Тіунову, Є. В. Додіна, І. М. Пахомова, Д. М. Бахраха, В. М. Манохіна та багатьох інших.

Слід зазначити, що вперше на законодавчому рівні визначення поняття «публічна служба» було закріплено п. 15 ст. 3. Кодексу адміністративного судочинства України, згідно з яким публічна служба — це діяльність на державних політичних посадах, професійна діяльність суддів, прокурорів, військова служба, альтернативна (невійськова) служба, інша державна служба, служба в органах влади Автономної Республіки Крим, органах місцевого самоврядування [1].

З огляду на те, що зазначене законодавче положення містить невичерпний перелік видів публічної служби, ряд науковців зауважують, що існує нагальна потреба більш детальної класифікації публічної служби, оскільки визначені Кодексом різновиди є видами різного порядку, що порушує логічні правила щодо необхідності при класифікації дотримуватися єдиного критерію. Так, за класифікацією публічної служби, запропонованою С. В. Ківаловим та Л. Р. Білою-Тіуною, служба в органах прокуратури має бути віднесена до спеціалізованої служби, що у свій час виступає різновидом державної служби — одним з чотирьох основних напрямів публічної служби (наряду з політичною, суддівською та муніципальною) [2, 16–17].

Специфіка проходження служби в органах прокуратури, що визначає її віднесення до спеціалізованої служби, виражається, перш за все, тим, що діяльність органів прокуратури спрямована на всебічне утвердження верховенства права та закону, зміцнення правопорядку і має своїм завданням захист від неправомірних посягань: закріплених Конституцією України незалежності держави, суспільного та державного ладу, політичної та економічної системи, прав національних груп та територіальних утворень; гарантованих Конституцією та законами України, а також міжнародними правовими актами соціально економічних, політичних, особистих прав і свобод людини та громадянина; основ демократичного устрою державної влади, правового статусу місцевих рад та органів самоорганізації населення. Такий виключний статус прокуратури зумовлює те, що служба в її органах має свої виключні особливості.

Правовою основою проходження служби в органах прокуратури є ст. ст. 121, 122, 123 Конституції України [3], закони України «Про прокуратуру» [4] та «Про державну службу» [5], а також Дисциплінарний статут прокуратури України та Положення про класні чини працівників органів прокуратури України, що затверджені Постановою Верховної Ради України від 6 листопада 1991 року, а також інші піднормативні та індивідуальні правові акти.

Слід звернути увагу, що проходження служби в органах прокуратури України можна класифікувати таким чином:

1) за характером діяльності:

- прокурори;
- слідчі органів прокуратури;
- працівники науково-навчальних закладів прокуратури;

2) залежно від посади, що обіймається:

- Генеральний прокурор України;
- перший заступник Генерального прокурора України;
- заступники Генерального прокурора України, прокурор АРК, прокурор м. Києва;

– начальники та заступники начальників управлінь, начальники відділів, старші слідчі в особливо важливих справах Генеральної прокуратури України, старші помічники Генерального прокурора України з особливих доручень, прокурори областей, транспортні, природоохоронні та інші прокурори (на правах обласних), прокурори міст, перші заступники прокурорів АРК, областей та м. Києва, ректор Інституту підвищення кваліфікації Генеральної прокуратури України;

заступники начальників відділів, начальники відділів у складі управлінь Генеральної прокуратури України, старші прокурори, слідчі в особливо важливих справах Генеральної прокуратури України, помічники Генерального прокурора України з особливих доручень, заступники прокурорів АРК, областей, м. Києва, транспортні, природоохоронні та інші прокурори (на правах обласних) та міст, начальники управлінь та відділів прокуратури АРК, областей, транспортні, природоохоронні та інші прокурори (на правах обласних), старші слідчі в особливо важливих справах прокуратури АРК, старші помічники прокурора АРК, областей та м. Києва, прокурори міст республіканського значення, проректор Інституту підвищення кваліфікації Генеральної прокуратури України та завідувачі кафедр цього інституту, начальник учбового центру Генеральної прокуратури України;

прокурори управлінь та відділів Генеральної прокуратури України, заступники начальників, старші прокурори управлінь і відділів, слідчі в особливо важливих справах, старші слідчі прокуратур АРК, областей, м. Києва, транспортних, природоохоронних та інших прокуратур (на правах обласних), слідчі в особливо важливих справах прокуратур міст, прокуратури міст обласного та районного значення, районні та прирівняні до них прокурори, заступники прокурорів міст республіканського значення, начальники відділів, лабораторій, викладачі Інституту підвищення кваліфікації Генеральної прокуратури України;

помічники прокурорів, прокурори управлінь, відділів, прокуратур АРК, областей, м. Києва, транспортних, природоохоронних та інших прокуратур, заступники прокурорів міст обласного та районного значення, районів та прирівняних до них прокуратур, старші помічники прокурорів, старші слідчі, слідчі прокуратур міст, районів та прирівняних до них прокуратур, викладачі учбового центру Генеральної прокуратури України;

помічники міських, районних та прирівняних до них прокурорів.

Така кваліфікація відповідає, в першу чергу, системі класних чинів, що на сьогоднішній час існує в органах прокуратури. Відповідно до цієї системи, існує 10 класних чинів: державний радник юстиції, державний радник юстиції 1-го класу, державний радник юстиції 2-го класу, державний радник юстиції 3-го класу, старший радник юстиції, радник юстиції, молодший радник юстиції, юрист 1-го класу, юрист 2-го класу, юрист 3-го класу.

Зазначимо також, що специфічна система класних чинів є основою для дослідження проходження державної служби в органах прокуратури лише для дев'яти нижчих класів, оскільки проходження служби Генеральним прокурором має певні особливості.

Так, Генеральний прокурор України призначається на посаду за згодою Верховної Ради України та звільняється з посади Президентом України. Строк повноважень Генерального прокурора та підпорядкованих йому прокурорів — п'ять років. Також на Генерального прокурора поширюється норма щодо можливості звільнення його з посади у випадку висловлення недовіри Верховною Радою України. Такий специфічний правовий статус означає, по-перше, те, що на Генерального прокурора України не поширюються норми трудового права в частині інституту звільнення з посади, і, по-друге, те, що Генеральний прокурор має амбівалентний статус: як державний службовець спеціалізованої служби та як державний службовець політичної служби, оскільки його перебування на посаді часто визначається політичними мотивами Верховної Ради України та Президента України. На користь цього тезису говорить також В. Б. Авер'янов, який вважає, що «...до інституту державної служби не слід включати діяльність осіб, які хоч і виконують найважливіші державно-владні функції, але мають статус «політичних діячів», а не «державних службовців». До цих осіб В. Б. Авер'янов включає Прем'єр-міністра України, членів уряду, голів місцевих державних адміністрацій, народних депутатів України, обраних посадових осіб парламенту тощо [6, 43]. Вважаємо, що до цього переліку так чи інакше можна включити і Генерального прокурора України, який хоч і не здійснює політичної функції, але є одним із ключових серед вищих державних посад.

Згідно з українським законодавством, прокурорами та слідчими можуть призначатися виключно громадяни України, які мають вищу юридичну освіту, необхідні ділові та моральні якості. Особи, які не мають досвіду практичної діяльності за спеціальністю, проходять стажування в органах прокуратури протягом одного року. Порядок стажування визначається Генеральним прокурором України.

Особливим є статус військових прокурорів і слідчих, оскільки їх діяльність пов'язана зі специфічною практикою — а саме військовою сферою. Відповідно, особливим є і процедура проходження служби у військових прокуратурах. Військовими прокурорами і слідчими призначаються громадяни України з числа офіцерського корпусу, які проходять військову службу або перебувають у запасі та мають вищу юридичну освіту. Порядок проходження державної служ-

би носить амбівалентний характер, а їх статус є двоєдиним: з одного боку, у своїй діяльності вони підпорядковані Генеральному прокурору України, керуються Законом України «Про прокуратуру» та відповідними піднормативними актами, а з іншого — є військовослужбовцями, тому на них поширюється дія Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу» та інших нормативно-правових актів, якими встановлено правові та соціальні гарантії, пенсійне, медичне та інші види забезпечення, передбачені законодавством для осіб офіцерського складу Збройних Сил України.

Працівники органів прокуратури, наряду з іншими державними службовцями, зобов'язані раз на п'ять років проходити атестацію, порядок та зміст якої встановлюється Генеральним прокурором України. Спільним також є більшість заборон і обмежень, що накладаються на працівників прокуратури як на державних службовців. Так, не допускається сумісництво служби в органах прокуратури з роботою на підприємствах, установах та організаціях, а також із будь-яким підприємництвом, за винятком наукової та педагогічної діяльності. Не можуть бути прийняті на посаду прокурора або слідчого прокуратури особи, які були засуджені за вчинення злочину, за винятком реабілітованих.

Таким чином, особливий статус органів прокуратури визначає специфіку правового статусу державних службовців в органах прокуратури, процедуру проходження служби, присвоєння класних чинів тощо. Ці та ряд інших критеріїв визначають віднесення державної служби в органах прокуратури до спеціалізованої служби.

### Література

1. Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2006 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 35–36, 37. — Ст. 446.
2. Ківалов С. В. Публічна служба в Україні : підручник / С. В. Ківалов, Л. Р. Біла-Тіунова. — О. : Фенікс, 2009. — 688 с.
3. Конституція України : прийнята на П'ятій сесії Верховної Ради України 26 черв. 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 121.
4. Про прокуратуру : Закон України від 5 листоп. 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 53. — Ст. 793.
5. Про державну службу : Закон України від 16 груд. 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 52. — Ст. 490.
6. Авер'янов В. Б. Органи виконавчої влади в Україні / В. Б. Авер'янов. — К. : Ін Юре, 1997. — 48 с.

### Анотація

**Неципоренко С. І.** Проходження служби в органах прокуратури як різновид публічної служби. — Стаття.

У статті визначено місце служби в органах прокуратури у системі публічної служби в Україні. Запропоновано класифікацію проходження служби в органах прокуратури залежно від характеру діяльності та характеру посади, що обіймається. Зроблено висновок про амбівалентну природу публічної служби Генерального прокурора України та працівників військових прокуратур.

**Ключові слова:** публічна служба, державна служба, проходження державної служби, прокуратура України, служба в органах прокуратури.

### Анотація

*Печипоренко С. И.* Прохождение службы в органах прокуратуры как разновидность публичной службы. — Статья.

В статье определено место службы в органах прокуратуры в системе публичной службы в Украине. Предложена классификация прохождения службы в органах прокуратуры в зависимости от характера деятельности и характера занимаемой должности. Сделан вывод об амбивалентной природе публичной службы Генерального прокурора Украины и работников военных прокуратур.

*Ключевые слова:* публичная служба, государственная служба, прохождение государственной службы, прокуратура Украины, служба в органах прокуратуры.

### Summary

*Nechyporenko S. I.* Service in the Prosecution Bodies as a Kind of Public Service. — Article.

In the article the place of the service in prosecution bodies in the system of public services is defined. The classification of the service in prosecution bodies on the ground of activity character and place character is proposed. The conclusion about ambivalent nature of General prosecutor's of Ukraine and military prosecutors' public services is done.

*Keywords:* public service, state service, prosecution bodies of Ukraine, service in prosecution bodies.

УДК 343.9:343.37

*В. М. Дрьомін*

### ФОРМУВАННЯ ТІНЬОВОЇ ЕКОНОМІКИ У СФЕРІ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ЯК СОЦІАЛЬНОГО ІНСТИТУТУ

Економіка як соціальний інститут є сукупністю інституціоналізованих способів діяльності, соціальних практик, що спричиняють різні типи економічної поведінки, за допомогою яких суспільство адаптується до змін умов свого існування. Майже кожна людина виявляється включеною в економічні відносини. Економіка, за своїм змістом перебуваючи в статусі основного соціального інституту суспільства, у свою чергу диференціюється на окремі галузі, що формують відповідні інституційні утворення або соціальні інститути економіки.

Інституціоналізована злочинність — нова якість сучасної злочинності, пов'язана з глибокою деформацією основних соціальних інститутів і різних сфер суспільного життя [1]. Для інституціональних механізмів розвитку сучасного суспільства характерне поширення тіньових форм соціальної взаємодії, що призводять до деформації офіційних соціальних інститутів. У цих умовах злочинна поведінка й інші неформальні відносини набувають стійких форм, близьких до соціальних інститутів. Найбільш реальні ознаки соціального інституту кримінальні практики набувають у сфері економіки. І в цьому немає нічого дивного, адже загальновідомо, що економіка визначає базисні умови життєдіяльності кожної людини окремо і суспільства загалом.

С. Грабовський у 1998 р. у статті з вельми різкою назвою «Ментальність шпани» писав, що «вирвавшись із пут соціалістичного табору, пострадянська

людина в особі її найбільш заповзятливих екземплярів почала вибудовувати структури з таким відверто кримінальним наповненням, поводитися так «круто», що колишні часи здавалися ледь не райськими. Дуже швидко криміналізація в тих або тих формах охопила все суспільство, і коли тепер міжнародні експерти стверджують, що понад 60 % української економіки перебуває в «тіні», то це і свідчить про рівень реальної криміналізації населення. Причому криміналізації, якій значна частина громадян України (і всіх пострадянських країн) чинить опір, яку на рівні свідомості не хоче, але якісь підсвідомі чинники штовхають її до проклятого «світлого минулого», зведеного в квадрат. І хоча збільшується кількість міліціонерів на душу населення — пропорційно збільшується й злочинність» [2].

Останніми роками у вітчизняній кримінології опубліковані змістовні роботи з проблем економічної злочинності й інституціоналізації тіньової економіки. Перш за все варто назвати економіко-кримінологічне дослідження механізмів тінізації й детінізації економіки, проведене В. М. Поповичем [3]. Висновки автора багато в чому збігаються з нашим розумінням механізму інституціоналізації тіньової економіки і являють собою хорошу основу для розробки заходів, які автор зараховує до «детінізації» економіки.

Економічну злочинність досліджували А. К. Бекряшев, І. П. Белозеров, А. М. Бойко, А. Ф. Зелінський, А. П. Закалюк, В. В. Коваленко, О. Г. Кальман, Ю. В. Латов, В. М. Попович, В. П. Радаєв, Н. О. Лопашенко, Є. Л. Стрельцов, А. А. Горщак та інші вчені, які надали всебічну характеристику тенденціям у розвитку економічної злочинності в Україні, особливостям заходів, спрямованих на стримання її зростання [4]. Видатний кримінолог А. П. Закалюк у «Курсі сучасної української кримінології» глибоко проаналізував суспільно-політичні й економічні передумови детермінації економічної злочинності в сучасній Україні [5]. Тема економічної злочинності не залишається поза увагою й інших учених [6].

Криміналізація економічних відносин, зокрема в державах перехідного типу, економічна злочинність і тіньова економіка привертають дедалі більшу увагу вітчизняних і зарубіжних фахівців у сфері кримінального права й кримінології. З'являються міждисциплінарні, передусім економіко-правові й економіко-кримінологічні дослідження, присвячені цій проблемі [7].

Економічна теорія злочинів — відносно новий науковий напрям, що виник останніми роками у сфері взаємодії економічної й правової науки. Завданням дослідників, що працюють у цій галузі знань є вивчення форм і ролі тіньових відносин власності, економічний аналіз злочинної й правоохоронної діяльності, осмислення економічних аспектів правотворчих функцій держави [8].

Ми не ставимо за мету детальну характеристику економічної злочинності й тіньової економіки. Нас цікавлять перш за все механізми інституціоналізації тіньових та кримінальних практик в економічній сфері. З огляду на це необхідно визначити співвідношення понять «тіньова» і «кримінальна економіка». В економічній і кримінологічній літературі можна знайти найрізноманітніші погляди на це питання.



Деякі автори для характеристики тіньових економічних відносин використовують термін «неформальна економіка» і пропонують таку класифікацію за ступенем легальності господарських операцій: 1) легальна (неофіційна) економіка (*legal economy*) — економічна діяльність, яку не фіксують у звітності й контрактах; проте вона не порушує ні чинних законодавчих норм, ні прав інших господарських агентів (приклад — натуральне виробництво домашніх господарств); 2) неправова економіка (*out-of-law economy*) — економічна діяльність, що порушує права інших господарських агентів, але не регламентована чинним законодавством і тому перебуває в позаправовій зоні. Це «рожеві ринки» (*rosy markets*); 3) напівправова економіка (*semi-legal economy*) — економічна діяльність, що за своєю метою відповідає законодавству, але періодично виходить за його межі за характером використаних засобів («сірі ринки» — *grey markets*); 4) нелегальна, кримінальна економіка (*non-legal, criminal economy*) — економічна діяльність, заборонена законом, що за своєю суттю порушує закон, як-от: наркобізнес, незаконне виробництво зброї і незаконна торгівля нею, велика контрабанда, проституція, торгівля людьми, рекет і застосування сили — це «чорні ринки» (*black markets*) [9, 6–7].

У цій класифікації термін «тіньова економіка» не згаданий, але введено поняття «напівправова», «неправовова» економіка. На нашу думку, до тіньової економіки можна зарахувати тільки «нелегальну», кримінальну економіку. Економіка не може бути «напівправовою». Або діяльність у сфері економіки здійснюється відповідно до закону, або — протизаконно. Напівправова економіка — це, по суті, протиправна економіка.

Безумовно, не можна заперечувати, що термін «неформальна економіка» можна використовувати в науковому слововжитку. В економічній літературі його широко використовують і зазвичай під неформальною економікою розуміють ті види економічної діяльності, які не знайшли віддзеркалення в офіційній звітності. Проте потрібно враховувати, що поняття «форма» багатоаспектне, оскільки використовується у філософському, соціологічному, правовому смислах, що ускладнює його використання як системоутворювальної властивості.

А. К. Бекряшев та І. П. Білозеров зазначають, що існують різні концепції тіньової економіки. При теоретичному підході, характерному більшою мірою для вітчизняних дослідників, тіньову економіку розглядають як економічну категорію, що відображає складну систему економічних відносин. Для операціонального підходу, якому віддають перевагу закордонні дослідники, характерне визначення тіньової економіки через дії з її вимірювання. Із методологічних позицій виділяють економічний, соціологічний, кібернетичний і правовий підходи до вивчення тіньової економіки. Поширений також міждисциплінарний комплексний підхід до визначення цього поняття. У межах правових концепцій явища тіньової економіки розглядають як особливу сферу поведінки, зокрема злочинної, що відхиляється від норми. Основну увагу сфокусовано на дослідженні суспільно небезпечних форм економічної діяльності, запобіганні правопорушенням і боротьбі з ними правовими засобами (кримінологічний та кримінально-правовий контроль). Економічні концепції досліджують

тіншову економіку на глобальному, макро- і мікрорівнях, а також в інституціональному аспекті. Інституціональний рівень аналізу обирає центром дослідження соціально-економічні інститути тіншової економіки, тобто систему формальних і неформальних правил поведінки й санкції певного різновиду, і зокрема кримінально-правового характеру [10]. Саме цей аспект становить для нас особливий інтерес.

Професор В. М. Попович вважає, що тіншова економіка — це сукупність соціально-нейтральних або соціально-позитивних, неоподаткованих джерел доходів громадян, отриманих від неврахованих і неоподаткованих видів економічної діяльності, а також конгломерат соціально-негативних джерел тіншових доходів й антисоціальних джерел тіншових капіталів, отриманих за рахунок здійснення протиправних криміналізованих і криміногенних, але некриміналізованих, тіншових діянь у тих або тих сегментах суспільно-економічних, фінансових, цивільно-правових відносин у сфері цивільного обороту речей, прав, дій країни в цілому [11].

Зі сказаного зрозуміло, що автор до структури тіншової економіки включає і правомірні, і криміналізовані види економічної діяльності. Останні переважно тісно пов'язані з іншими видами тіншової економічної діяльності.

Згідно з визначенням В. В. Колесникова, «у найзагальнішому вигляді кримінальна економіка є взаємним зв'язком і обумовленістю певної інституційної структури (елементи якої для легальної економіки є переважно деструктивними), системами специфічно деформованих соціальних відносин (що спричиняють у суспільстві дисфункції легальних соціальних норм) та економічної діяльності, ураженої криміналізацією або суто кримінальною» [12, 300].

Існують й інші погляди на тіншову економічну діяльність. Так, А. П. Закалюк вважав, що термін «тіншова економіка» не є правовим. Проте, на нашу думку, саме цей термін найбільш прийнятний для характеристики економічних процесів, що виходять із-під контролю офіційних органів і вирізняються особливими (прихованими) формами економічної поведінки.

Загально визнано, що тіншова економіка є соціально-економічним явищем, тісно пов'язаним із злочинною діяльністю. У широкому розумінні тіншова економіка — це неконтрольована державою сфера виробництва, розподілу, обміну і споживання. У вузькому розумінні — це економічна діяльність, що порушує чинне законодавство, у тому числі й кримінально-правове.

Таким чином, у складі тіншової економіки можна виділити кримінальну тіншову економіку і некримінальну. «Проте чітко й однозначно виділити сектор некримінальної економічної діяльності не можливо. Причина цього — складність самого об'єкта аналізу — тіншової економіки, тісний взаємозв'язок її позитивних і негативних функцій в умовах недосконалого конкурентного середовища, необґрунтованого оподаткування, а також формальних і неформальних обмежень на відкриття і ведення бізнесу», — аргументовано доводять А. К. Бекряшев та І. П. Білозеров [10].

З огляду на високу латентність тіншової економіки вважаємо малопродуктивним її аналіз за окремими формами і видами економічної діяльності. В ок-

рему категорію слід виділити злочини у сфері економіки (кримінальну тіншову економіку), а інші види тіншової економічної поведінки варто зарахувати до інших протиправних або, згідно з термінологією соціологів, неправових тіншових економічних відносин. У межах інституціональної теорії криміналізації економіки нас цікавлять усі прояви тіншової економіки, серед яких особливе місце посідають економічні злочини — кримінальні практики у тіншовому економічному секторі.

Статистика МВС України щодо злочинів у сфері економіки в багатьох аспектах відображає лише активність правоохоронних органів. Надзвичайно висока латентність економічної злочинності не дозволяє орієнтуватися на офіційні дані, оскільки вони не відповідають реальному рівню кримінальної ураженості економічної сфери. Але якщо все-таки аналізувати судову статистику, можна відзначити відсутність різких коливань у показниках структури і динаміки економічної злочинності після 2000 р. Так, з 2003 до 2005 р. кількість злочинів у сфері економіки зросла з 42 387 до 45 107, проте протягом наступних трьох років було зафіксовано зменшення кількості зареєстрованих злочинів цієї категорії. У 2008 р. кількість злочинів економічної спрямованості зменшилася порівняно з рівнем 2007 р. на 9,7 % і становила 38 607. Причин такого становища багато, але серед основних — низька ефективність роботи правоохоронних органів і високий рівень корупції. Ці чинники визначають багато в чому й інші низькі показники виявлення економічних злочинів. Як і в попередні роки, найчастіше злочин цієї категорії скоювалися у сферах фінансів і кредиту (17,0 % таких злочинів від загальної кількості), використання бюджетних коштів (16,5 %), в агропромисловому комплексі (6,6 %), у сфері приватизації (6,1 %) і паливно-енергетичному комплексі (4,9 %).

Структурний розподіл злочинів економічного спрямування в 2002–2008 рр. залишався достатньо стабільним: щорічно в середньому 36–37 % становили посягання на власність, приблизно 20 % — протиправні діяння у сфері господарської діяльності й до 40 % — злочини у сфері службової економічної діяльності. Серед злочинів проти власності традиційно переважали привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем.

До 10 % злочинів проти власності скоєно у великих розмірах, до 20 % — в особливо великих розмірах. Достатньо поширеними є шахрайські посягання економічного спрямування. Протягом 2005–2008 рр. кількість цих посягань зросла з 4570 до 6133 (приріст становив 34,2 %). Протягом 2004–2007 рр. інтенсивно збільшувалася чисельність шахрайських дій, скоєних шляхом незаконних операцій із використанням електронно-обчислювальної техніки. Якщо в 2003 р. таких операцій було виявлено тільки 703, то в 2007 р. — вже 1348 (+91,7 %). За період з 2004 до 2008 р. на них припадало в середньому 22,2 % усіх випадків шахрайств в економічній сфері.

Поширеним видом злочинної діяльності в економічній сфері є виготовлення, зберігання, придбання, перевезення, пересилання, ввезення до України з метою збуту підроблених грошей, державних цінних паперів. Протягом 2006–2008 рр. чисельність таких злочинів у середньому становила 1430–1450.

Децо інший вигляд має динаміка злочинів, пов'язаних із забороненими видами господарської діяльності. Якщо в 2003 р. було зареєстровано лише 306 таких діянь, то за період 2004–2007 рр. їх кількість постійно зростала. Так, у 2004 р. кількість таких злочинів зросла в 3,4 раза порівняно з показником 2003 р. У 2007 р. відповідний показник становив 1636 злочинів, що в'ятеро більше, ніж в 2003 р. Аналогічні тенденції спостерігалися і в динаміці злочинів, пов'язаних із незаконним виготовленням, зберіганням, збутом або транспортуванням з метою збуту підакцизних товарів.

Професор Н. А. Гуторова акцентує, що особливу небезпеку становить криміналізація банківської сфери, тому що підриває стабільність грошово-кредитної системи, підпорядковувавши своєму впливу ключові сегменти ринку, сприяючи створенню фінансової бази для вростання організованої злочинності в органи державної влади. Злочини проти державних фінансів сьогодні набули значного поширення і становлять істотну небезпеку для держави і суспільства [13].

У фінансово-кредитній системі виникли найгостріші проблеми, характерні для економіки перехідного періоду. Економічна злочинність у кредитно-фінансових відносинах має різні форми. Деформовані кредитно-фінансові відносини створили реальну загрозу переходу контролю над грошовим оборотом до організованих кримінальних структур [14].

У структурі злочинів економічної спрямованості реєструвалися всі види передбачених кримінальним законом діянь, що свідчить про глибоке проникнення кримінальних форм поведінки в економіку. До таких злочинів належать: шахрайство з фінансовими ресурсами; легалізація (відмивання) прибутків, отриманих злочинним шляхом; порушення законодавства про бюджетну систему України; фіктивне підприємництво і фіктивне банкрутство; незаконні дії з платіжними картками й іншими засобами доступу до банківських рахунків і устаткування для їх виготовлення; порушення порядку здійснення господарської і банківської діяльності; незаконна приватизація майна; незаконне використання товарного знаку; випуск або реалізація недоброякісної продукції та ін. Таким чином, ці й інші злочини відображають різноманіття форм кримінальної заповзятливості людей, що ще раз підтверджує тезу про те, що злочинні діяння у багатьох випадках набувають характеру повсякденних соціальних практик.

Інтенсивний процес зрощення економіки і злочинності, поширення кримінальної економічної поведінки і його перетворення на домінуючу модель відносин економічних агентів у межах ринку, що формується, утвердження корупційної моделі взаємовідносин влади і бізнесу, «тіньових» норм економічної діяльності й моралі, кримінальної психології та інші супутні обставини привели до формування специфічного інституціонального утворення — кримінальної економіки [12, 287].

Як справедливо зауважує А. М. Бойко, коли інститути держави не виконують свої функції, перш за все, коли не забезпечується принцип верховенства права або економічна діяльність суб'єктів у межах формально визначених пра-

вил призводить до великих трансакційних витрат, тоді стають ефективними злочинні організації, які гарантують, організують і упорядковують виробництво, обмін і перерозподіл ресурсів, створюють значні переваги для окремих суб'єктів ринку і виконують інші функції, необхідні для ефективного розвитку бізнесу. Ці деформації призвели до поширення тіньової сторони економічного життя, коли практично обов'язковою умовою здійснення будь-якої господарської діяльності є постійна протиправна діяльність, оскільки вона є економічно мотивованою і містить у своїй основі економічний інтерес [15].

Початком виникнення організованої економічної злочинності в нашій країні можна вважати появу певної політичної та економічної свободи під час перебування, яку організована злочинність відразу використовувала у своїх інтересах. В. А. Глушков і А. Ф. Долженков стверджують, що «тіньова економіка становить основу механізму перерозподілу суспільного прибутку, стрімкого розширення суспільства на зубожілу більшість і багату меншість, а внаслідок цього і соціальної поляризації суспільства, хабарництва і корупції в державних структурах, зрощення підприємницьких структур із прошарками суто кримінального походження [16].

Л. М. Тимофеев, характеризуючи корупцію і тіньову економіку в повсякденному житті сучасного російського громадянина, зазначає, що отримана під час дослідження повсякденного життя цієї категорії населення (у Москві, Ростові-на-Дону, Костромі, Іваново, Уфі) інформація свідчить про те, що нелегальні економічні відносини пронизують усі основні сфери життєдіяльності росіян. При цьому суб'єктами тіньового порядку є не тільки виробники товарів і послуг, але і їхні споживачі. «Таким чином, йдеться не просто про зловживання в окремих відомствах і групах населення (серед чиновників, підприємців, працівників міліції, вищої школи, освіти тощо), а про всеосяжну щільну соціальну матерію, про корупційно-тіньове середовище, яке не можна швидко замінити ніякими законодавчими і репресивними заходами хоч би тому, що в суспільстві немає відповідних суб'єктів. Принаймні на це указують свідчення наших респондентів про поведінку і вдачу людей, що працюють у системі виконавчої влади, зокрема в органах охорони правопорядку» [17].

Як модель процесу інституціоналізації економічної злочинності й інших форм тіньової економіки розглянемо концепцію російських соціологів Л. Я. Косалса та Р. В. Ривкіної. На їхню думку, інституціоналізація тіньової та кримінальної економіки пов'язана з якісними, глибинними змінами в системі соціально-економічних відносин. Автори зазначають, що «із середини 80-х років усередині тіньової економіки, як і в її становищі в суспільстві, відбулася якісна зміна — її інституціоналізація» [18; 19].

Інституціоналізація тіньової економіки — це закріплення тіньової економічної поведінки (наприклад, «оготівкування» грошей, тіньовий вивіз капіталу) у ті чи ті організаційно стійкі форми, що визнаються всіма учасниками певної діяльності й трансльовані наступним поколінням зайнятих нею суб'єктів. Таким чином, пройшовши стадію інституціоналізації, тіньова економіка зазнає якісних змін: із хаотичних і випадкових, не оформлених взаємодій еконо-

мічних суб'єктів, поведінка яких не обмежена якимись жорсткими правилами, вона перетворюється на структуровану соціальну систему, яка не тільки прихована від прямого державного контролю і спостереження, а й має внутрішню самовідтворювану організацію [18, 13–14].

Очевидно, що в механізмі інституціоналізації тіньової й кримінальної економіки виявляються закони синергетики, оскільки інакше тіньова економіка знищила б економіку в цілому. Відбувається зворотне — тіньова економіка не тільки відтворює себе, але й здійснює функції відтворення легальних економічних відносин.

Таким же чином, як відбувається інституціоналізація найрізноманітніших соціальних практик, інституціоналізуються наукові напрями. На наш погляд, проблеми злочинності у сфері економіки, механізми інституціоналізації економічних кримінальних і тіньових практик повинні стати предметом вивчення економічної кримінології. Цей напрям сформувався в західній кримінології, його активно розробляють російські вчені. У межах економічної кримінології на особливу увагу дослідників заслуговують не тільки процеси криміналізації економіки і заходи протидії їй, але й механізми її інституціонального переродження, кримінальної трансформації. Інституціоналізовані кримінальні практики у сфері економіки, кримінальна економіка як соціальний інститут створюють загрозу не тільки для національної безпеки, але й морального формування людини, що й визначає науковий і практичний інтерес до цієї сфери соціальної дійсності.

### Література

1. Гилинский Я. Девиантология: социология преступности, наркотизма, проституции, самоубийств и других «отклонений» / Я. Гилинский. — С.Пб. : Юрид. центр Пресс, 2004. — 520 с.; Гилинский Я. Институциональные эффекты девиантности и социального контроля / Я. Гилинский, В. Гольберт // Российский криминологический взгляд. — 2009. — № 1. — С. 218–233; Колесников В. В. Криминология и институциональный подход: методологические возможности нового инструментария / В. В. Колесников; Саратов. центр по исслед. пробл. организованной преступности и коррупции. — Режим доступа : <http://sartraacc.sgap.ru>; Дрёмин В. Н. Преступность как социальная практика и предметная деятельность // Наукові праці ОНЮА. — О., 2006. — Т. 5. — С. 251–261; Дрёмин В. Н. Институционализация преступности и институциональная криминология: концептуальные подходы // Сучасна криминологія та проблеми протидії злочинності : зб. наук. пр. / за ред. М. П. Орзіха, В. М. Дрьоміна. — О., 2008. — С. 54–70. — (Б-ка журн. «Юридический вестник»).
2. Грабовский С. Ментальность шпаны // Зеркало недели. — 1998. — 11–17 апр.
3. Попович В. М. Тіньова економіка як предмет економічної кримінології / В. М. Попович. — К. : Правові джерела, 1998; Попович В. Понятійний апарат як засіб відображення міждисциплінарного характеру тіньової економіки // Вісник Академії правових наук України : зб. наук. пр. — 2002. — № 1. — С. 142–153; Попович В. М. Економіко-кримінологічна теорія дегінізації економіки : монографія / В. М. Попович. — Ірпінь : Акад. держ. податкової служби України, 2001. — 524 с.
4. Кальман О. Г. Стан і головні напрямки попередження економічної злочинності в Україні. Теоретичні та прикладні проблеми : монографія / О. Г. Кальман. — Х. : Гімназія, 2003. — 352 с.; Кальман О. Г. Взаємозв'язок організованої злочинності та корупції у сфері економіки // Вісник Академії правових наук України : зб. наук. праць. — 1997. — № 4. — С. 188–190.
5. Закалюк А. П. Курс сучасної української кримінології: теорія і практика. Кн. 2. Криминологічна характеристика та запобігання вчиненню окремих видів злочинів / А. П. Закалюк. — К. : Ін Юре, 2007. — С. 97–179.

6. Горшак А. А. Теневая экономика: опыт криминологического исследования / А. А. Горшак, Э. А. Дидоренко, В. М. Иванов. — Луганск, 1997. — 293 с.; Дашин І. М. До питання про криминологічне поняття економічної злочинності // Проблеми боротьби зі злочинністю у сфері економічної діяльності : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (15–16 груд. 1998 р.) — Х., 1999. — С. 66–71; Білоус В. Т. Координація боротьби з економічною злочинністю. — Ірпінь : Акад. держ. податкової служби України, 2002. — 450 с.; Гудалова К. Поняття та ознаки економічної злочинності: огляд літератури та проблемні питання // Підприємництво, господарство і право. — 2002. — № 10. — С. 87–89; Коваленко В. В. Профілактика економічної злочинності в Україні : Концептуальні засади, організаційно-правові основи, проблеми управління / В. В. Коваленко. — Х. : Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2004. — 420 с.
7. Волков В. В. Политэкономия насилия, экономической рост и консолидация государства // Вопросы экономики. — 1999. — № 10. — С. 44–59; Исправников В. О. Теневая экономика в России: иной путь и третья сила / В. О. Исправников, В. В. Куликова. — М. : Рос. экон. журн. и фонд «За экономическую грамотность», 1997. — 192 с.; Ларичев В. Д. Организованная преступность в сфере экономики // Законодательство и экономика. — 2002. — № 9; Латов Ю. В. Экономическая теория преступлений и наказаний («экономические империалисты в гостях у криминологов») // Вопросы экономики. — 1999. — № 10. — С. 60–75; Латов Ю. В. Экономическая теория преступлений и наказаний: тридцатилетний юбилей // Истоки. — М., 2000. — Вып. 4. — С. 228–270; Тимофеев Л. Наркобизнес как экономическая отрасль (теоретический анализ) // Вопросы экономики. — 1999. — № 1. — С. 88–104; Полтерович В. М. Факторы коррупции // Экономика и математические методы. — 1998. — № 3; Клямкин И. М. Теневой образ жизни. Социологический автопортрет постсоветского общества / И. М. Клямкин, Л. М. Тимофеев. — М. : Рос. гос. гуманитар. ун-т, 2000. — 68 с.; Тимофеев Л. М. Институциональная коррупция / Л. М. Тимофеев. — М. : Рос. гос. гуманитар. ун-т, 2000. — 365 с.; Тимофеев Л. М. Наркобизнес. Начальная теория экономической отрасли / Л. М. Тимофеев. — 2-е изд., перераб. и доп. — С.Пб. : Медицинская пресса, 2001. — 96 с.
8. Центр по изучению нелегальной экономической деятельности. — Режим доступа : <http://corruption.rsuh.ru>.
9. Радаев В. Теневая экономика в России: изменение контуров // Pro et Contra. — 1999. — Т. 4, № 1. — С. 5–24.
10. Бекряшев А. К. Теневая экономика и экономическая преступность [Электронный ресурс] / А. К. Бекряшев, И. П. Белозеров. — Режим доступа : <http://newasp.omskreg.ru/bekryash/ch1p1.htm>.
11. Попович В. М. Економіко-кримінологічна теорія детінізації економіки : монографія / В. М. Попович. — Ірпінь : Акад. держ. податкової служби України, 2001. — С. 101.
12. Колесников В. В. Экономическое развитие общества и преступность // Современные проблемы и стратегия борьбы с преступностью : монография / науч. ред.: В. Н. Бурлаков, В. В. Волженкин. — С.Пб., 2005. — С. 267–350.
13. Гуторова Н. О. Кримінально-правова охорона державних фінансів України / Н. О. Гуторова. — Х. : Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2001. — 384 с.; Гуторова Н. О. Фінансові злочини: необхідність виокремлення і систематизації // Вісник Університету внутрішніх справ. — 1999. — № 9. — С. 114–118; Гуторова Н. О. Організована злочинність і тіньова економіка — чи існують вони окремо? // Вісник Університету внутрішніх справ. — 2000. — Спецвипуск. — С. 9–11; Гуторова Н. О. Проблеми відповідальності за фінансові злочини, вчинені організованими групами // Вісник Університету внутрішніх справ. — 2000. — № 12, ч. 1. — С. 3–6; Гуторова Н. О. Кримінально-правова охорона податкових відносин: напрямки удосконалення законодавства // Держава і право. — 2001. — № 9. — С. 392–399.
14. Есипов В. Криміналізація кредитно-фінансової сфери [Електронний ресурс] / В. Есипов, А. Вакурин // Банковское дело в Москве. — Режим доступа : <http://www.bdm.ru/archiv/2000/01/63-65.html>.
15. Бойко А. М. Організована економічна злочинність у період переходу України до ринкової економіки // Вісник Львівського університету. — 2008. — № 46. — С. 169–177.
16. Глушков В. О. Організаційно-правові основи боротьби з тероризмом / В. О. Глушков, О. Ф. Долженков // Соціальні та правові проблеми боротьби з тероризмом. — О., 2000. — Вип. 8. — С. 47–52.
17. Тимофеев Л. М. Научно-учебный Центр по изучению нелегальной экономической деятельности: итоги и перспективы, общие принципы и направления деятельности [Электронный ресурс] / Рос. гос. гуманитар. ун-т. — Режим доступа : <http://www.rsuh.ru/article.html?id=66>.

18. Косале Л. Я. Становление институтов теневой экономики в постсоветской России / Л. Я. Косале, Р. В. Рывкина // Социологические исследования. — 2002. — № 4. — С. 13–20.
19. Теневая экономика: опыт криминологического исследования / А. А. Горшак, Э. А. Дидоренко, В. М. Иванов, Б. Г. Розовский. — Луганск : РИО ЛИВД, 1997. — 203 с.

### Анотація

*Дрёмин В. М. Формування тіньової економіки у сфері господарської діяльності як соціального інституту. — Стаття.*

У статті аналізується економічна злочинність у сфері господарської діяльності та механізми інституціоналізації тіньової економіки. Обґрунтовується, що процеси інституціоналізації економічних кримінальних і тіньових практик повинні стати предметом вивчення економічної криминології. Інституціоналізовані кримінальні практики у сфері господарської діяльності, тіньова економіка у цілому як соціальний інститут створюють загрозу для національної безпеки і вимагають системних заходів протидії.

*Ключові слова:* інститут, економічна злочинність, тіньова економіка, національна безпека.

### Аннотация

*Дрёмин В. П. Формирование теневой экономики в сфере хозяйственной деятельности как социального института. — Статья.*

В статье анализируется экономическая преступность в сфере хозяйственной деятельности и механизмы институционализации теневой экономики. Обосновывается, что процессы институционализации экономических криминальных и теневых практик должны стать предметом изучения экономической криминологии. Институционализированные криминальные практики в сфере хозяйственной деятельности, теневая экономика в целом как социальный институт создают угрозу для национальной безопасности и требуют системных мер противодействия.

*Ключевые слова:* институт, экономическая преступность, теневая экономика, национальная безопасность

### Summary

*Dryomin V. N. The Formation of the Shadow Economy in the Sphere of Economic Activity As a Social Institution. — Article.*

In the article, the economic crime in the sphere of economic activity and mechanisms of institutionalization of the shadow economy are examined. It is proven that the process of institutionalization of economic crime and shadow practices should be the subject of economic criminology. Institutionalized criminal practices in the sphere of economic activity, the shadow economy in general as a social institution threaten the national security and require a systemic of countermeasures.

*Keywords:* institutions, economic crime, the shadow economy, national security.



УДК 347.79:331.07(100).001.8

*Б. В. Бабін, Г. Ф. Півторак, С. В. Немерцалова***ПРОГРАМНИЙ ХАРАКТЕР ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ КОНВЕНЦІЇ  
ПРО ПРАЦЮ В МОРСЬКОМУ СУДНОПЛАВСТВІ 2006 Р.**

Для України питання приєднання до Конвенції про працю в морському судноплаванні 2006 р. (далі — Конвенція 2006 р.) та вибору національних форм і механізмів її імплементації має велике значення і, до речі, залишається невизначеним як на нормативному, так і на доктринальному рівнях. При цьому цікаві результати надає дослідження правових особливостей приписів Конвенції 2006 р. та форм її імплементації із використанням методології програмного правового регулювання, зокрема на міжнародному рівні. Викладення результатів такого аналізу і є метою нашої роботи. Отже, саме визначення програмних елементів норм Конвенції 2006 р., специфіки міжнародних програмних механізмів у сфері вступу Конвенції в дію та можливих програмних форм її національної імплементації є завданнями нашої статті. Додамо, що сьогодні майже відсутні, за винятком статей П. Д. Землянського [3] та О. М. Шемякіна, наукові роботи, присвячені дослідженню правових властивостей Конвенції.

Зазначимо, що необхідність програмного правового регулювання відносин у морському праві визнається навіть у преамбулі Конвенції 2006 р. Зокрема, в ній йдеться про стратегічне значення загальних правових рамок Конвенції ООН 1982 р. по морському праву, як «основи для проведення заходів та співпраці на національному, регіональному та глобальному рівнях у морському секторі». Така програмність є властивістю і самої Конвенції 2006 р. Це слід обґрунтувати, насамперед, розподілом правил і положень Кодексу Конвенції 2006 р. на частини А і В. При цьому у ч. 1 ст. 6 Конвенції 2006 р. спеціально підкреслюється, що правила і положення частини А Кодексу є обов'язковими, а положення частини В Кодексу не є обов'язковими. Водночас, згідно з ч. 2 цієї статті, держави — члени Конвенції мають приділяти «належну увагу виконанню своїх обов'язків у порядку, передбаченому в частині В Кодексу», при цьому підкреслюється взаємна залежність усіх частин Конвенції 2006 р. Приписи частини В Кодексу у ч. 4 ст. 6 Конвенції 2006 р. також мають назву факультативних постанов [6].

При цьому в положеннях ст. 6 Конвенції також вказується як на особливість внесення поправок до відповідних норм Кодексу, так і на його гнучкість. Гнучкий характер приписів Конвенції знаходить свій прояв, по-перше, у можливості для держав, у разі необхідності, виконувати докладні вимоги частини А Кодексу на основі принципу еквівалентності по суті. І, по-друге, сфера гнучкого застосування забезпечується за рахунок формулювання в більш загальному вигляді обов'язкових вимог багатьох положень в частині А, «надаючи тим самим більш широку свободу дій щодо конкретних заходів, які повинні бути передбачені на національному рівні». Саме для таких випадків, зазначається

у Конвенції 2006 р., у факультативній частині В Кодексу даються рекомендації щодо виконання. Таким чином держави-члени, що ратифікували Конвенцію, можуть встановлювати характер заходів, які можна було б очікувати від них згідно з відповідним загальним зобов'язанням в частині А, а також заходів, які не обов'язково потрібні були б в даному конкретному випадку [6]. Зазначимо, що саме такий підхід, що обумовлюється підвищеною усталеністю приписів документу, їх гнучкістю та диспозитивністю, що навіть переходить у інтерактивність, є властивим саме для програмного правового регулювання.

Програмні приписи частини В Кодексу Конвенції 2006 р. стосуються насамперед питань добросовісного виконання відповідних зобов'язань, встановлених у частині А Кодексу. Як спеціально зазначається у ч. 10 ст. 6 Конвенції, держави, що її ратифікували, не «пов'язані відповідними рекомендаціями, і в рамках державного портового контролю за дотриманням Конвенції 2006 р., відповідні інспекції будуть проводитися лише з метою перевірки виконання відповідних вимог цієї Конвенції (статей, правил і стандартів у частині А). Однак, додається у Конвенції 2006 р., саме «дотримуючись рекомендацій, що містяться в частині В, відповідна держава-член, а також органи МОП, відповідальні за здійснення нагляду за застосуванням міжнародних трудових конвенцій, можуть бути впевнені, без подальшого розгляду цього питання, в тому, що передбачені державою-членом заходи є адекватними для виконання зобов'язань за частиною А, до яких відноситься даний керівний принцип» [6].

У контексті цієї статті цікавим вбачається розподіл міжнародно-правових норм, залежно від обсягу та змісту приписів, на загальні, програмні та спеціальні, запропонований вітчизняним автором радянського періоду А. С. Гавердовським. Подібну класифікацію можна також зустріти у роботах Г. В. Ігнатенко та інших радянських фахівців. Відповідно до такої концепції, програмні норми тісно примикають до загальних міжнародних норм, але при цьому вони є «по сутності новим явищем у системі засобів міжнародно-правового регулювання». При цьому програмні норми породжують для учасників відповідні права та обов'язки, а тому їх порушення тягне ті самі наслідки, що й порушення інших міжнародно-правових норм. А. С. Гавердовський додає, що у ряді випадків програмні норми можуть мати й рекомендаційний характер, а вказівки про це будуть міститися у «міжнародних актах, розрахованих на перспективу» [1, 22]. Додамо, що в цілому кваліфікація програмних положень міждержавних договорів як специфічних міжнародно-правових норм зустрічається у роботах низки інших теоретиків міжнародного права ХХ ст., зокрема угорських авторів Л. Бузи та Г. Герчіфа [11, 89], відповідні пропозиції поділяли й окремі американські автори [10, 28]. Таку позицію Г. В. Ігнатенко вважав цілком виправданою і такою, що «відповідає природі міждержавних відносин» [4, 97].

Г. В. Ігнатенко також висловлював думку, що програмні настанови мають характер узгоджених на дво- або багатосторонній основі рішень, що мають договірну форму та «як правило, відрізняються імперативністю»; за ними держави зобов'язувалися поступово переходити до більш високої стадії правової регламентації та вести або продовжувати переговори з метою досягнення но-

вих домовленостей, ухвалення нових угод. Такі зобов'язання держав вказаний автор називає похідними, вторинними (оскільки вони ґрунтуються на основних зобов'язаннях, що містяться в угодах та «як би доповнюють їх»). Водночас такі зобов'язання Г. В. Ігнатенко називає «наростаючими», оскільки вони є прямо спрямованими на здійснення поступового переходу до більш високої стадії регулювання даної або сумезних проблем, та «перехідними», оскільки вони є своєрідними з'єднувальними ланками між ухваленим (діючим) і запрограмованим (потенційним) договорами та забезпечують їх поступовість [5, 45].

І. І. Лукашук, аналізуючи проблему програмних норм, зазначає, що практично будь-яка норма містить програмний елемент та що «більшість договорів програмують, визначають напрямки розвитку співробітництва» [7, 197]. У той же час І. Генон, характеризуючи міжнародну норму, виокремлював у ній консервативно-нормативний та програмно-нормативний аспекти; останній, на думку цього болгарського автора, не дозволяє нормі втратити власну соціальну цінність, підтримує її життєвість на необхідному рівні у нових умовах та особливо яскраво проявляється в імперативних нормах, що мають загальний характер та водночас відкривають багато шляхів власної реалізації [2, 63].

Виходячи з такої багатоманітності розуміння програмного елемента «звичайних» норм, цей автор все ж таки погоджується із наявністю «спеціальних» програмних норм. Критикуючи думку угорського автора соціалістичного періоду Л. Бузи, який стверджував, що програмні норми мають місце лише в особливих історичних умовах, у період співіснування держав з різним соціальним ладом, І. І. Лукашук, на нашу думку, справедливо вважає, що «не можна погодитися із тим, нібито програмні норми — тимчасове явище; їх існування у значному ступені обумовлено динамізмом міжнародної системи, який зберігається у майбутньому» [7, 198].

Отже, категорія програмних норм міжнародного права є визначеною, хоча й недостатньо популяризованою, в рамках правової доктрини. Повертаючись до проблеми програмності приписів Конвенції 2006 р., зокрема приписів частини В її Кодексу, слід зазначити таке. Реалізація програмних норм на міжнародному рівні та в рамках національної імплементації потребує вжиття додаткових, спеціальних програмних заходів. Варто зауважити, що відповідні заходи мають місце, зокрема, на міжнародному рівні. Так, МОП ухвалила План дій на 2006–2011 рр. щодо досягнення швидкої та всеохоплюючої ратифікації та ефективної імплементації Конвенції 2006 р. [9]. Аналіз цього документа свідчить, що цей програмний акт є глобальним, розробленим та схваленим відповідно до поточних вимог програмного менеджменту. План вступив в дію 1 вересня 2006 р., він має визначений бюджет у 5152,4 тис. дол. США та реалізується МОП разом із такими партнерами, як Міжнародна морська організація та неурядові міжнародні структури — Міжнародна федерація робітників транспорту (ITF) та Міжнародна федерація судноплавства (ISF). З боку МОП у реалізації Плану дій беруть участь Департамент міжнародних стандартів праці та Відділ секторової активності разом із регіональними підрозділами МОП.

План дій Бюро МОП був заснований на рекомендації 94-ї (морської) сесії МОП із урахуванням досвіду використання стратегічного підходу до заходів, що вжила МОП задля прийняття Конвенції 2006 р. План дій концентрує увагу, насамперед, на меті швидкої та всеохоплюючої ратифікації державами, які мають істотні інтереси у морському транспорті (держави прапору, держави порту та держави надання працівників), із спеціальною увагою щодо ратифікації Конвенції основними державами прапору. Друге завдання Плану дій полягало у забезпеченні національної імплементації Конвенції 2006 р. державами, які її ратифікували, при цьому досягнення цієї мети передбачало тісну ув'язку із процесами підготовки держав до ратифікації Конвенції 2006 р. на національному та міжнародному рівнях. Цей п'ятирічний План дій мав також покласти надійне підґрунтя для забезпечення такої імплементації через розвиток інституційних механізмів МОП та через розширення методів інформування та використання інших ресурсів задля допомоги національним урядам ефективно імплементувати вже ратифіковану Конвенцію 2006 р. При цьому в Плані дій відзначалося, що відповідні процеси виходять за п'ятирічний період його дії, тому після вступу в силу Конвенції 2006 р. передбачається схвалення додаткових міжнародно-правових програмних заходів у цій сфері [9].

При цьому активність МОП не мала, згідно з Планом дій, обмежуватися аспектами вступу Конвенції 2006 р. в силу, вона також мала бути сконцентрованою, зокрема, через вжиття програмних заходів, на окремих інших аспектах забезпечення праці у морському судноплаванні. План дій, крім того, передбачав схвалення багаторівневої стратегії із залученням багатьох партнерів задля досягнення цілей Плану через:

наявні партнерські зв'язки між організаціями судновласників та моряків і зацікавленими національними урядами усіх регіонів світу;

наявні морські організаційні структури МОП та інших регіональних і глобальних організацій та конференцій, що розміщені у ключових морських державах.

План дій на 2006–2011 рр. складався з дев'яти розділів. У Розділі I «Підґрунтя та правомочність» вказувалося на обставини ухвалення Конвенції 2006 р. та самого Плану дій. У розділі зазначалося, що успіх Конвенції 2006 р. залежить від її ратифікації та імплементації, при цьому це вимагає від МОП концентрації власних ресурсів на реалізації відповідної технічної програми співробітництва, яка буде спрямована не лише на питання ратифікації, але й на надання допомоги державам у таких сферах:

надання учасникам Конвенції 2006 р. технічної допомоги, включаючи можливу розбудову національних управлінських структур та розроблення національного законодавства згідно з вимогами Конвенції 2006 р.;

– розроблення навчальних матеріалів для інспекторів та іншого персоналу; навчання інспекторів, розроблення матеріалів стосовно Конвенції 2006 р. та навчальних матеріалів;

проведення національних та регіональних семінарів та робочих груп з питань Конвенції 2006 р. [9].

У розділі II Плану дій було окреслено його загальні риси, зокрема щодо встановлення задля його реалізації тристороннього партнерства, із активним залученням інституцій МОП, та утворення тристороннього дорадчого Комітету. При цьому вказувалося, що План дій буде реалізовуватися під егідою цього комітету в рамках загальних процедур МОП, при цьому до складу Комітету мають увійти представники від ITF, ISF та ключові представники урядів держав усіх регіонів, включаючи основних донорів Плану, через яких МОП здійснюватиме керівництво Планом дій. Цікаво, що участь у щорічних засіданнях Комітету представників сторін має здійснюватися за рахунок цих сторін, а не в рамках програмного фонду коштів.

При цьому стратегічні підходи до реалізації Плану дій передбачають здійснення заходів за трьома основними напрямками:

- забезпечення початкової та наступної підтримки заходів Плану;
- надання та обмін інформацією (щодо засобів та ресурсів Плану);
- допомога щодо імплементації.

У розділі III Плану дій вказувалися, насамперед, початкові та стратегічні цілі й завдання Плану. Зокрема, Планом передбачалося:

- до кінця 2006 р. розробити презентаційний набір засобів та ресурсів, включаючи саму Конвенцію 2006 р., та розмістити їх на сайті МОП;
- до кінця 2007 р. мати, як мінімум, десять ратифікацій із покриттям не менш ніж 15 % світового тоннажу;
- на початок 2008 р. завершити розроблення та ухвалити Керівництво щодо здійснення контролю державою порту;
- до кінця 2008 р. розробити та ухвалити Керівництво щодо здійснення контролю державою прапора;
- у 2009 р. розробити навчальні матеріали для зазначених Керівництв, мати, як мінімум, 24 ратифікації із покриттям не менш ніж 24% світового тоннажу;
- у 2010 р. завершити розроблення графіка отримання МОП звітів держав про проблеми, що виникають із встановленням системи контролю державою порту в рамках відповідних державних портових інспекцій;
- у 2011 р. мати, як мінімум, 30 ратифікацій із покриттям не менш ніж 33% світового тоннажу;
- у 2012 р. Конвенція 2006 р. таким чином мала вступити в силу.

В інших розділах Плану дій йшлося про показники Плану, надавався детальний опис заходів Плану, вказувалося про форми залучення інституцій МОП, встановлювалися зобов'язання для донорів Плану, зазначалися форми моніторингу його виконання та особливості бюджету Плану дій. При цьому спеціально вказувалося про регулярність моніторингу розвитку заходів Плану та їх оцінку відповідно до стандартних процедур МОП [9].

Як можна побачити із аналізу реальної ситуації із ратифікацією Конвенції 2006 р., завдання, встановлені у такому програмному документі, як План дій, станом на початок 2010 р. можна вважати такими, що відстають від графіка. Водночас слід визнати дотримання на практиці основної концепції реалізації Плану, зокрема щодо особливої уваги МОП на ратифікацію Конвенції про-

відними державами прапору, та щодо майже вчасного виконання структурами МОП тих завдань Плану, які залежать не від держав-учасниць, а від самої організації.

Таким чином, програмний характер міжнародних правових регулятивних заходів щодо забезпечення ратифікації Конвенції 2006 р. та її імплементації на національному рівні довів власну ефективність. Вважаємо, що Україною має бути врахована відповідна специфіка підготовки до ратифікації (адаптації) та імплементації програмних приписів Конвенції 2006 р., яка полягає в необхідності ухвалення з цього приводу спеціальних програмних актів. Саме тому в Резолюції науково-практичної конференції «Проблеми адаптації національного законодавства до міжнародних стандартів праці моряків» (Одеса, 10-11 листопада 2009 р.) Міністерству транспорту та зв'язку України спільно з Одеською національною морською академією, з залученням зацікавлених громадських морських організацій, було запропоновано розробити концепцію державної програми адаптації національного законодавства до міжнародних стандартів праці моряків [8]. На нашу думку, відповідні програмні національні заходи мають відбуватися із дотриманням таких умов:

– вони обов'язково мають бути втіленими у державну цільову програму відповідно до Закону України «Про державні цільові програми» 2004 р.;

– заходи державної цільової програми мають охоплювати періоди як адаптації України до Конвенції 2006 р. (до її ратифікації), так і імплементації нашою державою ратифікованої Конвенції;

– відповідні програмні заходи мають бути узгодженими із бюджетними програмами на відповідні роки шляхом ухвалення відповідних підзаконних актів;

– можливе отримання з боку МОП часткового фінансування заходів державної цільової програми (у формі отримання міжнародної технічної допомоги) має здійснюватися відповідно до двосторонніх документів, які Україна має схвалити з МОП на урядовому або відомчому рівні після затвердження відповідної державної програми.

Висловимо думку, що міжнародне програмне регулювання знайшло своє відображення як у програмному характері норм Конвенції 2006 р., так і через реалізацію спеціальних міжнародних програмних актів з її ратифікації та імплементації. Національна адаптація та імплементація Конвенції 2006 р. Україною також повинні мати програмний характер із дотриманням приписів законодавства та стандартів програмного управління. Розроблення відповідної державної цільової програми має стати базисом для наступного наукового аналізу відповідних правових процесів.

### Література

1. Гавердовский А. С. Имплементация норм международного права / А. С. Гавердовский. — К. : Вища шк., 1980. — 318 с.
2. Генов И. Към вопроса за основата на юридическата сила на международното право // Международни отношения. — 1981. — № 2. — С. 60–68.
3. Землянский П. Д. Конвенция о труде в морском судоходстве // Транспортное право. — 2009. — № 3. — С. 11–13.

4. Игнатенко Г. В. Заключительный акт общеевропейского совещания в Хельсинки // Правосудие. — 1976. — № 3. — С. 93–103.
5. Игнатенко Г. В. Разрядка и международные договоры / Г. В. Игнатенко. — М. : Междунар. отношения, 1978. — 88 с.
6. Конвенція Міжнародної організації праці 2006 року про працю в морському судноплаванні від 23 лютого 2006 р. [Електронний ресурс] // Офіційна база законодавства України. — Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi/>
7. Лукашук И. И. Нормы международного права в международной нормативной системе / И. И. Лукашук. — М. : Сигра, 1997. — 322 с.
8. Резолюція науково-практичної конференції «Проблеми адаптації національного законодавства до міжнародних стандартів праці моряків» (Одеса, 10–11 листопада 2009 р.) [Електронний ресурс] // Одеська національна морська академія. — Режим доступу : <http://www.onma.edu.ua/>
9. Action Plan to achieve rapid and widespread ratification and effective implementation of the Maritime Labour Convention, 2006 [Електронний ресурс] // International Labour Organization. — Режим доступу : <http://www.ilo.org/>
10. Elias T. O. Modern sources of international law // Transnational law in a changing society: essays in honor of Philip C. Jessup. — NY. : Columbia Univ. Press, 1972. — P. 23–35.
11. Herczeefh G. General Principles of Law and International Legal Order / G. Herczeefh ; transl. by Gabor Puly. — Budapest : Akademiai Kiado, 1969. — 129 p.

### Анотація

**Бабін Б. В., Пивторак Г. Ф., Немерцалова С. В.** Програмний характер імплементації Конвенції про працю в морському судноплаванні 2006 р. — Стаття.

У статті досліджено програмні особливості норм Конвенції 2006 р. Наведено теоретичне обґрунтування застосовності програмних норм у міжнародному праві. Розглянуто міжнародні програмні акти у сфері реалізації Конвенції 2006 р. та її національної адаптації. Показано необхідність програмної імплементації Конвенції 2006 р. на національному рівні, вказані необхідні умови такого програмного правового забезпечення.

*Ключові слова:* Міжнародна організація праці, Конвенція про працю моряків, План дій, міжнародні програми, програмні норми, програмна імплементація.

### Анотация

**Бабин Б. В., Пивторак Г. Ф., Немерцалова С. В.** Програмный характер имплементации Конвенции о труде в морском судоходстве 2006 г. — Статья.

В статье исследованы программные особенности норм Конвенции 2006 г. Приведено теоретическое обоснование применимости программных норм в международном праве. Рассмотрены международные программные акты в сфере реализации Конвенции 2006 г. и ее национальной адаптации. Показана необходимость программной имплементации Конвенции 2006 г. на национальном уровне, указаны необходимые условия такого программного правового обеспечения.

*Ключевые слова:* Международная организация труда, Конвенция о труде моряков, План действий, международные программы, программные нормы, программная имплементация.

### Summary

**Babin B. V., Pivtorak G. F., Nemertzalova S. V.** Program Character of the Implementation of the Maritime Labour Convention 2006. — Article.

The program specialties of the norms of the ML Convention 2006 are looked in the article. The theoretical grounds of the utility of the program norms in the international law are given. The international program acts in area of the realization of the ML Convention 2006 and its national adaptation are watched at. The duty of the program implementation of the ML Convention 2006 on national level is shown, the coherent conditions of such program legal prohibition are pointed at.

*Keywords:* International Labour Organization, Maritime Labour Convention, Action Plan, international programs, program norms, program implementation.

## ІНСТИТУТ ЗАСТАВИ В СУЧАСНИХ ПРАВОВИХ СИСТЕМАХ

Вибір теми дослідження обумовлений насамперед тим, що інститут застави надзвичайно актуальний в нині чинному цивільному законодавстві нашої країни. Крім того, при регулюванні заставних відносин досить цікавим є досвід країн з вже сформованою правовою базою щодо регулювання застави, застосування якої в нашій правовій системі має позитивне підґрунтя.

Слід зауважити, що інститут застави вивчали відомі фахівці А. Вишневський, І. Пучкова, Г. Ф. Шершеневич, Л. А. Лунц, О. С. Йоффе, Д. А. Медведєв, П. А. Філеєв, С. Я. Школьник, Л. Кассо, В. Солов'єв, С. Пергамент та інші.

Заставне право, будучи одним із найстаріших інститутів цивільного права, завжди викликало і викликатиме особливий інтерес цивілістів. Найбільш спірним є питання про правову природу застави, оскільки сама конструкція інституту застави складається з речових і зобов'язально-правових елементів, а отже виникає питання про віднесення застави або до речового, або зобов'язального права.

Розвиток інститутів цивільного права відбувається під впливом конкретно-історичних і соціально-економічних потреб.

Повною мірою це належить до розвитку речового і зобов'язального права. І. А. Покровський писав, що «одним лише правом власності міг би задовольнятися лише найпримітивніший економічний побут», і оскільки одне з основних завдань цивільного права становить розподіл майнових благ між окремими членами суспільства, тобто перш за все речей, то засобом такого розподілу є надання суб'єктивних речових прав [1].

У той самий час слід мати на увазі, що в римському праві не було класифікації майнових прав на речові й зобов'язальні, вони розрізняли лише позови речові (*actiones in rem*) і позови особисті (*actiones in personam*).

Право власності належить до речових прав, і у зв'язку з цим ми можемо говорити про фактичне володіння річчю і право на чужі речі, куди ми і відносимо право застави.

Іншими словами, межа панування над річчю може бути різна, але лише «панування обіймає річ в якнайповнішому розмірі, допускається законом, називається правом власності» [2].

І тут, безумовно, виникало питання про те, чи належить ця власність одній особі чи декільком. У рамках розвитку заставного права це питання набувало особливого інтересу, оскільки застава — це, перш за все, право на майнову цінність об'єкта, що належить конкретній особі. Саме тому ідея розділеної власності, що існувала при феодалізмі, допускала право власності на одну й ту саму річ декільком власникам, не задовольняла інтересів кредитора. У різних країнах, залежно від конкретно-історичних умов, це питання вирішувалося по-різному.



Є. А. Суханов зазначає, що німецькі пандектисти розробили теорію обмежених речових прав, яка дозволила юридично забезпечувати економічно необхідну участь однієї особи в праві власності іншої, але дана теорія не була прийнята в англо-американському праві, оскільки, додержуючись власних консервативних традицій, вони розробили замість цього систему прав власності, в якій вони розглядали «як «в'язку прав» окремі елементи, які в різному обсязі й у будь-яких поєднаннях можуть знаходитися одночасно в різних правомочних осіб, що вважаються власниками» [3]. Більшість даних прав стосуються надання правомочній особі можливості використовувати чуже майно (нерухомі речі та майнові комплекси), а застава і право притримання розглядаються як «забезпечувальне право», основним критерієм класифікації обмежених речових прав стають об'єкти відповідних прав.

На українських землях, аж до початку ХІХ століття (видання Зводу Законів Російської імперії), право власності в законодавчих актах було невизначене, хто володів майном, той і мав право здійснити на ділі всю суть права власності, у тому числі й заставне право.

Центральним інститутом речового права був інститут права власності, який впливав на розвиток всіх інститутів цивільного права. У російському праві, до ХVІІ століття, саме речове право найяскравіше відображало всі суперечності цивільного права того часу, оскільки до цього часу вже виникли закони, що регулювали речово-правові відносини, які відображали феодальний характер пануючих відносин [4].

Подальший розвиток інституту застави як речового права був перерваний створенням у Росії 1917 року нової правової системи і руйнуванням системи речового права, що існувала донині, із заборонаю власності приватних осіб на землю, промислових підприємств тощо. Вони переставали бути об'єктами цивільного обігу, а отже, не могли бути предметом застави.

У 20-х роках ХХ століття застава втратила своє значення і служила, за словами П. Ф. Митропольського, знаряддям при здійсненні господарського плану [5].

Під час вдосконалення українського цивільного законодавства було визнано неправильним положення про внесення застави до розділу «Речове право», оскільки, на думку багатьох юристів, було би правильніше вважати заставне право суто зобов'язальним правом, у якому моменти реального речового забезпечення відійшли на задній план. Полеміка з даного питання велася багато років, а в Цивільному кодексі РРФСР 1964 року заставне право, як і в сучасному російському законодавстві, було віднесено до зобов'язального права [6].

Суть речового права відображена в Німецькому цивільному уложенні (НЦУ), яке «поділяє всі речі на земельні ділянки та рухомі речі... НЦУ називає цілий ряд речових прав: право власності, особисті сервітути, узуфрукт, право забудови, право на отримання певної цінності з чужої речі (застава рухомості, іпотека нерухомості та ін.). Основним речовим правом є право власності: “Власник речі може поводитися з річчю на свій розсуд і виключати інших від будь-якого впливу на неї”» [7].

Що стосується заставного права, то в сучасному цивільному законодавстві ФРН воно так і належить до речового права і його об'єктами можуть бути як рухомі речі, так і права, які підрозділяються на речові права із зобов'язань, цінні папери і нерухомість. Слід зазначити велику кількість статей, регулюючих заставу, їй присвячені § 113 1190, § 1204 1296 Цивільного кодексу.

У ФРН речове право передбачає можливість розпорядження лише індивідуально певними речами.

У французькому праві на початку XIX століття були скасовані середньовічні цивільно-правові інститути і закладені основи сучасного приватного права. 1804 року був введений Цивільний кодекс Наполеона, книга друга Кодексу «Про майно і різні видозміни власності» була присвячена регламентації речових прав, де центральне місце посів інститут власності, і, закріплюючи це право, укладачі внесли до Кодексу правила про сервітути. У ЦК отримав розвиток і такий речово-правовий інститут, як узуфрукт, а також були закріплені ще два речово-правові інститути — користування чужою річчю і проживання в чужому будинку [8].

Іпотека у ФЦК 1804 року розглядалася як самостійний спосіб речового забезпечення зобов'язання (поряд із заставою і правом притримання). За загальним правилом іпотека може бути встановлена лише на нерухоме майно, але закон допускав встановлення іпотеки на морські, річкові й повітряні судна, які належать до категорії рухомого майна.

Сьогодні у Франції, як і в інших європейських державах, заставні операції мають значне поширення в господарському обігу, особливо вони зросли у зв'язку з можливістю здобуття банківського кредиту під заставу цінних паперів, продукції або навіть цілком підприємств. Іпотека і застава у французькому законодавстві розглядаються як різні форми речового забезпечення зобов'язань (до способів речового забезпечення належить також право притримання і привілею), тобто застава у французькому праві розуміється у вузькому смислі й не включає іпотеки.

Відносно зобов'язального права, і перш за все договірних відносин, то тут з римського права було використано ідею «рівності сторін договору, його добровільності й беззаперечності. Згода сторін була необхідною умовою дійсності договору». Згідно зі ст. 1109 «немає дійсної згоди, якщо згода була дана лише внаслідок омани або якщо вона була досягнута насильством чи обманом... У разі невиконання договору, в якому передбачалося зобов'язання боржника надати річ кредитор, останній міг вимагати через суд передання йому цієї речі». Згідно зі ст. 1142 «будь-яке зобов'язання зробити або не робити приводить до відшкодування збитків у разі невиконання з боку боржника» [9].

Аналізувати англійське право у зв'язку із своєрідністю розвитку британської правової системи досить складно.

Говорити ж про речове або зобов'язальне право і віднесення інституту застави до того чи іншого взагалі не можна, оскільки стосовно англійського права ці поняття досить відносні, крім того, між понятійним апаратом англо-

американського заставного права і системою понять континентального права немає такої відповідності.

С. П. Грішаєв зазначає, що заставне право Англії зазнає на собі вплив особливостей її правової системи; норми цивільного права, складовою частиною якого є заставне право, в Англії не кодифіковані. Наприклад, правила передачі в заставу рухомого або нерухомого майна регулюються окремими законодавчими актами і судовими прецедентами [10].

У праві Англії, як і у США і в Німеччині, право застави віднесене до обмежених речових прав. Через свій абсолютний характер обмежені речові права діють відносно всіх третіх осіб і повинні дотримуватися всіма третіми особами.

У системі англійського права цивільне право складається з безлічі розділів і підгалузей, тому заставне право може розглядатися, наприклад, у рамках контрактного права або комерційного чи торговельного, крім того, застава може регулюватися рядом законодавчих актів.

У західній юриспруденції договори визначаються в термінах контрактного права, норми якого визначають, чи підлягає примусовому забезпеченню виконання зобов'язання, однак не будь-яка угода між приватними особами визнається контрактом (наприклад, угода побутового характеру), заставні правовідносини можуть регулюватися і комерційним правом, яке охоплює питання контрактів, що укладаються у сфері споживчого кредиту [11].

Основне обмеження видів заставних обтяжень в англійському праві відбувається і на підставі загального (статутного права), і на підставі права справедливості. Так, наприклад, застава, заснована на нормах справедливості, — це договір, який створює обтяження майна, але не передає заставодержателю титул або інтерес, засновані на загальному праві. Так, за договором іпотечної застави, яка заснована на загальному праві, заставодержателю належить право володіння іпотечним майном, а також право негайно вступити у володіння цим майном, якщо договором не передбачене інше. Майно, заставлене відповідно до загального права, може заставлятися неодноразово.

По праву справедливості заставодержатель може володіти заставним майном за наявності спеціальної угоди про це або за наказом суду. Маючи відповідні повноваження, заставодержатель має право продати закладене майно або отримати судовий наказ про позбавлення заставодавця права викупу застави.

Цивільне право Сполучених Штатів Америки розвинулося з англійського цивільного права і зберегло незмінними деякі інститути, перш за все це стосується права власності на нерухомість, підлеглого через історичні традиції безлічі архаїчних норм, що склалися в середньовічному праві Англії. Діючи на користь кредитора, багато архаїчних ознак зберігає і заставне право.

Та все ж, як і в інших країнах, у США застава є одним із основних способів забезпечення виконання зобов'язання.

У праві США існує і поняття «ручної застави». Під ним розуміється залежне притримання рухомого майна для забезпечення виконання зобов'язання. Заставодержатель на додачу до права володіння заставленим майном набуває спеціального речового права на нього.

За американським правом, застава поширюється не лише на рухомі матеріальні речі, але й на «безтілесні речі», до яких належать вимоги, відображені в обігових документах, а також акції та облігації корпорацій.

Характерна особливість цивільного права США, на відміну від багатьох європейських країн, полягає в тому, що допускає іпотеку рухомих речей.

У липні 2001 року в більшості штатів США набрав чинності переглянутий дев'ятий розділ Єдиного торговельного кодексу, де якнайповніше розглядається питання про забезпечувальний інтерес у нерухомості [12].

У цьому плані цікава сама по собі категорія «забезпечувальний інтерес», оскільки вона багато в чому відповідає забезпечувальній функції застави.

Під забезпечувальним інтересом розуміється «інтерес у власності, що надається боржником кредиторів для забезпечення боргових зобов'язань». Даний інтерес забезпечує інтереси кредитора тим, що він дозволяє йому отримати власність, внесена як забезпечення, у тому разі, якщо боржник не виплатить борг.

В ЄТК регулюванню забезпечувальних угод присвячений окремий розділ, який встановив одноманітну структуру, у рамках якої можуть здійснюватися як будь-які сучасні, так і здатні з'явитися в майбутньому механізми забезпечення.

Обтяжена забезпечувальним інтересом власність розглядається як майно, що гарантує повернення кредиту. Для того щоб бути дійсним, забезпечувальний інтерес повинен виконувати три умови: 1) сторони повинні засвідчити угоду про забезпечення, в якій дається опис майна кредиту, що гарантує повернення, або боржник повинен надати майно, що гарантує повернення кредиту у володіння кредитора; 2) кредитор повинен зробити зустрічне задоволення за набуття забезпечувального інтересу (як правило, надання грошового кредиту); 3) боржник повинен володіти речовими правами відносно наданої для забезпечення власності.

В ЄТК перелік видів забезпечувальних угод має приблизний характер, що дає можливість їх розширити через обставини, які змінилися. ЄТК містить ряд універсальних термінів, які можуть використовуватися сторонами при створенні власних правових структур засобів забезпечення, і це, перш за все, такі поняття, як «забезпечувальний інтерес», «забезпечувальна угода» і ряд інших.

Як бачимо, віднесення застави до речового права або зобов'язального в різних країнах, залежно від традицій, що склалися в праві, відбувалося по-різному.

Певні моменти в розвитку заставного права, безумовно, можна використати в майбутньому.

### Література

1. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. — М., 1998. — С. 207.
2. Хвостов В. М. Общая теория права : элементарный очерк / В. М. Хвостов. — С.Пб. : Тип. Н. П. Карбасникова, 1906. — С. 121.
3. Суханов Е. А. Понятие и виды ограниченных вещных прав // Вестник МГУ. Сер. 11. Право. — С. 3.

4. Чередникова М. В. О вещных правах по Гражданскому кодексу Российской Федерации. — С. 110.
5. Митропольский П. Ф. О формах банковского кредита // Кредит и хозяйство. — 1927. — № 8–9. — С. 19–29.
6. Новицкая Т. Е. Проблемы правового регулирования имущественных отношений в России во второй половине XVIII в. // Вестник МГУ. Сер. 11. Право. — 2007. — С. 84–108.
7. Бостак Л. М. Історія держави і права зарубіжних країн / Л. М. Бостак, С. К. Бостак. — С. 491.
8. История государства и права зарубежных стран : учеб. для вузов. В 2 т. Т. 2. Современная эпоха / отв. ред. Н. А. Крашенинникова. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Норма, 2006. — С. 657–658.
9. Глиняний В. П. Історія держави і права зарубіжних країн : навч. посіб. / В. П. Глиняний. — 5-е вид., переробл. і допов. — К. : Істина, 2008. — С. 552.
10. Гришаев В. П. Практика применения залогового законодательства в России и за рубежом / В. П. Гришаев. — М. : Юрис, 1992. — С. 24.
11. Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование / рук. авт. кол. В. В. Залесский. — М. : Норма, 1999. — С. 192.
12. Бернам У. Правовая система США. Вып. 3 / У. Бернам. — М. : Новая юстиция, 2007. — С. 673.

#### Анотація

**Кізлова О. С.** Інститут застави в сучасних правових системах. — Стаття.

Дана стаття присвячена розгляду питань встановлення особливостей застави як способу забезпечення виконання зобов'язань, аналізується комплекс заставних цивільних правовідносин у різних правових системах.

*Ключові слова:* застава, заставні цивільні правовідносини.

#### Анотация

**Кизлова Е. С.** Институт залога в современных правовых системах. — Статья.

Данная статья посвящена рассмотрению вопросов определения особенностей залога как способа обеспечения исполнения обязательств. Анализируется комплекс залоговых гражданских правоотношений в различных правовых системах.

*Ключевые слова:* залог, залоговые гражданские правоотношения.

#### Summary

**Kizlova O. S.** Pledge Institute in Modern Legal Systems. — Article.

This article is devoted to a research into the legal nature of the pledge, an analysis of conceptual provisions of system of pledge civil legal relationships different legal systems.

*Keywords:* pledge, system of pledge civil legal relationships.

## ДО ПИТАННЯ ЩОДО ОРГАНІЗАЦІЙНО-МАЙНОВОЇ ПРИРОДИ ФІНАНСОВОГО ПРАВОВІДНОШЕННЯ

Характеристика фінансового правовідношення є дуже багатоаспектною. Цей аналіз може стосуватися як його динаміки, змісту, так і різних аспектів останнього. Той наголос, який застосував Є. А. Вознесенський відносно економічної природи фінансів, економічних відносин: «звернувшись до спеціальної економічної літератури, виявили, що дискусійними є практично всі основоположні питання теорії фінансів і фінансових відносин» [11, 31], можна повною мірою віднести і до фінансового правовідношення. Окремі сторони цієї проблеми досліджувались вже на межі ХІХ–ХХ сторіччя. Про поняття фінансового правовідношення вже йшлося в роботах С. І. Іловайського, Д. Львова, І. Х. Озерова, І. І. Янжула [7; 8; 10; 17; 25] та інших. Навряд чи можна робити висновок, що на цьому етапі вже сформувався закінчена концепція фінансового правовідношення, але окремі положення вчення про нього вже були сформовані. Саме вони і стали активним поштовхом для розвитку досліджень ХХ сторіччя. За радянської доби цей напрямок фінансово-правової науки пов'язується з поглядами таких фахівців, як М. І. Піскотін, Ю. А. Ровинський, С. Д. Ципкін [13; 15; 23] та ін.

Але найбільш інтенсивно цей напрямок почав досліджуватись наприкінці ХХ сторіччя в працях Л. К. Воронової, О. Ю. Грачової, М. В. Карасьової, М. П. Кучерявенка, П. С. Пацурківського, Е. Д. Соколової, Н. І. Хімічевої [3; 12; 18; 22] та інших. Збагачення, глибина досліджуваних проблем не виключає і того, що однотайність по значній кількості питань ще не досягнута. Це обумовлюється дуже інтенсивним розвитком цього кола суспільних відносин, бурхливим розвитком фінансового законодавства, появою нових або удосконаленню вже існуючих суспільних явищ, які потребують адекватного правового регулювання в режимі фінансово-правової галузі.

Розвиток теорії фінансового правовідношення базується на принциповому розмежуванні типів фінансових відносин. «Фінансові відносини охоплюють весь спектр:

економічні грошові відносини, пов'язані з формуванням та використанням централізованих грошових фондів держави, які акумулюються в державній бюджетній системі, та урядових позабюджетних коштів;

– економічні грошові відносини, що опосередковують кругообіг децентралізованих грошових коштів підприємств» [2, 15]. На цьому положенні фактично і базується принциповий розподіл відносин, які мають регулюватись на засадах влади та підпорядкування та на умовах угод. При цьому треба погодитись з А. А. Нечай, що до такої системи логічно додати і відносини, «що виникають з приводу утворення, розподілу та використання централізованих та децентралізованих коштів органів місцевого самоврядування, а також публіч-

них фондів коштів, які не є державною чи комунальною власністю» [9, 47–48]. В той же час навряд чи таке уявлення Е. О. Вознесенського доцільно розглядати як помилкове. Характеристика фінансів радянської доби наприкінці 60-х років XX сторіччя об'єктивно вимагала розподілення їх лише на дві підсистеми: безпосереднього державного впливу (централізованих грошових фондів держави) та опосередкованого державного впливу (централізовані грошові кошти підприємств). Більш того, останні теж-таки були об'єктом імперативного державного регулювання, коли йшлося про державні підприємств та організації (яких була переважна більшість). Колгоспи та кооперативні організації в певному сенсі мали змогу організовувати рух грошових коштів на власний розсуд, за власними інтересами, але при безпосередньому рекомендаційному впливі державного регулювання. Звісно, на той час про фінанси територіальних громад не могло і йтися (ми зараз не зупиняємося на природі фінансових коштів радянський республік та автономних республік). Тому уточнення А. А. Нечай безсумнівно є логічним, але воно пов'язане не з хибною Е. О. Вознесенського, а принциповою зміною суспільних відносин.

Н. І. Хімічева характеризує фінансове правовідношення як урегульоване нормами фінансового права суспільного відношення, учасники якого виступають як носії юридичних прав і обов'язків, які регулюють приписи щодо створення, розподілу та використання державних грошових фондів та доходів, що містяться в цих нормах [19, 60]. О. Ю. Грачова та Е. Д. Соколова підкреслюють, що фінансове правовідношення — це суспільне відношення, яке виникає під час створення, розподілу та використання фондів коштів та врегульоване нормами фінансового права, учасники якого володіють відповідними юридичними правами і обов'язками [4, 27]. Безумовно, що деталізованому правовому регулюванню підлягають такі фінансові відносини, які виникають під час руху публічних фондів коштів, які будуються між специфічними суб'єктами та відносно певного об'єкта. Стосовно першого — це обов'язкова наявність суб'єкта владних повноважень або безпосередньо держави, стосовно другого — це специфічний різновид майна — публічних грошових фондів держави або територіальних громад.

Фінансове правовідношення, виступаючи різновидом правовідношення взагалі, характеризується і всіма його ознаками: виникає на підставі фінансово-правової норми; виступає як форма реалізації фінансово-правової норми; має вольовий характер; обумовлене інтересами держави; гарантується державним примусом і т.д. Правда, треба враховувати, що ці ознаки формалізуються в умовах впливу на фінансову діяльність у специфічному вигляді, завдяки низці засобів та форм, що притаманні виключно фінансово-правовому регулюванню. Йдеться і про зміст інтересу, який реалізується, співвідношення видів інтересів, природи примусу в окремих інститутах фінансово-правової галузі і т.д.

Специфічні ознаки фінансового правовідношення обумовлені предметом та методом регулювання. Перш за все, це стосується сфери регулювання — фінансової системи держави, визначення меж фінансової діяльності держави [14; 24]. Крім цього, фінансове правовідношення є публічно-правовим відношенням, що

впливає із влади та виступає формою реалізації публічних інтересів. Реалізуючи імперативний припис фінансово-правової норми, заснований на підкоренні зобов'язаної сторони фінансового правовідношення владній, держава видає владні приписи, яким мають підкорятися інші суб'єкти фінансових правовідносин. До того ж фінансове правовідношення є похідним правовідношенням та виступає як економічне відношення, яке має правову форму та виражає грошовий характер. Ю. А. Ровинський звертає увагу, що головною особливістю фінансових правовідносин є те, що вони виступають юридичною формою виразу та закріплення фінансових відносин, які, у свою чергу, є формою певних економічних відносин [14, 134; 16, 45, 46]. Л. К. Воронова також підкреслює, що фінансові правовідносини знаходяться у сфері впливу держави на відносини, які виникають у процесі розподілу й перерозподілу національного доходу країни, утворення й використання фондів коштів, виникають, змінюються і припиняються фінансові правовідносини [20, 69–77]. На підставі цього ми приходимо до зрозумілого та сприйнятого всіма фінансистами-правознавцями, що фінансові правовідносини є юридичною формою вираження фінансових відносин, коли останні можуть існувати виключно в правовій формі.

Суттєвою ознакою фінансових правовідносин є їх майновий характер при врахуванні того, що таким майном виступають гроші, а точніше — грошові фонди держави та територіальних громад. Це обумовлюється економічним змістом фінансових правовідносин, які виникають, змінюються і припиняються саме при формуванні, розподілі й використанні фондів коштів, необхідних для існування держави, забезпечення потреб суспільства та територіальних громад. Акцент на майновий характер фінансово-правових відносин не повинен виводити з поля зору і важливість організаційного сенсу цього різновиду правовідносин.

Р. Й. Халфіна, характеризуючи предмет і систему фінансового права, вказує на організаційний характер фінансових відносин [21, 197; 5, 9]. Але такий акцент доречний виключно в поєднанні з попереднім, коли організується рух специфічного майна — фондів коштів. Фінансові правовідносини, як підкреслював С. Д. Ципкін, «...кінцевою метою мають рух коштів...і завжди виникають (у кінцевому підсумку) з приводу коштів» [16, 48]. В той же час дуже важливо чітко визначитись — стосовно чиїх коштів організуються ці відносини. Можна сперечатися щодо більшої точності при цьому в акценті на державні кошти, публічні кошти, але залежно від кута погляду буде йтися про одне і те ж. Разом з тим складно погодитись з деякими новелами в поглядах сучасних дослідників фінансово-правової науки.

Так, О. М. Ашмарина, характеризуючи склад фінансової системи та відносин, які її виражають, включає до сфери фінансово-правового регулювання відносини, що виникають у зв'язку з формуванням, розподілом та використанням приватних фондів грошових коштів. «...Ці відносини мають ще менш безпосередній та імперативний характер. Вони можуть і повинні заключатися в застосуванні державою тих чи інших важелів, що стимулюють утворення, розподіл і використання фондів грошових коштів з врахуванням інтересів держа-



ви і в контролі за додержанням фінансової дисципліни всіма суб'єктами економічної діяльності.

При цьому хотілося ще раз підкреслити необхідність віднесення цих відносин до фінансово-правових у зв'язку з економічними перетвореннями сучасного часу» [1, 30]. Навряд чи з цим можна погодитись. За формальною ознакою — це лише гасло, без якої-небудь відповідної аргументації. За змістом — треба чітко враховувати, що є підставою для віднесення тих чи інших коштів до сфери фінансово-правового регулювання. Узагальнюючі, можна акцентувати: йдеться про кошти власника, який є публічним утворенням (держава, територіальні громади); використовуються такі фонди для фінансового забезпечення виконання завдань та функцій таких утворень; регулюється обіг таких коштів імперативними методами і т.д. Безумовно, що приватні фонди коштів і утворюються, і управляються зовсім за різними умовами та підставами.

Цей аспект характеристики фінансових правовідносин пов'язується із специфічною роллю держави як владного організатора. С. В. Запольський пише: «Участь держави в ролі владного організатора суспільного виробництва дозволяє йому самостійно визначати долю суспільного продукту, яка має бути перерозподілена, та в зв'язку з цим формувати фінансові фонди ... Якщо мотивом, що спонукає до цього виду діяльності держави є об'єктивна економічна необхідність в здійсненні розподілення та перерозподілення, то практична реалізація цієї потреби суспільства досягається застосуванням владного веління держави, що виражено імперативно і вичерпно» [6, 41]. Складно сперечатися із принциповою роллю держави в організації як взагалі суспільного виробництва, так і особи, яка організує обіг фінансів. У той же час навряд чи можна будувати визначення його ролі за рахунок реалізації лише власних інтересів, виключно самостійно. Держава організує ці відносини, але на базі врахування та узгодження всіх інтересів у суспільстві, дотримання об'єктивних пропорцій суспільного виробництва. Тому навряд чи є сенс протиставляти мотив, що спонукає державну діяльність (об'єктивну економічну необхідність) та реалізацію владного веління. Саме базуючись на об'єктивних економічних реаліях, держава і має змогу, підстави діяти імперативними засобами. По-перше, це стосується того, що йдеться про управління власником обігу своїх коштів (правда, в цьому випадку безпосередньо імперативні форми регулювання стосуються публічної частки суспільного продукту, тоді як стосовно частки, що знаходиться в обігу юридичних та фізичних осіб переважно застосовуються диспозитивні методи). По-друге, в широкому сенсі будь-яке управління завдяки використанню правових форм вже є державне втручання, засіб реалізації владного веління, бо за будь-яким правовим приписом стоїть можливість застосування примусу держави.

З приводу цього С. В. Запольський аргументовано зауважує, що «в основі будь-якого фінансового відношення міститься вольовий вплив держави на учасників суспільного виробництва з метою задоволення майнових інтересів держави завдяки, можливо, навіть певного обмеження майнових інтересів перших» [6, 41–42]. При цьому хотілося б зробити два зауваження. По-перше,

в такому контексті точніше говорити про будь-яке відношення, що врегульоване фінансово-правовими нормами, фінансове правовідношення. Бо фінансові відносини як сфера правового впливу передбачають участь у цьому і інших правових норм, природа яких пов'язана з диспозитивними засобами впливу на поведінку учасників. По-друге, складно погодитись з тим, що задоволення майнових інтересів держави в режимі фінансових відносин здійснюється шляхом обмеження майнових інтересів інших учасників суспільного виробництва. Майнові інтереси держави реалізуються в режимі виконання безумовних обов'язків інших учасників виробництва, і це зовсім не означає посягання на їх інтереси. Навпаки, реалізація безумовних обов'язків (наприклад, сплата податків) і є шляхом забезпечення їх власних інтересів. На наш погляд, не треба пов'язувати в цьому випадку інтерес з отриманням чогось виключно з можливістю реалізовувати права, претендувати на якусь частку майна або послугу. Виконання обов'язку в цьому випадку дає можливість сформувати фонди, зібрати кошти, які зможуть забезпечити державні видатки, тобто фінансувати соціальні виплати і, власне, реалізувати інтереси інших учасників суспільного виробництва.

#### Література

1. Ашмарина Е. М. Некоторые аспекты расширения предмета финансового права в Российской Федерации: проблемы и перспективы : монография / Е. М. Ашмарина. — М. : Полиграф ОПТ, 2004.
2. Вознесенский Э. А. Дискуссионные вопросы теории социалистических финансов / Э. А. Вознесенский. — Ленинград : Изд-во Ленингр. ун-та, 1969.
3. Воронова Л. К. Финансовое право : учеб. пособие для студ. юрид. вузов и фак. / Л. К. Воронова, Н. П. Кучерявенко. — Х. : Легас, 2003.
4. Грачева Е. Ю. Финансовое право / Е. Ю. Грачева, Э. Д. Соколова. — М. : Юриспруденция, 2000.
5. Ермакова Т. С. Финансовые правоотношения (теоретические проблемы) : учеб. пособие / Т. С. Ермакова. — Л. : Изд-во ЛГУ, 1985.
6. Запольский С. В. Дискуссионные вопросы теории финансового права : монография / С. В. Запольский. — М. : РАП : Эксмо, 2008.
7. Иловайский С. И. Учебник финансового права. Вып. 1 / С. И. Иловайский ; под ред. Н. Т. Яснопольского. — О. : Тип. Л. С. Шутака, 1912.
8. Львов Д. Курс финансового права : учебник / Д. Львов. — Казань : Тип. Имп. ун-та, 1887.
9. Нечай А. А. Проблеми правового регулювання публічних фінансів та публічних видатків : монографія / А. А. Нечай. — Чернівці : Рута, 2004.
10. Озеров И. Х. Основы финансовой науки / И. Х. Озеров. — М., 1908.
11. Пацурківський П. С. Правові засади фінансової діяльності держави: проблеми методології / П. С. Пацурківський. — Чернівці : Чернівецьк. ун-т, 1997.
12. Пацурківський П. С. Проблеми теорії фінансового права / П. С. Пацурківський. — Чернівці : Чернівецьк. ун-т, 1998.
13. Пискотин М. И. Советское бюджетное право / М. И. Пискотин. — М. : Юрид. лит., 1971.
14. Ровинский Е. А. Основные вопросы теории советского финансового права / Е. А. Ровинский. — М. : Госюриздат, 1960.
15. Ровинский Е. А. Советское финансовое право : учеб. пособ. для студ. ВЮЗИ / Е. А. Ровинский. — М., 1957.
16. Советское финансовое право : учебник / под ред. В. В. Бесчеревных, С. Д. Цыпкина. — М. : Юрид. лит., 1982.
17. Тургенев Н. И. Опыт теории налогов / Н. И. Тургенев. — М., 1937.
18. Финансовое право : учебник / под ред. Е. Ю. Грачевой. — М. : Право и закон : КолосС, 2003.
19. Финансовое право : учебник / отв. ред. Н. И. Хмичева. — М. : Юристь, 2001.
20. Финансовое право : підручник / відп. ред. Л. К. Воронова. — Х. : Консум, 1999.

21. Халфина Р. О. К вопросу о предмете и системе советского финансового права // Вопросы советского административного и финансового права. — М. : Изд-во АН СССР, 1952.
22. Химичева Н. И. Налоговое право / Н. И. Химичева. — М. : БЕК, 1996.
23. Цыпкин С. Д. Доходы государственного бюджета СССР. Правовые вопросы / С. Д. Цыпкин. — М., 1973.
24. Цыпкин С. Д. Финансово-правовые институты, их роль в совершенствовании финансовой деятельности советского государства / С. Д. Цыпкин. — М. : Изд-во МГУ, 1983.
25. Янжул И. И. Основные начала финансовой науки / И. И. Янжул. — С.Пб., 1904.

### Анотація

*Лукашев О. А.* До питання щодо організаційно-майнової природи фінансового правовідношення. — Стаття.

Досліджуються ознаки фінансового правовідношення, яке, виступаючи різновидом правовідношення взагалі, характеризується і всіма його ознаками. Аргументується позиція щодо принципової ролі держави в організації як взагалі суспільного виробництва, так і особи, яка організує обіг фінансів. Держава організує ці відносини, але на базі врахування та узгодження всіх інтересів у суспільстві, дотримання об'єктивних пропорцій суспільного виробництва.

*Ключові слова:* фінансове правовідношення, види фінансових відносин, ознаки фінансового правовідношення.

### Анотация

*Лукашев О. А.* К вопросу об организационно-имущественной природе финансового правоотношения. — Статья.

Исследуются признаки финансового правоотношения, которое, выступая разновидностью правоотношения вообще, характеризуется и всеми его признаками. Аргументируется позиция относительно принципиальной роли государства в организации как вообще общественного производства, так и субъекта, который организует оборот финансов. Государство организует эти отношения, но на базе учета и согласования всех интересов в обществе, соблюдения объективных пропорций общественного производства.

*Ключевые слова:* финансовое правоотношение, виды финансовых отношений, признаки финансового правоотношения.

### Summary

*Lukashev O. A.* On the Organizational Nature of the Estate of the Financial Relation. — Article.

Signs of the financial relation which acting as a relation version in general, is characterised also by all its signs Are investigated. The position concerning a basic role of the state in the organisation as in general a social production, and the subject which will organise a turn of the finance is given reason. The state will organise these relations, but on the basis of the account and the coordination of all interests in a society, observance of objective proportions of a social production.

*Keywords:* financial relation, types of financial relations, signs of the financial relation.

## РОЗМЕЖУВАННЯ ПРАВОСУБ'ЄКТНОСТІ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ РІЗНОГО РІВНЯ У ЗЕМЕЛЬНИХ ВІДНОСИНАХ

Правове регулювання розмежування правосуб'єктності органів місцевого самоврядування в земельних відносинах залишається на сьогодні в Україні надзвичайно актуальним. Шлях, який пройшла Україна за час свого незалежного, суверенного становлення, а також світовий досвід переконують нас, що нормальний поступальний розвиток держави просто неможливий без використання такого продуктивного механізму об'єднання суспільства, яким є інститут місцевого самоврядування. На сьогодні розвиток земельних відносин за участю органів місцевого самоврядування характеризується неузгодженістю ряду законодавчих та підзаконних нормативно-правових актів із земельним законодавством, недостатньо чітко визначеною загальнодержавною стратегією реформування земельних відносин.

Проблеми визначення повноважень і компетенції органів місцевого самоврядування в галузі земельних відносин мають ключове значення для розвитку місцевого самоврядування. Якщо не визначити, чим конкретно повинні займатися органи місцевого самоврядування в галузі земельних відносин, то неможливо дати відповідь на питання про те, яким повинен бути обсяг їхньої земельної правосуб'єктності, якою повинна бути оптимальна структура цих органів, щоб успішно справлятися з наданим обсягом повноважень в галузі земельних відносин. Дослідження проблем розмежування правового статусу органів місцевого самоврядування в галузі земельних відносин неможливе без з'ясування напрямків їх діяльності, які допомагають розкрити місце, роль та соціальне призначення органів місцевого самоврядування як публічної інституції.

Мета цієї статті полягає в тому, щоб на основі чинного земельного і муніципального законодавства дослідити проблеми розмежування правосуб'єктності органів місцевого самоврядування в земельних відносинах.

Теоретичною основою для проведення дослідження стали праці таких українських науковців у галузі аграрного, земельного та екологічного права, як В. І. Андрейцев, В. К. Гуревський, І. І. Каракаш, В. В. Носік, О. М. Пащенко, О. О. Погрібний, В. І. Семчик, Н. І. Титова, Ю. С. Шемшученко, М. В. Шульга та інших.

З урахуванням ролі органів місцевого самоврядування в організації і здійсненні влади народу, завдань, що вирішуються в процесі діяльності місцевого самоврядування, і повноважень органів місцевого самоврядування в галузі земельних відносин, в літературі визнаються такі основні функції місцевого самоврядування: забезпечення участі населення у вирішенні земельних питань місцевого значення; управління землями комунальної власності; забезпечення комплексного розвитку територій населених пунктів; забезпечення

законності і земельного правопорядку, охорони земельних прав, свобод і законних інтересів громадян; захист інтересів і прав місцевого самоврядування, що гарантовані Конституцією, Земельним кодексом та законами України [1, 70].

Ефективність реалізації повноважень органів місцевого самоврядування залежить від багатьох факторів. До основних належать такі: повнота та комплексність земельних повноважень; зрозумілість та коректність нормативного формування повноважень в галузі земельних відносин; практичне використання наданих повноважень; ресурсне наповнення процесу реалізації повноважень; ступінь інформаційно-аналітичного забезпечення компенсаційної сфери органів місцевого самоврядування [2, 230–231]. Здатність до реалізації завдань і функцій місцевого самоврядування є однією з головних рис гарантій місцевого самоврядування в Україні.

Комплексне дослідження правосуб'єктності органів місцевого самоврядування у земельних відносинах неможливе без всебічного аналізу розмежування повноважень органів місцевого самоврядування різного рівня.

Вважаємо, що з метою комплексного дослідження розмежування правосуб'єктності органів місцевого самоврядування в галузі земельних відносин необхідно детальніше розглянути їхні конкретні земельні повноваження (власні і делеговані). Обсяг повноважень залежить від рівня відповідного органу місцевого самоврядування, що залежить від адміністративно-територіального поділу нашої держави. Всі населені пункти України поділяються на міські (міста республіканського, обласного, районного підпорядкування і селища міського типу) та сільські (села і селища незалежно від їх адміністративної підпорядкованості) [3].

Розпочнемо аналіз розмежування правосуб'єктності органів місцевого самоврядування в галузі земельних відносин з органів нижчого рівня. Відповідно до ст. 26 Закону України «Про місцеве самоврядування», до виключної компетенції сільських, селищних, міських рад належить вирішення питань регулювання земельних відносин; затвердження ставок земельного податку, розмірів плати за користування природними ресурсами, що є у власності відповідних територіальних громад; вирішення питань про надання дозволу на спеціальне використання природних ресурсів місцевого значення, а також про скасування такого дозволу; прийняття рішень про організацію територій і об'єктів природно-заповідного фонду місцевого значення та інших територій, що підлягають особливій охороні; внесення пропозицій до відповідних державних органів щодо оголошення природних та інших об'єктів, що мають екологічну, історичну, культурну або наукову цінність, пам'ятками природи, історії або культури, які охороняються законом; надання згоди на розміщення на території села, селища, міста нових об'єктів, сфера екологічного впливу діяльності яких згідно з чинними нормативами включає відповідну територію.

Важливе значення в процесі реалізації органами місцевого самоврядування повноважень в галузі земельних відносин відіграють виконавчі комітети. Виконавчий комітет ради створюється відповідною радою на строк її повноважень, підконтрольний й підзвітний відповідній раді, а з питань делегованих

йому повноважень органів виконавчої влади — також відповідним органам виконавчої влади. Під виконавчим органом місцевої ради необхідно розуміти відносно відокремлену частину ради, яка становить колектив громадян, що здійснюють виконавчо-розпорядчі функції на підставі владних повноважень, і діє за допомогою форм організації й методів діяльності [4, 23].

Тепер окреслимо коло повноважень виконавчих комітетів органів місцевого самоврядування в галузі земельних відносин. Зокрема, до власних (самоврядних) повноважень виконавчих органів сільських, селищних, міських рад у сфері регулювання земельних відносин належить підготовка і внесення на розгляд ради пропозицій щодо встановлення ставки земельного податку, розмірів плати за користування природними ресурсами, вилучення (викупу), а також надання під забудову та для інших потреб земель, що перебувають у власності територіальних громад. Виконкоми уповноважені визначати розміри відшкодування підприємствами, установами та організаціями незалежно від форм власності за забруднення довкілля та інші екологічні збитки і справляти плату за землю.

Виконавчі органи сільських, селищних, міських рад наділені компетенцією щодо підготовки і подання на затвердження ради проектів місцевих програм охорони довкілля, участі у підготовці загальнодержавних і регіональних програм охорони довкілля, а також підготовки і внесення на розгляд ради пропозицій щодо прийняття рішень про організацію територій і об'єктів природно-заповідного фонду місцевого значення та інших територій, що підлягають особливій охороні; внесення пропозицій до відповідних державних органів про оголошення природних та інших об'єктів, що мають екологічну, історичну, культурну або наукову цінність, пам'ятками природи, історії або культури, які охороняються законом.

Коло делегованих повноважень виконавчих органів сільських, селищних, міських рад у сфері регулювання земельних відносин включає в себе здійснення контролю за додержанням земельного та природоохоронного законодавства, використанням і охороною земель, природних ресурсів загальнодержавного та місцевого значення, відтворенням лісів; координацію діяльності місцевих органів земельних ресурсів. Реалізуючи свої правомочності, виконавчі органи зобов'язані проводити реєстрацію суб'єктів права власності на землю, реєстрацію права користування землею і договорів на оренду землі, а також видавати документи, що посвідчують право власності і право користування землею.

Важливе значення для визначення правосуб'єктності органів місцевого самоврядування мають повноваження щодо погодження питань про надання дозволу на спеціальне використання природних ресурсів загальнодержавного значення; вжиття необхідних заходів щодо ліквідації наслідків надзвичайних ситуацій відповідно до закону, інформування про них населення, залучення в установленому законом порядку до цих робіт підприємств, установ та організацій, а також населення; визначення території для складування, зберігання або розміщення виробничих, побутових та інших відходів; підготовки висновків щодо надання або вилучення в установленому законом порядку земельних діля-

нок, що проводиться органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування; організації і здійснення землеустрою, погодження проектів землеустрою; здійснення контролю за впровадженням заходів, передбачених документацією із землеустрою; створення та забезпечення функціонування місцевих екологічних автоматизованих інформаційно-аналітичних систем, які є складовою мережі загальнодержавної екологічної автоматизованої інформаційно-аналітичної системи забезпечення доступу до екологічної інформації. Крім того, виконавчі органи сільських, селищних, міських рад мають право вирішувати земельні спори, віднесені законом до їх компетенції [5].

За умов такого широкого переліку в законодавстві повноважень у сфері використання та охорони земельних ресурсів, що можуть делегуватися одними органами іншим, не визначено строків і форм контролю за їх здійсненням, можливе протистояння на місцевому і регіональному рівні між цими органами [6, 273].

Механізм правового забезпечення місцевого самоврядування має досить складну систему, до якої входять правові гарантії захисту місцевого самоврядування, державний і громадський контроль. Зокрема, згідно з п. 4 Порядку контролю за здійсненням органами місцевого самоврядування делегованих повноважень органів виконавчої влади, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 9 березня 1999 р. № 339 зі змінами, внесеними згідно з Постановою КМ № 835 від 05.07.2004, райдержадміністрації контролюють здійснення виконавчими органами сільських, селищних і міських рад (міст районного значення), розташованих на території району, делегованих повноважень органів виконавчої влади. Облдержадміністрації, Рада міністрів Автономної Республіки Крим контролюють здійснення виконавчими органами міських (міст обласного значення, міст республіканського значення Автономної Республіки Крим) рад делегованих повноважень органів виконавчої влади. Облдержадміністрації, Рада міністрів Автономної Республіки Крим мають право безпосередньо контролювати здійснення виконавчими органами сільських, селищних і міських рад (міст районного значення), розташованих на відповідній території, делегованих повноважень органів виконавчої влади [7].

У великих містах управління міським господарством, соціальним механізмом ускладнюється через велику кількість населення, підприємств і організацій. У зв'язку з цим законодавством передбачено можливість поділу міської територіальної громади на територіальні громади районів у містах. Ці громади створюють власні органи самоврядування, якими є районна рада в місті, її виконавчий комітет і міський голова [8, 41].

Відповідно до ст. 41 Закону України «Про місцеве самоврядування», питання організації управління районами в містах належать до компетенції міських рад. Обсяг і межі повноважень районних у містах рад та їх виконавчих органів визначаються відповідними міськими радами за узгодженням з районними у містах радами з урахуванням загальноміських інтересів та колективних потреб територіальних громад районів у містах [5]. Визначений міськими радами обсяг повноважень районних у місті рад та їх виконавчих органів не може

змінюватися міською радою без згоди відповідної районної у місті ради протягом даного скликання.

Обласні та районні ради є органами місцевого самоврядування, що представляють спільні інтереси територіальних громад сіл, селищ, міст у межах повноважень, визначених Конституцією та законами України, а також повноважень, переданих їм сільськими, селищними, міськими радами.

Досить часто виникають питання щодо статусу земель комунальної власності на районному та обласному рівнях, де районні та обласні ради мають виражати спільні інтереси територіальних громад. Досі залишається невизначеним статус земель, що є спільною власністю територіальних громад сіл, селищ, управління яким відповідно до ст. 142 Конституції України здійснюють районні і обласні ради або уповноважені ними органи. На законодавчому рівні функції та повноваження районних і обласних рад в галузі земельних відносин ніяк не розмежовані між собою. Ця прогалина в правовому регулюванні створює значні ускладнення.

Відповідно до ст. 43 Закону України «Про місцеве самоврядування», виключно на їх пленарних засіданнях районні та обласні ради вирішують питання регулювання земельних відносин, про надання дозволу на спеціальне використання природних ресурсів відповідно районного, обласного значення, а також про скасування такого дозволу. До повноважень районних та обласних рад в галузі земельних відносин належить також прийняття рішень про організацію територій і об'єктів природно-заповідного фонду місцевого значення й інших територій, що підлягають особливій охороні, та внесення пропозицій до відповідних державних органів про оголошення природних та інших об'єктів, що мають екологічну, історичну, культурну або наукову цінність, пам'ятками історії або культури, які охороняються законом.

Районні, обласні ради делегують відповідним місцевим державним адміністраціям частину своїх повноважень. Зокрема, до делегованих повноважень на цьому рівні віднесено підготовку питань про визначення у встановленому законом порядку території, вибір, вилучення (викуп) і надання землі для містобудівних потреб, визначених містобудівною документацією; підготовку висновків щодо проектів місцевих містобудівних програм відповідних адміністративно-територіальних одиниць, що затверджуються сільськими, селищними, міськими радами, а також видачу замовникам відповідно до законодавства містобудівних умов і обмежень забудови земельних ділянок за межами населених пунктів [5].

Порівнюючи обсяг правосуб'єктності органів місцевого самоврядування в галузі земельних відносин в Україні та Російській Федерації, хочемо підкреслити, що в нашій країні органи місцевого самоврядування наділені значно ширшим колом повноважень в цій сфері. Це підтверджується положеннями до ст. 11 Земельного кодексу Російської Федерації, згідно якої до повноважень органів місцевого самоврядування в галузі земельних відносин належать резервування земель, вилучення, в тому числі шляхом викупу, земельних ділянок для муніципальних потреб, встановлення правил землекористування і за-



будови територій міських і сільських поселень, територій інших муніципальних утворень, розробка і реалізація місцевих програм використання і охорони земель, а також інші повноваження на вирішення питань місцевого значення в галузі використання і охорони земель. Органами місцевого самоврядування здійснюється управління і розпорядження земельними ділянками, що перебувають в муніципальній власності [9]. Це свідчить про те, що система державного управління в Російській Федерації є більш централізованою.

Сучасний етап розвитку Української держави та громадянського суспільства потребує принципово нової якості публічної влади, що передбачає удосконалення моделі місцевого самоврядування, наповнення місцевого самоврядування реальним змістом, ефективного правового регулювання організації діяльності територіальних громад та органів місцевого самоврядування в галузі земельних відносин.

Саме тому необхідно удосконалити правові засади участі органів місцевого самоврядування в земельних відносинах, розширити повноваження органів місцевого самоврядування щодо ефективного використання та управління землями комунальної власності територіальних громад сіл, селищ, міст, районів у містах та їх спільною власністю у системі місцевого самоврядування в Україні, у якій її складові взаємопов'язані відповідними організаційно-правовими засадами. Це передбачає виключення наявних дублюючих елементів управління землями спільної власності територіальних громад; надання можливості територіальній громаді самостійно управляти належними їй землями комунальної власності або передавати їх в управління уповноваженому нею органу; чітке визначення структурних підрозділів на всіх рівнях управління землями територіальних громад [10, 15].

Забезпечення здатності територіальних громад та органів місцевого самоврядування в межах, визначених законодавством, самостійно та відповідально вирішувати земельні питання, а також створення ефективних механізмів забезпечення їх активної участі у формуванні та проведенні земельної політики може бути досягнуто розширенням повноважень органів місцевого самоврядування та поліпшення умов для їх виконання через встановлення правового режиму земель, яке перебувають у спільній власності територіальних громад, розмежуванням земель державної і комунальної власності, упорядкуванням мережі адміністративно-територіальних одиниць, посиленням судового захисту представників місцевого самоврядування та контролю за їх діяльністю з боку територіальних громад, подальшим вдосконаленням законодавчих засад регулювання участі органів місцевого самоврядування в конкретних земельних відносинах тощо.

Для уточнення повноважень органів місцевого самоврядування важливе значення має той факт, що земельно-управлінські (публічні) повноваження відповідають вимогам Конституції України, їхнім об'єктом є земля, вони регулюються системою публічних норм конституційного, адміністративного, і земельного права. Публічно-правові імперативи в галузі земельних відносин опосередковують публічний сервітут, що встановлюється законом чи іншим нор-

мативним актом для забезпечення інтересів держави, органу місцевого самоврядування і населення. Публічно-правове регулювання земельних відносин являє собою нормативно введenu систему публічно-правових засобів законодавчого і договiрного регулювання таких відносин.

Предметом повноважень органiв місцевого самоврядування в галузi земельних відносин є задоволення потреб населення на місцевому рiвнi власними зусиллями. Повноваження органiв місцевого самоврядування пов'язанi, з одного боку, iз суспiльними iнтересами місцевого рiвня, з iншого — з реалiзацiєю приватних iнтересiв в публічно-правовiй формi. У зв'язку з цим необхідно звернути увагу, що метою запровадження системи земельно-майнових відносин за участю органiв місцевого самоврядування є організація стабільного земельного обiгу. В цьому випадку публічно-правове регулювання земельних відносин є iнструментом правової регламентацiї, виступає як процес впорядкування відносин мiж рiзними суб'єктами, на рiзних стадiях.

Враховуючи той факт, що чимало норм права, що регулюють земельні відносини на місцевому рiвнi, одночасно є нормами земельного, конституцiйного, адмiнiстративного, екологiчного та iнших галузей права, необхідно виключити випадки, коли норми права, що визначають повноваження органiв місцевого самоврядування в галузi земельних відносин, суперечать нормам iнших галузей права i навпаки.

Чiтке розмежування повноважень органiв місцевого самоврядування в галузi земельних відносин, на нашу думку, має відбуватися шляхом подальшої iнституцiоналiзацiї компетенцiї органiв місцевого самоврядування та компетенцiї органiв рiонального самоврядування. Забезпечення здатностi територiальних громад та органiв місцевого самоврядування в межах, визначених законодавством, самостiйно та вiдповiдально вирiшувати земельні питання, а також створення ефективних механiзмiв забезпечення їх активної участi у формуванні та проведеннi земельної полiтики може бути досягнуто шляхом розширення повноважень органiв місцевого самоврядування та полiпшення умов для їх виконання завдяки встановленню правового режиму земель, якi перебувають у спiльнiй власностi територiальних громад, розмежуванню земель державної i комунальної власностi, упорядкуванню мережi адмiнiстративно-територiальних одиниць, а також подальшому вдосконаленню законодавчих засад регулювання участi органiв місцевого самоврядування в конкретних земельних відносинах.

### *Лiтература*

1. Коваленко А. А. Теорiя i практика місцевого самоврядування в Украiнi : монографiя / А. А. Коваленко. — К. : Ін-т держави i права iм. В. М. Корецького НАН Украiни, 2002. — 464 с.
2. Монастирський Г. Функцiї й повноваження органiв місцевого самоврядування в сферi економічного й соцiального розвитку сiльських поселень i проблеми їх реалiзацiї // Рiональні аспекти розвитку i розмiщення продуктивних сил Украiни. — 2002. — № 7. — С. 227–232.
3. Положення про порядок вирiшення питань адмiнiстративно-територiального устрою Украiнської РСР : затв. Указом Президiї Верховної Ради Украiнської РСР вiд 12 берез. 1981 р. № 1654-Х.

4. Соляник К. Є. Поняття і система виконавчих органів місцевих рад // Проблеми законності. — Х., 2004. — Вип. 68. — С. 19–27.
5. Про місцеве самоврядування : Закон України від 21 трав. 1997 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1997. — № 24. — Ст. 170.
6. Коваленко Л. П. Повноваження органів місцевого самоврядування у сфері охорони навколишнього природного середовища // Проблеми удосконалення правового регулювання місцевого самоврядування в Україні. — Х., 2004. — С. 271–273.
7. Порядок контролю за здійсненням органами місцевого самоврядування делегованих повноважень органів виконавчої влади : затв. Постановою Кабінету Міністрів України від 9 берез. 1999 р. № 339 зі змінами, внесеними згідно з Постановою КМ № 835 від 5 лип. 2004 р. // Офіційний вісник України. — 1999. — № 10. — Ст. 28.
8. Науково-практичний коментар Земельного кодексу України / Л. О. Бондар, А. П. Гетьман, В. Г. Гончаренко [та ін.] ; за заг. ред. В. В. Медведчука. — К. : Юрінком Інтер, 2004. — 656 с.
9. Земельный кодекс Российской Федерации от 25 октября 2001 года // Собрание законодательства Российской Федерации. — 2001. — № 44. — Ст. 4147.
10. Алексеев В. М. Удосконалення управління комунальною власністю в Україні: теоретичні засади : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / В. М. Алексеев ; Нац. акад. держ. упр. при Президенті України. — К., 2005. — 20 с.

### Анотація

*Данилко Н. І.* Розмежування правосуб'єктності органів місцевого самоврядування різного рівня у земельних відносинах. — Стаття.

Наукова стаття присвячена вивченню проблеми розмежування правосуб'єктності органів місцевого самоврядування різного рівня у земельних відносинах.

*Ключові слова:* правове регулювання розмежування правосуб'єктності органів місцевого самоврядування, земельні правовідносини, реалізація повноважень органів місцевого самоврядування у сфері земельних правовідносин.

### Аннотация

*Данилко Н. И.* Разделение правосубъектности органов местного самоуправления различного уровня в земельных отношениях. — Статья.

Научная статья посвящена изучению проблемы разделения правосубъектности органов местного самоуправления различного уровня в земельных отношениях.

*Ключевые слова:* правовое регулирование разделения правосубъектности органов местного самоуправления, земельные правоотношения, реализация полномочий органов местного самоуправления в сфере земельных правоотношений.

### Summary

*Danilko N. I.* Division of the Legal Personality of Local Governments of Different in Ground Relations. — Article.

This research article is devoted to variously level of local authorities' legal personality distribution problem analysis in land relations sphere.

*Keywords:* legal regulation of division of the legal personality of local governments of different level in ground relations; ground relations; realization of legal power of local governments in ground relations.

### ПРО ЗМІСТ КАТЕГОРІЇ «ПРАВОВИЙ КОНФЛІКТ» У ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ

Актуальність проблеми визначення змісту категорії «правовий конфлікт» в діяльності органів виконавчої влади ґрунтується на необхідності удосконалення, насамперед, процесуального порядку його вирішення, що безпосередньо пов'язане із реалізацією права будь-якої особи не лише звернутися до суду за захистом своїх прав, свобод, законних інтересів, відповідно до Конституції України, а й використати можливості, встановлені чинним законодавством щодо звернення зі скаргою до уповноваженого органу, (посадової) особи в адміністративному порядку. Однак слід враховувати відмінність правової природи відносин у сферах судового і адміністративного оскарження. Якщо судове оскарження являє собою одну з форм правосуддя, то адміністративне оскарження пов'язане із управлінською діяльністю. Незважаючи на принципову відмінність відносин у сферах судового і адміністративного способів оскарження, фактичною підставою їх виникнення є порушення прав, свобод, законних інтересів фізичних та юридичних осіб у публічно-правових відносинах, наслідком якого є виникнення правового конфлікту.

В науці адміністративного права і процесу питання вдосконалення процесуального порядку захисту прав, свобод, законних інтересів у публічно-правових відносинах розглядались або як предмет окремих досліджень, або у контексті ширших за сутністю проблем визначення предмета адміністративного права, гарантій законності в адміністративній діяльності окремих органів виконавчої влади. Так, доцільно звернутись до робіт В. Б. Авер'янова [1], О. Ф. Андрійко [2], О. В. Анпилогова [3], І. Б. Коліушко, Р. О. Куйбіди [4], Є. В. Курінного [5] та інших. Слід також відзначити роботу М. Р. Мергелідзе, присвячену проблемі становлення інституту вирішення адміністративно-правових спорів [6].

Якщо звернутись до напрацювань вчених з інших галузевих наук, слід відзначити роботи з конституційного права та цивільного права. Так, серед робіт вчених — представників науки конституційного права слід відмітити монографії Ю. Г. Барабаша «Державно-правові конфлікти в теорії та практиці конституційного права» (2008 р.) [7], А. Єзерова «Конституційний конфлікт як феномен та процес в Україні» (2008 р.) [8]. У цивільному праві проблеми правового конфлікту вивчав В. Мадіссон [9]. Системні напрацювання ширшої проблеми юридичного конфлікту були здійснені вченими у галузі юридичної конфліктології (А. Т. Ашмуратов, С. В. Бобровник, В. М. Кудрявцев та інші) [10, 399–400; 11].

Разом з тим вдосконалення процедур вирішення конфліктів у діяльності органів виконавчої влади виходить за межі гарантій законності, оскільки стосується ширшої проблеми урегулювання протилежних інтересів у спосіб, визначений адміністративно-правовою нормою. При цьому саме позасудовий по-

рядок вирішення правових конфліктів, на відміну від судового, є більш оперативним, економічним, а відповідні повноваження має широке коло суб'єктів — органів виконавчої влади, а також прокуратура. Враховуючи таку полісуб'єктність та відповідно різну правосуб'єктність, доцільно передбачити існування особливостей у процедурах вирішення правових конфліктів різними органами виконавчої влади та прокуратурою. У зв'язку з цим логічно виникає потреба уніфікації таких процедур, зважаючи не на специфіку правосуб'єктності суб'єкта вирішення конфлікту, а на особливості певної категорії конфліктів у діяльності органів виконавчої влади.

Першим кроком у вирішенні проблеми вдосконалення адміністративних процедур вирішення конфліктів є опрацювання питання про зміст категорії «правовий конфлікт».

У Великому енциклопедичному юридичному словнику, підготовленому за загальною редакцією Ю. С. Шемпученка (2007 р.), поняття та особливості юридичного конфлікту розкриті у межах визначення предмета юридичної конфліктології. Юридичний конфлікт визначається як протиборство двох чи кількох суб'єктів, зумовлене протилежністю чи несумісністю їх інтересів, потреб або цінностей. Особливостями названо: зв'язаність конфлікту правовими відносинами; наявність правових ознак суб'єктів чи об'єкта конфлікту; можливість вирішення правовими засобами; галузева визначеність конфлікту; наявність юридичних наслідків; можливість застосування примусових засобів у процесі вирішення конфлікту; вирішення конфлікту у межах спеціальної юридичної процедури. Відзначено динамічний характер юридичного конфлікту, його розвиток у таких стадіях: виникнення в однієї чи обох сторін мотивів юридичного характеру; виникнення правових відносин між сторонами, що перебувають у конфлікті; розвиток правових відносин у зв'язку з розглядом справи юридичною інстанцією; прийняття правового акта, що є засобом вирішення конфлікту [10, 400].

З наведеного вище визначення сутності юридичного конфлікту, можна виділити його ознаки, головними серед яких є: наявність протилежних або несумісних інтересів, що виникають у межах певного правовідношення; правовий статус суб'єкта конфлікту та правові ознаки об'єкта конфлікту; вирішення у межах певної правової процедури; юридичні наслідки вирішення конфлікту, динамічний характер розвитку. При цьому підкреслено процесуальний порядок вирішення конфлікту. Слід також звернути увагу і на те, що несумісність інтересів має стосуватись одного предмета спору. Так, М. Р. Мергелідзе, зазначаючи про неоднорідність з правової точки зору юридичних конфліктів, однак підкреслює тезу про те, що найбільш повно правовий аспект виражений у тих конфліктах, які виникають та розвиваються у зв'язку із об'єктивно існуючими суперечностями між двома або декількома правовими нормами, які відносяться до одного і того ж предмета [6, 25].

Аналогічні підходи до визначення сутності і змісту юридичного конфлікту містяться у роботах інших вчених. Так, В. Мадіссон наводить відповідну точку зору Т. Худойкіної та Ю. Тихомирова. Т. Худойкіна визначає юридичний

конфлікт як таке протиборство сторін, за якого хоча б один з елементів має юридичний характер, а завершення протиборства має передбачати можливість запобігання йому або припинення, а ще краще — розв'язання юридичними засобами. Ю. Тихомиров розглядає юридичний конфлікт як найвищу точку суперечностей, як колізію з найбільш гострим протиборством сторін, а серед ознак юридичного конфлікту виділяє законну (легальну) процедуру розв'язання колізій і визнання обов'язкової сили рішення з даної суперечки як через досягнуту згоду, домовленість, примирення сторін, так і шляхом імперативних приписів відповідного органу. В. Мадіссон вказує про підтвердження юридичною практикою найбільшого поширення конфліктних взаємовідносин у цивільному, трудовому, сімейному, фінансовому праві. Також підкреслює існування екологічних та господарських конфліктів, які підпадають під дію норм адміністративного права [9].

Узагальнення зазначених вище напрацювань вчених у напрямку визначення сутності юридичного конфлікту є підставою визначення тих ознак, які мають бути притаманні конфлікту у діяльності органів виконавчої влади.

Насамперед, серед ознак має бути присутньою ознака протиборства, наявності протилежних інтересів у сфері діяльності органів виконавчої влади.

Органом виконавчої влади називають організаційно самостійний елемент державного апарату (механізму держави), який наділений чітко окресленим обсягом повноважень (компетенцією) відповідно до покладених на нього завдань і функцій, складається із структурних підрозділів і посад, що обіймають державні службовці, і віднесений Конституцією і законами України до системи органів виконавчої влади [12, 202]. О. І. Харитонова, спираючись на роботи В. К. Колпакова, О. В. Кузьменко, Ю. М. Старилова, виділяє такі види адміністративно-правових відносин за критерієм особливостей складу їх учасників: а) між несупідрядними суб'єктами виконавчої влади, що перебувають на різному організаційно-правовому рівні; б) між суб'єктами виконавчої влади, що перебувають на однаковому організаційно-правовому рівні; в) між суб'єктами виконавчої влади і організаціями, які перебувають в їхньому організаційному підпорядкуванні (віданні); г) між суб'єктами виконавчої влади і організаціями, які не перебувають в їхньому організаційному підпорядкуванні (віданні); д) між суб'єктами виконавчої влади і виконавчими органами місцевого самоврядування; е) між суб'єктами виконавчої влади і недержавними організаціями (юридичними особами); ж) між суб'єктами виконавчої влади і громадянами [13, 176–177].

Узагальнення видів адміністративно-правових відносин, виділених О. І. Харитоновою, а також врахування визначення сутності і змісту категорії «органи виконавчої влади» дозволяють виділити такі групи відносин, що складаються у сфері діяльності органів виконавчої влади: а) між органами виконавчої влади; б) між органами виконавчої влади (їх посадовими особами) і суб'єктами, які не належать до системи зазначених органів; в) щодо структурної побудови органів виконавчої влади та організації діяльності; г) державно-службові в органах виконавчої влади.

До конфліктів, які виникають у відносинах між органами виконавчої влади (їх посадовими особами) та суб'єктами, що не належать до системи зазначених органів, можна віднести, зокрема, спори фізичних чи юридичних осіб із суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень (нормативно-правових актів чи правових актів індивідуальної дії), дій чи бездіяльності, які віднесені до юрисдикції адміністративних судів. У Інформаційному листі Вищого адміністративного суду України від 01.06.2010 р. № 781/11/13-10 «Щодо застосування окремих норм матеріального права під час розгляду адміністративних справ» [14] підкреслено умови виникнення таких конфліктів — складності при визначенні правової природи оскаржуваного акта, а також помилки при визначенні суб'єкта оскарження.

До ознак конфлікту у діяльності органів виконавчої влади слід віднести наявність суб'єкта конфлікту із правовим статусом. Такими суб'єктами можуть бути будь-які суб'єкти у сфері виконавчої влади — як, власне, система органів виконавчої влади, так і їх посадові особи. Ще однією ознакою конфлікту в діяльності органів виконавчої влади є ознака вирішення у межах певної правової процедури, визначеної адміністративно-правовими нормами. До таких процедур слід віднести не тільки процедури, які здійснюються у межах судового адміністративного процесу, а й процедури позасудового оскарження, а також опротестування.

Слід зазначити, що М. Р. Мергелідзе не включає процедури опротестування до способів вирішення адміністративно-правових спорів [6, 34–63]. Такий підхід обумовлений, як вбачається, відсутністю послідовності у визначенні поняття спору. Так, вчений визначає поняття спору через категорію «конфлікт» і у той же час вказує на відсутність зв'язку окремих спорів із конфліктом [6, 30–31].

Вирішенню проблеми розмежування категорій «правовий конфлікт» і «спір» у діяльності органів виконавчої влади сприяє застосування нормативістського підходу, за яким пріоритет може бути наданий законодавчому (нормативному) визначенню відповідних дефініцій. Так, у Кодексі адміністративного судочинства України словосполучення «публічно-правовий спір» зустрічається у визначенні дефініції «справа адміністративної юрисдикції (адміністративної справи)». Такою названо переданий на вирішення адміністративного суду публічно-правовий спір, у якому хоча б однією зі сторін є орган виконавчої влади, орган місцевого самоврядування, їхня посадова чи службова особа або інший суб'єкт, який здійснює владні управлінські функції на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень (п. 1 ч. 1 ст. 3). Частиною другою ст. 17 Кодексу адміністративного судочинства України встановлено перелік категорій публічно-правових спорів, на які поширюється юрисдикція адміністративних судів: 1) спори фізичних чи юридичних осіб із суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень (нормативно-правових актів чи правових актів індивідуальної дії), дій чи бездіяльності; 2) спори з приводу прийняття громадян на публічну службу, її проходження, звільнення з публічної служби; 3) спори між суб'єктами владних повноважень з приводу реалізації їхньої компетенції у сфері управління, у тому числі делегованих повноважень;

4) спори, що виникають з приводу укладання, виконання, припинення, скасування чи визнання нечинними адміністративних договорів; 5) спори за зверненням суб'єкта владних повноважень у випадках, встановлених Конституцією та законами України; 6) спори щодо правовідносин, пов'язаних з виборчим процесом чи процесом референдуму.

Не усі перелічені категорії публічно-правових спорів належать до відносин у сфері діяльності органів виконавчої влади. Зокрема, вказане стосується випадків, коли суб'єктами спорів виступають органи місцевого самоврядування, судді, а також спори, пов'язані із виборчим процесом чи процесом референдуму. До публічно-правових спорів, які стосуються діяльності органів виконавчої влади, доцільно віднести ті, учасниками яких є зазначені органи (їх посадові особи).

Сприйняття публічно-правового спору як предмета судової адміністративної юрисдикції відповідає і наведеному вище науковому погляду О. О. Дьоміна. Разом з тим ознака наявності суперечності або протиріччя притаманна, зокрема, і правовому конфлікту, а не лише адміністративно-правовому спору (за визначенням М. Р. Мергелідзе). Крім того, суб'єкти публічно-правового спору повинні мати певний правовий статус та адміністративну процесуальну правосуб'єктність, інакше зазначений спір не може бути вирішений у спосіб, визначений Кодексом адміністративного судочинства України, тобто у юридичний спосіб. Ознака правосуб'єктності притаманна також суб'єктам правового конфлікту у діяльності органів виконавчої влади, що виникає, зокрема, у позасудовому порядку. Різниця між ознакою правосуб'єктності у випадку публічно-правового спору і правового конфлікту, що виникає у позасудовому порядку, визначається змістом відповідних правовідносин, однак власне така ознака правового статусу та правосуб'єктності є спільною.

Отже, у діяльності органів виконавчої влади ознаки публічно-правового спору та правового конфлікту спільні за сутністю, а тому є підстави назвати публічно-правовий спір, що виникає у виділеній сфері, і є предметом судового адміністративного процесу, різновидом правових конфліктів.

Наступною ознакою правового конфлікту у діяльності органів виконавчої влади визначено наявність юридичних наслідків його вирішення, що проявляється, зокрема, у процедурах притягнення до одного з видів юридичної відповідальності (адміністративної, дисциплінарної, кримінальної) або у накладанні фінансових санкцій у формі штрафів, або позбавленні дозволів, або відновленні порушеного права тощо.

Як приклад відповідності ознакам правового конфлікту у діяльності органів виконавчої влади усім виділеним ознакам можна навести один з видів публічно-правових спорів — спір з приводу укладання, виконання, припинення, скасування чи визнання нечинними адміністративних договорів (п. 4 ч. 2 ст. 17 Кодексу адміністративного судочинства України). Такий конфлікт відноситься суто до правових конфліктів, оскільки усі його елементи мають юридичну характеристику. Маються на увазі суб'єкти конфлікту — уповноважені органи виконавчої влади та фізичні або юридичні особи як учасники конфліктних



відносин, а також об'єкт конфлікту — реалізація певного права фізичною чи юридичною особою. Виділений вид правових конфліктів у діяльності органів виконавчої влади безпосередньо пов'язаний із адміністративно-правовими відносинами, його сторони наділені адміністративною процесуальною правосуб'єктністю, а предмет стосується юридично значимих дій щодо укладання, виконання, припинення, скасування чи визнання нечинними адміністративних договорів. Спосіб вирішення цього конфлікту також має суто правовий характер, оскільки відповідний процесуальний порядок передбачено Кодексом адміністративного судочинства України.

Отже, *правовий конфлікт у діяльності органів виконавчої влади* можна визначити як адміністративно-правове явище, що виникає за наявності певних умов, розвивається динамічно і полягає у протиборстві сторін, хоча би одна з яких має адміністративну правосуб'єктність, виникає внаслідок наявності протилежних або несумісних інтересів у сфері діяльності органів виконавчої влади, вирішується у спосіб, визначений адміністративно-процесуальною нормою, має юридичні наслідки вирішення. У діяльності органів виконавчої влади публічно-правові спори, на які поширюється юрисдикція адміністративних судів, розглядаються як різновид правових конфліктів.

#### Література

1. Авер'янов В. Нові риси предмета українського адміністративного права [Електронний ресурс] // Персонал. — 2005. — № 4. — С. 76–81. — Режим доступу : <http://personal.in.ua/article.php?id=83>.
2. Андрійко О. Ф. Організаційно-правові проблеми державного контролю у сфері виконавчої влади : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.07 / Андрійко Ольга Федорівна. — К., 1999. — 390 с.
3. Анпілогов О. В. Захист прав і свобод громадян прокурором в адміністративному судочинстві : монографія / О. В. Анпілогов. — К. : Ін Юре, 2008. — 168 с.
4. Адміністративна юстиція : європейський досвід і пропозиції для України / авт.-упоряд. : І. Б. Коліушко, Р. О. Куйбіда. — К. : Факт, 2003. — 536 с.
5. Курінний Є. В. Предмет і об'єкт адміністративного права України : монографія / Є. В. Курінний. — Д. : Юрид. акад. МВС : Ліра лтд, 2004. — 340 с.
6. Мергелідзе М. Р. Становлення інститута разрешення административно-правовых споров / М. Р. Мергелідзе. — М. : Юриспруденция, 2008. — 120 с.
7. Барабаш Ю. Г. Державно-правові конфлікти в теорії та практиці конституційного права : монографія / Ю. Г. Барабаш. — Х. : Право, 2008. — 220 с.
8. Єзеров А. Конституційний конфлікт як феномен та процес в Україні / А. Єзеров. — О. : Юрид. л-ра, 2008. — 240 с.
9. Мадіссон В. Правова конфліктологія та юридичний конфлікт у приватних правовідносинах [Електронний ресурс] // Право України. — 2003. — № 9. — Режим доступу : <http://www.lawbook.by.ru/magaz/pravoukr/0309/06.shtml>.
10. Великий енциклопедичний юридичний словник / [ред. Ю. С. Шемпученко]. — К. : Юрид. думка, 2007. — 992 с.
11. Юридическая конфликтология / А. Д. Бойков, Н. Н. Варламова, А. В. Дмитриев [и др.] ; отв. ред. В. Н. Кудрявцев. — М. : Изд-во ИГиП РАН, 1995. — 316 с.
12. Адміністративне право України. Академічний курс : підручник. У 2 т. Т. 1. Загальна частина / редкол. : В. Б. Авер'янов (голова) [та ін.]. — К. : Юрид. думка, 2007. — 592 с.
13. Харитонов О. І. Адміністративно-правові відносини (проблеми теорії) : монографія / О. І. Харитонов. — О. : Юрид. л-ра, 2004. — 328 с.
14. Щодо застосування окремих норм матеріального права під час розгляду адміністративних справ [Текст] : інформ. лист Вищого адмін. суду України від 01.06.2010 № 781/11/13-10 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>.

### Анотація

*Гасанова А. К.* Про зміст категорії «правовий конфлікт» у діяльності органів виконавчої влади. — Стаття.

Стаття присвячена обґрунтуванню ознак правового конфлікту у діяльності органів виконавчої влади та на цій підставі формулюється поняття такого конфлікту, здійснюється його розмежування із поняттям «публічно-правовий спір».

*Ключові слова:* правовий конфлікт, виконавча влада, судове оскарження, адміністративне оскарження, публічно-правовий спір.

### Аннотация

*Гасанова А. К.* О содержании категории «правовой конфликт» в деятельности органов исполнительной власти. — Статья.

В статье обосновываются признаки правового конфликта в деятельности органов исполнительной власти и на этом основании формулируется понятие такого конфликта, осуществляется его разграничение с понятием «публично-правовой спор».

*Ключевые слова:* правовой конфликт, исполнительная власть, судебное обжалование, административное обжалование, публично-правовой спор.

### Summary

*Hasanova A. K.* About the Definition «Legal Conflict» in Activity of Organs of Executive Power. — Article.

The article is devoted to analyzing of the signs of legal conflict in activity of bodies of executive authorities and, on that ground, the concept of such conflict is formulated, carried out its differentiation with a concept «public-legal dispute».

*Keywords:* legal conflict, executive power, judicial appeal, administrative appeal, public-legal dispute.

УДК 347.791.3

*Л. М. Давиденко*

## ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ РЕЄСТРАЦІЇ МОРСЬКИХ СУДЕН ПІД «ЗРУЧНИМИ» ПРАПОРАМИ

Гострота проблеми державної реєстрації морських суден обумовлюється такими чинниками, як практика їх реєстрації у країнах так званого «зручного» прапора, що останнім часом набула значного поширення і охопила уже більше 50 відсотків тоннажу морського флоту; поглиблення суперечностей між розвиненими країнами та країнами відкритої реєстрації з приводу дотримання принципу реального зв'язку між судном та державою його національності, загострення конкурентної боротьби між останніми з приводу реєстрації морських суден.

Ця проблема є надзвичайно актуальною для нашої держави. За оцінками компетентних джерел, із 390 морських торговельних суден валовою місткістю більше 500 брутто-реєстрових тон, які належать юридичним та фізичним особам української національності, 204 зареєстровані під іноземними «зручними» прапорами [1]. Серед таких прапорів є не тільки визнані держави з тривалою практикою відкритої реєстрації — Кіпр, Панама чи Мальта, але й екзотичні

«морські» Монголія, Словаччина, Молдова. На міжнародному ринку праці моряків через втрату свого національного флоту Україна виявилася у десятці провідних країн — постачальників рядового і командного складу екіпажів для торговельних суден різної національності. За оцінками Міністерства закордонних справ близько 60–70 тисяч українських моряків працюють на судах під іноземними, в т.ч. «зручними» прапорами, де не завжди дотримуються мінімальні соціальні стандарти та порушуються трудові права моряків, а в проблемних ситуаціях країна національності екіпажу не може у повному обсязі захистити їхні права, оскільки судна під іноземними прапорами знаходяться під юрисдикцією держави, що їх зареєструвала [2]. Яскравим прикладом цього стала сумнозвісна епопея перебування українського екіпажу теплоходу «Фаїна» під прапором Белізу у полоні сомалійських піратів, коли держава реєстрації судна повністю проігнорувала вирішення критичної ситуації. Таким чином у сфері морської діяльності сучасна практика використання переваг офшорних фінансових центрів при реєстрації морських суден під «зручними» прапорами зачіпає міжнародно-правову проблему принципу реального зв'язку (*genuine link*) між державою і судном, що має реєстрацію в такій державі, і право плавати під її прапором.

До дослідження питань державної реєстрації морських суден під «зручними» прапорами неодноразово звертались вітчизняні та зарубіжні фахівці в галузі морського права, такі як Г. А. Анцелевич, Г. С. Горшков, В. Н. Гуцуляк, Г. С. Єгян, С. О. Кузнецов, В. В. Серафімов, О. М. Шемякін, О. А. Щипцов та ін. Не применшуючи ролі та значущості доробку згаданих науковців, необхідно визнати, що проблематика державної реєстрації морських суден під «зручними» прапорами, з огляду на її актуальність, вимагає подальших досліджень.

Метою статті є аналіз проблемних питань реєстрації суден у відкритих реєстрах та формулювання конкретних рекомендацій щодо удосконалення міжнародно-правового регулювання у цій сфері.

Кожна держава, незалежно від того, чи має вона вихід до моря, у відповідності до ст. 90 Конвенції ООН з морського права 1982 р. має право на те, щоб морські судна під її прапором плавали у відкритому морі [3]. Реєстрація суден під іноземними прапорами здебільшого зводиться до переведення морських суден під юрисдикції, які пропонують пільгові умови реєстрації та подальшого обслуговування. «Зручний» прапор — явище, яке не має чіткого юридичного визначення, але реально існує і визнане багатьма країнами світу. Ця форма реєстрації з'явилася у практиці міжнародного судноплавства після другої світової війни, коли деякі держави стали надавати за певну плату свій прапор будь-якому іноземному торговельному судну. Тобто «зручний» прапор — це національний прапор якої-небудь країни, під яким ходить судно, хоча його власником є фізична чи юридична особа іншої національності.

Таким чином, «зручний» прапор — економіко-правовий термін, під яким слід розуміти сукупність умов, що надаються урядом країни відкритої реєстрації нерезидентам — власникам іноземних морських торговельних суден, які бажають перейти під юрисдикцію цієї країни.

Спробуємо проаналізувати, які фактори спонукають судновласників переводити морські судна під іноземну юрисдикцію. Резони, звичайно, у кожного судновласника можуть бути різні, але є і певні загальні чинники. Прихильники практики «зручних» прапорів стверджують, що судно, яке бере участь у міжнародній торгівлі, повинно бути поставлено в умови, які найкраще відповідають комерційній моделі судновласника. Вибір юрисдикції дозволяє судноплавним компаніям скористатися перевагами інфраструктури країни і знизити витрати на реєстрацію та обслуговування. Це, у свою чергу, знижує загальні витрати на транспортування вантажів морем. «Зручний» прапор, як правило, забезпечує судну режим найбільшого сприяння і знижені ставки портових зборів у більшості портів світу, оскільки практично усі держави, які надають іноземним судновласникам свій прапор, не мали конфліктів (особливо воєнних) з більшістю держав протягом тривалого історичного проміжку часу.

Крім того, режим «зручного» прапора гарантує судновласникам-нерезидентам такі переваги:

- можливість швидкої та безперешкодної перереєстрації у морському реєстрі іншої країни, а також можливість паралельної реєстрації суден;

- уникнення високого оподаткування, більш жорстких вимог дотримання безпеки і трудових прав членів екіпажів, які існують у розвинених морських державах;

- збереження анонімності директорів та інших посадових осіб судноплавних компаній та конфіденційності їхніх комерційних операцій;

- зменшення витрат судновласників на утримання та заробітну плату екіпажу;

- звільнення від заборони найму моряків-іноземців, включаючи капітана; визначення більш оптимальної мінімальної кількості складу екіпажу та мінімальної заробітної плати морякам;

- звільнення від зобов'язання соціального страхування моряків за рахунок судновласника;

- забезпечення недосяжності судна для конфіскацій та стягнень органами влади країни національності судновласника;

- уникнення зобов'язання декларування доходів, на які придбане судно, можливість негайного перепродажу судна;

- звільнення від засилля бюрократизму і надмірної опіки державних органів у країні своєї національності;

- користування правами і перевагами, які закріплені у багатосторонніх та двосторонніх міжнародних договорах за участі держави прапора судна;

- застосування права держави прапора до усіх видів договорів, які укладаються на борту судна, за принципом колізійної прив'язки;

- здійснення каботажних перевезень вантажів між портами держави реєстрації судна;

- користування пільгами, які надає податкове та митне законодавство держави (звільнення від ввізного мита, зменшення портових зборів тощо);

- отримання права на допомогу від консульських установ держави прапора;

користування при необхідності захистом військово-морських сил держави реєстрації.

Однак критики практики вільної реєстрації суден, і перш з все Міжнародна федерація профспілок транспортних робітників (ITF), мають вагомні аргументи проти широкого використання «зручних» прапорів. Характерною особливістю законодавства країн відкритої реєстрації є те, що вони недостатньо або взагалі не регламентують найважливіші питання найму екіпажу, не створюють надійної системи контролю та нагляду за дотриманням трудового законодавства, оскільки не мають своїх громадян у складі екіпажів. При цьому трудові контракти членів екіпажу інколи не відповідають загальноновизнаним міжнародним договорам, прийнятим Міжнародною організацією праці.

Консульський корпус таких країн також не зацікавлений у захисті інтересів чужих моряків, які працюють на суднах під їх прапором. Взагалі країни зручної реєстрації — це здебільшого квазіморські держави, які не мають власної розвиненої морської індустрії, повноцінної морської доктрини. Абсолютно справедливо зазначається у літературі, що моряки-іноземці не представлені у політичній системі такої держави, вони не є виборцями і їхніми інтересами не опікуються політичні партії, у них немає лобістів у вищих ешелонах влади [4, 13–14]. На відміну від екіпажів суден під прапором своєї країни, українські моряки позбавлені можливості реалізації свого виборчого права під час перебування на судні за межами України.

Підняття державного прапора на судні є тим юридичним фактом, який дозволяє застосовувати до відносин, що виникають на цьому судні, національне право країни прапора. Але законодавство держави прапора судна може навіть не доводитися до членів екіпажу. Така правова невизначеність особливо стосується капітана, який за законодавством багатьох країн несе у тому числі і кримінальну відповідальність за порушення законодавства держави прапора судна. В умовах відсутності реальної юрисдикції держави, де зареєстроване судно, життєдіяльність екіпажа фактично регулюється не суверенною державою, а суверенним судновласником. Фактично на суднах під «зручним» прапором моряки змушені розраховувати не стільки на закон, як на порядність судновласника.

У погоні за залученням все більшої кількості суден під свої прапори, а отже, і до збільшення своїх прибутків, держави «зручної» реєстрації знижують вимоги до технічного стану суден. Морська громадськість навіть виробила спеціальний термін — субстандартне судноплавство, яким позначається невідповідність окремих судноплавних компаній та морських суден встановленим вимогам з безпеки мореплавства та захисту навколишнього середовища. Самі моряки дуже часто називають субстандартні судна плавучими трунами. Середній вік морських суден під прапорами країн відкритої реєстрації є більшим від віку решти світового флоту. Важкі умови праці та технічна ненадійність суден перетворюють морську професію у небезпечну для життя роботу — за наявними даними, щороку у світі трапляється близько двох тисяч смертей моряків, що входять до складу екіпажів суден під прапором «зручної» реєстрації [5, 10].

Яким чином можна вирішити цей спір? Сама по собі відкрита реєстрація не є чимось напівзаконним та сумнівним. Часто вживані вирази «дешевий» прапор і «зручний» прапор відображають певну злість морських адміністрацій розвинених країн, які втрачають тоннаж через небажання зменшити свій бюрократизм і тотальний контроль за судноплавними компаніями. Адже реєстрація під «дешевим» прапором зовсім не звільняє судновласника від отримання класифікаційних свідоцтв та проходження оглядів для підтвердження класу судна, дипломування судових фахівців, наявності обов'язкового конвенційного обладнання тощо. Існуючі розмови про недотримання норм безпеки мореплавства і захисту навколишнього середовища, порушення соціальних прав моряків на суднах під «зручними» прапорами відповідають дійсності анітрохи не більше, ніж, наприклад, на суднах під прапором України. Ніхто не буде сперечатися, що у більшості випадків проблеми з недотриманням міжнародних стандартів залежать не від прапора, а від порядку на конкретному судні, встановленому судновласником і капітаном. Вимоги міжнародно-правових актів, зокрема конвенцій про охорону людського життя на морі (СОЛАС 1974 р.), про дипломування моряків та несення вахти (ПДМНВ 1978/1993 рр.) та інших єдині для всього світового флоту і їх дотримання контролюється державою порту заходу судна, незважаючи на його прапор. Тому за такими критеріями, як забезпечення дотримання міжнародних стандартів у сфері безпеки мореплавства, охорони навколишнього середовища, соціальної захищеності моряків країни відкритої реєстрації можна умовно розділити на дві підгрупи. До першої можна віднести прапори Мальти, Кіпру, Гібралтару тощо. На суднах під прапорами цих країн діють досить жорсткі національні вимоги щодо забезпечення безпеки мореплавства; вони приєдналися до Зведеної Конвенції Міжнародної організації праці 2006 року, яка захищає основні права моряків, тоді як багато національних реєстрів до цього часу не ратифікували цей міжнародний договір.

Однак, на жаль, окремі судновласники віддають перевагу «зручним» прапорам далеко не тільки зі зрозумілих і в принципі виправданих причин: мінімальне оподаткування, можливість найму дешевих екіпажів, відсутність обмежень щодо віку суден. Прапори окремих країн інколи називають «брудними» і нерідко ними користуються у злочинних цілях. До таких можна віднести відкритий реєстр Судноплавної корпорації Камбоджі (нині заборонений), відкритий реєстр КНДР та деяких інших. Судновласники, капітани та екіпажі суден під прапорами цих країн неодноразово звинувачувалися у контрабанді зброї, наркотичних засобів тощо.

Спробуємо проаналізувати, яким чином міжнародне морське право регулює ці проблемні питання. Встановлюючи загальні принципи національності судна, Конвенція ООН з морського права 1982 р. виділяє окремо міжнародно-правовий принцип так званого «реального зв'язку» (*genuine link*) між судном та державою його прапора. Такий реальний зв'язок має суттєве значення для здійснення державою юрисдикції по відношенню до суден, які несуть її прапор.

Хоча ця, а також Женевська конвенція про відкрите море 1958 р., містять вимоги про необхідність дотримання принципу реального зв'язку, тим не мен-

ше вони не формулюють чітко зміст цього принципу. Стаття 94 Конвенції 1982 р. передбачає обов'язки держави прапора щодо реєстрації суден: держава повинна вести реєстр суден, що плавають під її прапором, із зазначенням їх назв і даних, крім тих суден, які виключені із загальноприйнятих міжнародних правил внаслідок їхніх невеликих розмірів; приймає на себе у відповідності зі своїм внутрішнім правом юрисдикцію над кожним судном, що плавають під її прапором, і над його капітаном, офіцерами та екіпажем у відношенні адміністративних, технічних і соціальних питань, що стосуються суден [3]. При цьому термін «юрисдикція», як зазначає А. М. Шемякін, слід розуміти у широкому значенні цього слова як компетенцію у судовій, адміністративній, законодавчій сферах [6, 54]. Таким чином, Конвенція покладає на державу певні обов'язки, виконати які воно може за допомогою створення чіткого механізму реєстрації суден, а також створення певного органу, що здійснює цю процедуру як у приватних інтересах (власники майна), так і в громадських (органи влади). І все ж таких зобов'язань виявилось недостатньо для вирішення зазначених вище проблем «зручної» реєстрації.

Важливе значення для торговельного судноплавства мала Конференція ООН з умов реєстрації суден, у завдання якої входила детальна розробка змісту принципу реального зв'язку між судном і державою його прапора. Вироблена Конференцією та підписана у 1986 році Женевська конвенція ООН про умови реєстрації суден у статті 11 виділяє наступні основні критерії цього принципу:

- обов'язкова участь держави або її фізичних та юридичних осіб у власності на судно;
- певну частину екіпажу мають складати громадяни держави прапора судна; здійснення ефективного управління судном з території держави прапора фізичними чи юридичними особами, які уповноважені діяти від імені та в інтересах судовласника і відповідати за його зобов'язаннями;
- забезпечення ідентифікації та підзвітності судовласників і операторів суден, що гарантує дотримання умов реєстрації [7, 48–49].

Однак конвенція не вступила в силу, тому що для цього необхідна ратифікація її як мінімум сорока державами, що володіють не менш ніж 25 відсотками загального світового тоннажу торговельного флоту. Більшість держав відкритої реєстрації не приєдналися до конвенції саме через незгоду із закріпленою в ній концепцією «реального зв'язку». Вона є останнім за часом універсальним міжнародним договором, який регулює порядок реєстрації суден.

Набуття чинності Конвенції ООН про умови реєстрації суден, прийнятої в 1986 р., ратифікація її державами, які є офшорними фінансовими центрами могли б істотно зміцнити міжнародно-правовий принцип реального зв'язку між судном і державою його прапора, наповнити його конкретним змістом і тим самим сприяти позитивним змінам у практиці відкритої реєстрації морських суден. У кінцевому рахунку розроблені Конференцією документи повинні привести до вирішення однієї з найбільш гострих проблем у сфері торговельного судноплавства.

Що стосується нашої держави, то з метою запобігання витоку національно-

го флоту за кордон і залучення іноземного тоннажу під свій прапор, а також підвищення конкурентоспроможності українських суден на світовому фрахтовому ринку, доцільно було б створити Український міжнародний судновий реєстр. Однак це вимагає не лише розроблення ефективного національного законодавства, яке повністю відповідало б міжнародним стандартам у сфері безпеки мореплавства і захисту навколишнього середовища та забезпечувало б реалізацію концепції реального зв'язку, але й ратифікації усіх без виключення конвенцій Міжнародної організації праці, які регулюють трудові відносини за участю моряків. Це, поміж іншим, також сприяло б вирішенню проблеми працевлаштування десятків тисяч українських моряків, забезпеченню їх соціальної захищеності та безпеки.

### Література

1. CIA World factbook 2008. — Режим доступу : [www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/](http://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/)
2. Концепція створення центру захисту українських моряків // Офіційний сайт МЗС України. — Режим доступу : [www.mfa.gov.ua/mfa/ua/519.htm](http://www.mfa.gov.ua/mfa/ua/519.htm).
3. Конституция для океанов ( UNCLOS 82) : учеб. пособие / сост.: Е. В. Додин, С. А. Кузнецов ; под ред. С. В. Кивалова. — 1998. — 250 с. — (Б-ка журн. «Торговое мореплавание». Сер. Правовое регулирование торгового мореплавания ; № 3 (II)).
4. Суханов Н. М. Международное правовое положение российских моряков, работающих на судах под удобными флагами // Морское обозрение : междунар. мор. журн. — 2009. — № 4. — С. 12–15.
5. «Нет» субстандартному судоходству : материалы Междунар. семинара в Российском морском регистре судоходства, г. Санкт-Петербург, май 2007 г. // Морской флот. — 2007. — № 6. — С. 10–12.
6. Шемякин А. Н. Морское право : учеб. пособие / А. Н. Шемякин. — Х. : Одиссей, 2006. — 384 с.
7. Международное морское право (публичное и частное) : учеб. пособие / В. Н. Гуцуляк. — Ростов н/Д : Фенікс, 2006. — 416 с.

### Анотація

*Давиденко Л. М.* Правові проблеми реєстрації морських суден під «зручними» прапорами. — Стаття.

Сучасна практика реєстрації морських суден під «зручними» прапорами породжує міжнародно-правову проблему забезпечення принципу реального зв'язку між державою і судном, що має право плавати під її прапором. На іноземне судно, яке зареєстроване у відкритому реєстрі, розповсюджується юрисдикція держави прапора, яка відповідно до міжнародних зобов'язань повинна здійснювати ефективний контроль над судном у адміністративних, технічних і соціальних питаннях. Відсутність чітких критеріїв правового зв'язку між судном та державою прапора породжує низку проблем у сфері морської діяльності, що викликає гостру необхідність їх закріплення у міжнародних договорах.

*Ключові слова:* національність морського судна, реєстрація суден, держави «зручного» прапора, принцип реального зв'язку.

### Аннотация

*Давиденко Л. Н.* Правовые проблемы регистрации морских судов под «удобными» флагами. — Статья.

Современная практика регистрации морских судов под «удобными» флагами порождает международно-правовую проблему обеспечения принципа реальной связи между государством и судном, имеющим право плавать под его флагом. На иностранное судно, зарегистрированное в от-



крытом регистре, распространяется юрисдикция государства флага, которое в соответствии с международными обязательствами должно осуществлять эффективный контроль над судном в административных, технических и социальных вопросах. Отсутствие четких критериев правовой связи между судном и государством флага порождает ряд проблем в сфере морской деятельности, что вызывает острую необходимость их закрепления в международных договорах.

*Ключевые слова:* национальность морского судна, регистрация судов, государства «удобного» флага, принцип реальной связи.

### Summary

*Davydenko L. Legal Problems of Registration of Seagoing Vessels Under the Flag of Convenience. — Article.*

The modern practice of registering ships under the flag of convenience affects the international legal principle of genuine link between the state and the vessel which is entitled to fly its flag. The state which registered foreign vessel in an open registry in accordance with international obligations should exercise effective control over it in the administrative, technical and social issues. Lack of clear criteria for legal genuine link between the ship and the state of flag generates a number of problems in marine activity which causes acute need for their implementation in international treaties.

*Keywords:* nationality of the ship, ships' registration, flag of convenience, principle of genuine link.

УДК 340.11:162.12

*А. В. Званчук*

### ПРОФЕСІЙНІСТЬ І КОМПЕТЕНТНІСТЬ У ПРАВОВІЙ СФЕРІ: ПОНЯТТЯ ТА СПІВВІДНОШЕННЯ

Утвердження права у суспільній життєдіяльності, розвиток правової культури на основі поглиблення «гетерогенності, компліментарності та ієрархії джерел права» [6, 263] виразно виявляє себе розвитком правової інфраструктури, зростанням попиту на правові послуги, інформацію, знання, вміння та навички фахівців у сфері теоретичної та прикладної юриспруденції. При цьому поволі помітно посилюється і потяг до права тих громадян, для яких юриспруденція хоча і не є професією, але їхня службова чи трудова діяльність потребує певних знань і навичок реалізації чи застосування права, підготовки юридичних документів, здійснення правозахисної діяльності.

Ці процеси актуалізують проблематику вдосконалення професійної правової діяльності, підвищення рівня правової свідомості і культури юристів-професіоналів (у тому числі, й реформування системи підготовки юридичних кадрів), з одного боку, а з іншого — потребують посилення уваги до формування сучасних правових знань, уявлень, переконань, вмінь та навичок інших верств суспільства. Для забезпечення необхідної результативності таких заходів слід визначитися із тим, якими потребами щодо опанування права володіють різні суспільні групи населення, якими особливостями характеризується правова свідомість тих чи інших соціальних верств. Особливого значення це набуває у зв'язку з подальшими процесами стратифікації українського соціуму, виокремленням у ньому різноманітних прошарків, які характеризуються

особливостями сприйняття права і правових явищ, є носіями певних правових цінностей, і задіяні у правову практику чи правову діяльність, що характеризуються певними відмінностями і специфікою, які пов'язані з виконанням тих чи інших соціально інституціоналізованих функцій. Мова, таким чином, має йти про необхідність дослідження таких різновидів правової свідомості, як професійна та компетентна.

Варто зауважити, що дослідження різних аспектів «професійного» зрізу правової свідомості у вітчизняній та зарубіжній юриспруденції має доволі значну традицію і досить великий доробок наукових публікацій. Цю проблематику предметно досліджували С. С. Алексєєв [1], П. П. Баранов [2], А. Е. Жалінський [7], А. Ф. Крижанівський [9], Є. О. Лукашева [10], В. С. Мухін [11], В. А. Сапун [15], С. С. Сливка [16], М. Я. Соколов [17], В. І. Темченко [18], І. Є. Фарбер [19] та ін.

Компетентнісні ж аспекти правової свідомості поки що не стали предметом ґрунтовної уваги представників теоретичної і прикладної юриспруденції, хоча нині вже доволі очевидним є функціонування цього феномена у правовій реальності, а відтак — і необхідність ґрунтовного його осягнення правниками на теоретичному і прикладному рівнях.

Отже, предметом аналізу пропонованої статті є поняття «професійність» і «компетентність» у правовій сфері, співвідношення цих категорій, їх спільне та відмінне, що відбивається у феноменах професійної та компетентної правової свідомості.

Виокремлення у середовищі суспільної правосвідомості її професійної складової пов'язане з тим, що професійна діяльність «...формує комплекс ідей, уявлень, емоцій, що визначається особливостями даної професійної (правової. — А. З.) практики» [9, 3]. Тому професійність, професійний характер правосвідомості беруть свій початок із діяльності, спеціалізація якої, суспільні очікування і вимоги до неї отримали свій вияв у характеристиках і категоріях правового професіоналізму.

Домінуючим у розумінні цих феноменів стало сприйняття професійної правосвідомості як властивої переважно юристам-професіоналам. Так, М. Я. Соколов визначає професійну правосвідомість юристів як «одну з колективних форм правової свідомості, що виступає як система правових поглядів, знань, почуттів, оціночних орієнтацій та інших структурних утворень правової свідомості спільноти людей, які професійно займаються юридичною діяльністю, що вимагає спеціальної освітньої та практичної підготовки» [17, 12]. Це визначення, хоча й містить базові характеристики досліджуваного явища, проте зміст поняття «які професійно займаються юридичною діяльністю» потребує додаткового уточнення. Тому у фахівців цілком закономірно виникає питання — чи слід відносити до носіїв професійно-правової свідомості посадових осіб, які виконують функції державного управління? [5, 109]. Для отримання відповіді на це питання велике значення має саме компетентнісний аналіз цих професій, з'ясування того, що становить головний зміст професійної діяльності певного виду, спільне та відмінне між категоріями «професійність» і «компетентність» та ін.

Відправним пунктом тут можуть слугувати напрацювання дослідників, які прагнули визначити значення і роль юристів у правовому житті суспільства, встановити зміст поняття «юридична професія», відносно якого ведеться довготривала дискусія у вітчизняній правничій літературі. У нагоді тут могли б стати нормативно-правові джерела, але проблема ускладнюється тим, що законодавство містить дефініції тільки окремих представників юридичної професії: судді, прокурора адвоката та ін. Аналіз цих визначень не дозволяє виявити цілісність розуміння законодавцем юридичної професії чи сформулювати її ознаки.

Тому є необхідність звернутися до широко використовуваних у соціології діяльнісного та особистісно-кваліфікаційного підходів. У рамках першого головного ознакою професії вважається особливий різновид трудової діяльності, що виокремився у процесі розподілу праці. У рамках другого головна увага приділяється носію професії — людині, сукупності наявних у працівника знань, вмінь та навичок. Автори сучасних публікацій, дотримуючись переважно останнього підходу, цитують сформульовану С. С. Алексєєвим ще у 70-ті роки ХХ століття дефініцію юриста як фахівця, що обізнаний з правом, має професійні (фундаментальні і спеціалізовані) правові знання та вміння застосовувати їх у практичній діяльності [1, 73]. У розрізі проблематики даної статі використання виключно особистісно-кваліфікаційного підходу не тільки не вирішує проблему, але навіть ускладнює це: у сучасному суспільстві факт наявності у індивіда знань чинного законодавства, вмінь та навичок його застосування не завжди буде означати, що вона є представником юридичної професії. Це нерідко призводить до ототожнення понять «юрист» і «юридична професія», причому останнє втрачає самостійне смислове значення. Тому надзвичайно важливим тут є розуміння того, що можливості осягнення сутності юридичної професії відкриваються не у розрізі особистісних якостей юристів, а пов'язані з особливостями саме юридичної професії.

**Професійність** діяльності фахових юристів визначається тим, що ця діяльність має наскрізний юридичний характер, спрямовується на застосування та забезпечення реалізації права. Право у фаховій діяльності юристів виступає головним засобом і метою. Засоби, які використовуються професійним юристом, чітко опосередковані правом і з боку закріплення їхнього «реєстру», тобто легалізації переліку наявних у розпорядженні юриста варіантів дозволеної діяльності на основі принципу «дозволене тільки те, що прямо передбачене законом», і з боку встановлення змістовних характеристик цієї діяльності. Ще однією особливістю є процесуальний характер цієї діяльності, її протікання у рамках встановлених правом юридичних процедур.

Характеризуючи спрямованість професійної діяльності юриста, слід зазначити, що вона переслідує не одну якусь окрему мету, а спрямована на досягнення декількох цілей: забезпечення суб'єктивних прав учасників правових відносин, відновлення порушеного права, верховенство права, підтримання правового порядку тощо. Проте «генеральною» метою професійної діяльності юриста має бути визнана належна реалізація права його суб'єктами.

Професійність як сукупність певних якостей має враховувати і те, що різні юридичні професії характеризуються особливостями фахової діяльності суддів, слідчих, адвокатів, прокурорів, юрисконсультів та ін., між якими є досить суттєві відмінності і у характері, і у функціональних характеристиках цих різновидів професій.

Дослідники цієї проблематики зазначають, що головними особливостями професійності є: професійна відповідальність за збереження, передачу та використання спеціалізованої суми знань і часто — за розширення цих знань як у емпіричному, так і у теоретичному напрямках; висока автономність професії в області залучення нових членів, їхньої підготовки та контролю за їхньою професійною поведінкою; встановлення у спільноті і професією зв'язків, необхідних для її підтримки, охорони від непрофесійного втручання; потреба винагороди [13, 28–29].

А. Е. Жалінський до ознак професійності юриста відносить: здійснення цієї діяльності за правилами, що вироблені та закріплені відповідно до встановленого порядку; відповідність процесу і результату діяльності певним вимогам, які можуть мати нормативно-правовий і професійно-етичний характер; підконтрольність діяльності державним органам та (або) корпорації фахівців; оплатність діяльності; гарантії її здійснення у встановлених випадках, включаючи доступ до неї зацікавлених осіб [7, 39]. До цього переліку додається і те, що «...діяльність, яка має ознаки професійності, здійснюється професіоналом» [7, 39], проте ця ознака не є змістовною, вона вказує на її суб'єкт, а не характеризує власне саму діяльність, її змістовне наповнення.

Отже, категорія «професійність» фахового юриста характеризує спроможність фахівця даного типу повноцінно функціонувати у координатах соціальних потреб, очікувань і норм щодо ролі, місця та призначення юридичної професії у системі суспільного розподілу праці, у рамках професійного середовища юристів у відповідності до встановлених вимог формального характеру, усталених стандартів корпоративної легітимації і професійної етики.

**Компетентність** пов'язана з терміном «компетенція» — (від лат. *competentio*, *compeo* — досягаю, відповідаю, підходжу). Не маючи можливості у рамках статті аналізувати розмаїття позицій доктринальної дискусії щодо цих понять [3; 4; 8; 14; 20; 22], слід наголосити на тому, що компетенція зумовлює готовність суб'єкта ефективно організувати внутрішні та зовнішні ресурси для чіткого визначення і ефективного досягнення мети і передбачає наявність взаємопов'язаних якостей з особистості, які задаються відносно певного кола предметів у процесі та необхідні для якісної продуктивної діяльності по відношенню до них. Іншими словами, компетенція — це особиста здатність суб'єкта вирішувати певний клас професійних задач. Сукупність компетенцій (наявність знань і досвіду, вміння використання способів, які необхідні для ефективної діяльності у заданій предметній області) називають «компетентністю»: це володіння особою відповідними компетенціями, включно з відношенням до неї та до предмета діяльності.

Компетенція і компетентність — тісно взаємопов'язані та взаємообумовлені

категорії, що породжує їх певне рядопокладання і вимагає відповіді на запитання: це одне і теж, чи це різні поняття?

Частковий збіг зовнішньої форми, схоже звучання призводять до помилкової підміни понять і викривлення дефініцій цих слів. Як зазначають дослідники, з етимологічної точки зору обидва ці слова мають свої коріння у латині і запозичені з англійської, де слово *competence* має кілька значень: перше — здатність, дані, знання, компетентність; друге — компетенція, правомочність. То ж, робить висновок Н. Ю. Хлизова, — тут наявна полісемія, компетенція і компетентність є різними значеннями одного багатозначного слова *competence* [21]. У російській, а слідом і в українській мовах ці поняття ствердилися як зовсім різні лінгвістичні одиниці з близьким звучанням, але з принципово відмінною семантикою. Компетентність, по-перше, — це сфера повноважень керуючого органу, посадової особи; коло питань, з яких вони володіють правом прийняття рішень. Зона повноважень тих чи інших органів чи осіб встановлюється законами, конкретизується підзаконними нормативними актами (положеннями, інструкціями, статутами). По-друге — це знання, досвід у тій чи іншій галузі. Компетенція ж — це коло питань, у яких дана особа володіє авторитетністю, знаннями, досвідом; це також коло повноважень, сфера належних чийомусь віданню питань, явищ (право) [21]. Отже, компетенція містить певний нормативно закріплений набір якостей, які необхідні у певній сфері діяльності, і тому задає рівень компетентності. Підвищення рівня компетентності призводить до розширення сфери компетенції, що, в свою чергу, обумовлює необхідність підвищення рівня компетенції.

Компетентність у правовій сфері нерідко використовується як термін, що є чи не синонімом професійності. Не заперечуючи певної спорідненості цих понять, слід зазначити, що компетентність охоплює зону повноважень, знання і досвід у певній сфері діяльності. Професійність означає такі ж характеристики, але «прив'язані» до відповідної професії. То ж, компетентність є ширшою за обсягом, а відтак, співвідноситься не стільки з юридичними професіями, скільки з тими, представники яких мають бути носіями правових знань, переконань і досвіду як факультативних (але необхідних) з погляду здійснення функцій у рамках своєї професії (менеджер, лікар, вчитель тощо). Таке розмежування, виводить і на розуміння компетентної правової свідомості як такої, що є властивою саме певним категоріям суб'єктів права.

Подальше дослідження цієї проблематики уможливить висвітлення й інших, більш глибоких сторін і властивостей цього феномена.

#### Література

1. Алексеев С. С. Введение в юридическую специальность / С. С. Алексеев. — М. : Юрид. лит., 1976. — 256 с.
2. Баранов П. П. Профессиональное правосознание работников ОВД. Теоретические проблемы / П. П. Баранов. — М., 1991. — 187 с.
3. Баранников А. В. Содержание общего образования. Компетентностный подход / А. В. Баранников. — М. : ГУ ВШЭ, 2002. — 51 с.
4. Болотов В. А. Компетентностная модель: от идеи к образовательной программе / В. А. Болотов, В. В. Сериков // Педагогика. — 2003. — № 10. — С. 8–14.

5. Грошевой Ю. М. Профессиональное правосознание юристов : [рецензия] / Ю. М. Грошевой, П. М. Рабинович // Правоведение. — 1990. — № 4. — С. 109–110.
6. Дудченко В. В. Традиція правового розвитку: плюралізм правових вчень / В. В. Дудченко. — О. : Юрид. л-ра, 2006. — 304 с.
7. Жалинский А. Э. Профессиональная деятельность юриста. Введение в специальность : учеб. пособие / А. Э. Жалинский. — М. : БЕК, 1997. — 330 с.
8. Зимняя И. А. Ключевые компетенции — новая парадигма результата образования // Высшее образование сегодня. — 2003. — № 5. — С. 34–42.
9. Крыжановский А. Ф. К вопросу о профессиональном правосознании // Проблемы правоведения. — К., 1984. — Вып. 45. — С. 3–7.
10. Лукашева Е. А. Социалистическое правосознание и законность / Е. А. Лукашева. — М., 1973. — 344 с.
11. Мухін В. В. Професійна правосвідомість: поняття, особливості, функції : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / В. В. Мухін ; Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. — Х., 2007. — 200 с.
12. Ожегов С. И. Словарь русского языка: ок. 57 000 слов / С. И. Ожегов ; под ред. Н. Ю. Шведовой. — 16-е изд., испр. — М. : Рус. яз., 1984. — 797 с.
13. Парсонс Т. Научная дисциплина и дифференциация науки / Т. Парсонс, Н. Сторер // Научная деятельность: структура и институты. — М., 1980. — С. 27–55.
14. Равен Дж. Компетентность в современном обществе: выявление, развитие и реализация / Дж. Равен. — М., 2002. — 132 с.
15. Сапун В. А. Социальная структура правосознания и реализация права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В. А. Сапун. — Свердловск, 1978. — 20 с.
16. Сливка С. С. Правове виховання працівників органів внутрішніх справ в сучасних умовах / С. С. Сливка. — Л., 1991. — 163 с.
17. Соколов Н. Я. Профессиональное правосознание юристов / Н. Я. Соколов. — М. : Наука, 1988. — 224 с.
18. Темченко В. І. Формування професійної правосвідомості співробітників міліції (проблеми теорії і практики) / В. І. Темченко. — К. : НАВСУ : «ДС«Авангард» 2001. — 188 с.
19. Фарбер И. Е. Правосознание как форма общественного сознания / И. Е. Фарбер. — М., 1963. — 205 с.
20. Федоров А. В. Медиакомпетентность личности: от терминологии к показателям // Инновации в образовании. — 2007. — № 10. — С. 75–108.
21. Хлызова Н. Ю. Интерпретация понятий «компетентность» и «компетенция»: к проблеме систематизации научной терминологии // Медиаобразование: от теории — к практике / сост. И. В.-Жилинская. — Томск, 2008. — Ч. 2. — Режим доступа : <http://edu.of.ru/attach/17/48710.doc>.
22. Хуторской А. В. Практикум по дидактике и современным методикам обучения / А. В. Хуторской. — СПб. : Питер, 2004. — 541 с.

### Анотація

**Званчук А. В. Професійність і компетентність у правовій сфері: поняття та співвідношення.** — Стаття.

Функціонування у правовій сфері професійних і компетентнісних зрізів діяльності та правової свідомості актуалізує завдання дослідження цих феноменів. У статті аналізується поняття і співвідношення категорій «професійність» та «компетентність» як таких, що уможливають розмежування професійно-юридичної і компетентної правосвідомості.

*Ключові слова:* професія, компетенція, професійність, компетентність, професійна правова свідомість, компетентна правосвідомість.

### Аннотация

**Званчук А. В. Профессиональность и компетентность в правовой сфере: понятие и соотношение.** — Статья.

Функционирование в правовой сфере профессиональных и компетентностных видов деятельности и правового сознания актуализирует задание исследования этих феноменов. В статье анализируется понятие и соотношение категорий «профессиональность» и «компетентность» как таких, которые позволяют разделить профессионально-юридическое и компетентное правосознание.

*Ключевые слова:* профессия, компетенция, профессиональность, компетентность, профессиональное правосознание, компетентное правосознание.

### Summary

*Zvanchuk A. V. Professionalism and Competence in the Legal Sphere: Concept and Relation. — Article.*

Functioning of professional and competent section of activity and legal conscience in the legal sphere actualizes tasks of research of these phenomena. Concept and relation of categories «professionalism» and «competence» as such, is analyzed in the article that makes possible a delimitation of professional-legal and competent legal awareness.

*Keywords:* profession, competence, professionalism, competency, professional legal conscience, competence legal conscience.

УДК 342.72/73:349.6:504.06(477)

*Л. А. Калишук*

### ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТЬ «ФОРМИ» ТА «СПОСОБИ» ЗАХИСТУ ЕКОЛОГІЧНИХ ПРАВ ГРОМАДЯН УКРАЇНИ

Права людини — найвидатніше досягнення світової цивілізації. У сучасний період дотримання прав і свобод людини і громадянина — головний критерій цивілізованого суспільства, його здатності вирішувати складні економічні, політичні і соціальні проблеми [1].

Одним із найбільш суттєвих досягнень екологічного права і важливою тенденцією його розвитку на сучасному етапі є широке визнання і законодавче, в тому числі конституційне, встановлення екологічних прав індивіда [2].

Прийнята 28 червня 1996 року Конституція України, серед низки основних прав людини і громадянина, визнала і закріпила екологічні права, надавши їм статус конституційних. Так, відповідно до положень статті 50 Основного Закону держави кожен має право на безпечне для життя і здоров'я довкілля та на відшкодування завданої порушенням цього права шкоди; кожному гарантується право вільного доступу до інформації про стан довкілля, про якість харчових продуктів і предметів побуту, а також право на її поширення.

Необхідно зазначити, що вперше на законодавчому рівні термін «екологічні права» з'явився з прийняттям Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» від 25 червня 1991 року і, на сьогодні, безпосередньо вживається у статті 9, якою передбачається перелік екологічних прав громадян України. Частина 2 ст. 9 вищевказаного закону передбачає, що законодавством України можуть бути визначені і інші екологічні права громадян республіки, що дає змогу дійти висновку щодо невичерпності переліку екологічних прав громадян, закріплених у нормах даної статті.

Науковцями, що займаються дослідженням екологічних прав громадян, прийнято виділяти як основне (фундаментальне) екологічне право — право на безпечне для життя та здоров'я довкілля, яке традиційно вважається ядром всієї системи екологічних прав громадян, на реалізацію якого спрямовані інші екологічні права.

Захист екологічних прав громадян України є найгострішою проблемою сучасності, так як здійснення екологічних прав залежить від ефективності даного захисту. «Будь-яке суб'єктивне право за своєю суспільною сутністю не може бути захищеним. Право, що не захищається, втрачає свою сутність» [3].

Висвітленню правових питань захисту прав людини і громадянина присвячені, в основному, праці вчених науки цивільного права та цивільного процесу України, серед яких необхідно відзначити В. П. Грибанова, О. В. Дзеру, І. В. Жилінкову, О. А. Красавчикова, З. В. Ромовську, О. П. Сергеева, Ю. К. Толстого, Ю. С. Червоного, Я. М. Шевченко.

В еколого-правовій літературі щодо захисту екологічних прав досліджені лише окремі аспекти даної проблематики і серед фахівців, які в тій чи іншій мірі висвітлювали дані питання, необхідно відзначити В. І. Андрейцева, Г. В. Анісімову, М. М. Бринчука, А. П. Гетьман, І. І. Каракаша, М. В. Краснову, Н. Р. Кобецьку, Н. Р. Малишеву, Ю. С. Шемшученко. Комплексного ж дослідження захисту екологічних прав громадян України на сьогодні в еколого-правовій літературі не має.

Висвітлення правових питань, пов'язаних із захистом екологічних прав громадян України, вимагає з'ясування та аналізу визначення його форм та способів, відносно яких сучасна правова доктрина характеризується суперечностями та відсутністю єдиного наукового підходу. У свою чергу, відсутність єдиного понятійного апарату нерідко призводить і до змішування таких правових категорій, як «способи» та «форми» захисту екологічних прав.

З огляду на особливу актуальність висвітлення даного питання в умовах сьогодення метою статті є визначення понять «форми» та «способи» захисту екологічних прав громадян України шляхом здійснення їх співвідношення на підставі аналізу чинного національного законодавства і основних наукових підходів щодо даних понять.

Національне екологічне законодавство не містить офіційного визначення понять захисту, форм та способів захисту екологічних прав громадян України, як і не містить переліку таких способів. Підтвердженням наявності нормативно-правових приписів, що передбачають захист екологічних прав, є норми ст. 11 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» за назвою «Захист прав громадян України у галузі охорони навколишнього природного середовища», положення ч. 3 якої лише передбачають, що порушені права громадян у галузі охорони навколишнього природного середовища мають бути поновлені, а їх захист здійснюється в судовому порядку відповідно до законодавства України.

На необхідність розмежування форм захисту, з урахуванням специфіки об'єкту і характеру права, що підлягає захисту, вказує О. А. Красавчиков, який визначає такі форми захисту, як: визнання права; відновлення становища, яке існувало до порушення; припинення дій, що порушують право; присудження до виконання в натурі; припинення чи зміна правовідношення; стягнення з особи, що порушила право, завданих збитків [4].

О. П. Сергеев під формою захисту розуміє комплекс внутрішньо узгодже-



них організаційних заходів з захисту суб'єктивних прав і охоронюваних законом інтересів. Вчений розрізняє дві основні форми захисту — юрисдикційну та неюрисдикційну [5]. До юрисдикційної форми захисту належить діяльність уповноважених державою органів щодо захисту порушених або оспорюваних прав. Неюрисдикційна форма захисту охоплює дії громадян та організацій у захисті прав, які здійснюються ними самостійно без звернення до компетентних державних органів [6].

У цивілістичній науці під способами захисту прав прийнято розуміти передбачені законом дії, які безпосередньо спрямовані на усунення перешкод на шляху здійснення прав суб'єктами.

На думку А. П. Федосюк, спосіб захисту прав необхідно визначати як вольову правомірну дію, що здійснюється суб'єктом цивільного права (при сприянні судових і адміністративних органів) з метою визнання права, охорони існуючого права, відновлення порушеного права [7].

Співвідношення понять «форми» та «способи» захисту прав, зокрема екологічних прав громадян України, є об'єктом аналізу та дослідження у наукових працях вчених еколого-правової літератури.

Так, М. В. Краснова під формами захисту розуміє варіанти звернення громадян за захистом свого порушеного права, обумовлені різницею діяльності державних та інших органів із захисту прав у цілому. Способи захисту, на думку вченої, є діями державних органів у межах їх компетенції, які безпосередньо спрямовані на захист екологічних прав громадян (наприклад, визнання права на екологічну інформацію судом, розгляд земельних спорів радою, опротестування прокуратурою акта органу державної влади, що порушує екологічні права тощо) [8].

На необхідність розмежування форм та способів захисту наголошує Г. В. Анісімова, яка серед форм правового захисту виділяє — адміністративну, судову, громадську, самозахист, звернення до Уповноваженого з прав людини тощо, розглядаючи найбільш ефективним механізмом у сфері захисту екологічних прав саме судовий захист [9].

Досліджуючи гарантії реалізації та захисту екологічних прав людини і громадянина, І. І. Каракаш виділяє судовий, адміністративний та громадський порядок захисту екологічних прав. Судовий порядок захисту прав громадян визначений у цивільно-процесуальному законодавстві. Цивілістичні засоби та цивільно-правовий порядок судового захисту прав розповсюджується і на захист екологічних прав громадян [10].

Захист прав і свобод у судовому порядку гарантує ст. 55 Конституції України, відповідно до положень ч. 1 якої права і свободи людини і громадянина захищаються судом. Юрисдикція судів, згідно з ч. 2 ст. 124 Конституції України, поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі.

Відповідно до процесуального законодавства України, право на звернення до суду за захистом належить кожній особі у разі порушення, невизнання чи оспорювання її прав, свобод чи інтересів. Перелік осіб, які мають право на звернення до суду за захистом своїх прав, свобод та інтересів, закріплений

у ст. 3 ЦПК України, виходячи із положень якої всіх осіб, які мають право на звернення до суду за захистом, умовно можна поділити на три групи: 1) особи, які звертаються до суду за захистом своїх прав, свобод чи інтересів; 2) особи та органи, які звертаються до суду за захистом прав, свобод та інтересів інших осіб; 3) особи та органи, які звертаються до суду в захист державних та суспільних інтересів.

Здійснюючи правосуддя, суд захищає права, свободи і інтереси фізичних осіб, права і інтереси юридичних осіб, державні і суспільні інтереси способом, визначеним законами України.

Як правило, способи захисту суб'єктивних прав передбачені тими правовими нормами, які безпосередньо регулюють конкретні суспільні відносини.

Щодо способів захисту екологічних прав громадян України, то в узагальненому вигляді в екологічному законодавстві вони не визначені.

Перелік способів захисту цивільних прав та інтересів закріплений у ст. 16 Цивільного кодексу України. Стаття 9 Цивільного кодексу України передбачає можливість застосування положень даного кодексу до врегулювання відносин, які виникають у сфері використання природних ресурсів та охорони довкілля, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства. Отже, відносини у сфері захисту екологічних прав громадян України потрапляють у сферу правового регулювання Цивільного кодексу України.

Таким чином, норми цивільного права відіграють особливу роль у забезпеченні захисту екологічних прав громадян України, оскільки способи захисту екологічних прав випливають із загальних способів захисту цивільних прав.

Способами захисту екологічних прав громадян України є: визнання права; припинення дії, яка порушує право; відновлення становища, яке існувало до порушення; примусове виконання обов'язку в натурі; зміна правовідношення; припинення правовідношення; відшкодування майнової та моральної (немайнової) шкоди; визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування; їхніх посадових і службових осіб.

Слід зазначити, що перелік способів захисту прав та інтересів, що закріплений у ст. 16 Цивільного кодексу України, не є вичерпним про що свідчать положення ч. 3 ст. 16 Цивільного кодексу України, відповідно до якої суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, що встановлений договором або законом.

Ефективність захисту порушеного права часто залежить від того, яким способом суб'єкт буде його захищати [11], а вибір конкретного способу залежить від особливостей права, що порушено, конкретних правовідносин, їх суб'єктного складу та повинен бути оптимальним та ефективним за його кінцевим результатом [12].

Одним із найбільш ефективних способів захисту екологічних прав громадян України є відшкодування майнової шкоди. Стаття 69 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» передбачає положення щодо відшкодування шкоди в екологічному праві, відповідно до ч. 1 якої шкода,

заподіяна внаслідок порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища, підлягає компенсації, як правило, в повному обсязі без застосування норм зниження розміру стягнення та незалежно від збору за забруднення навколишнього природного середовища та погіршення якості природних ресурсів.

Окрім відшкодування майнової шкоди як способу захисту екологічних прав громадян України достатньо поширеними способами захисту є: визнання права; припинення дії, яка порушує право; визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади або органу місцевого самоврядування.

Особа має право на власний розсуд обрати спосіб захисту екологічних прав чи їх сукупність, і даний вибір є вкрай важливим для отримання позитивного кінцевого результату з захисту екологічних прав.

Підводячи підсумки проведеного дослідження, слід зазначити, що в умовах сьогодення проблема захисту екологічних прав громадян України є важливою і актуальною. Захист екологічних прав громадян України, що гарантується Конституцією України та іншими актами національного законодавства, здійснюється із застосуванням певних форм та способів захисту. Проведений аналіз засвідчив, що форми та способи захисту екологічних прав громадян є різними правовими категоріями, які не є тотожними і підлягають розмежуванню. Серед форм захисту екологічних прав громадян України необхідно виділяти юрисдикційну та неюрисдикційну форми захисту. Щодо юрисдикційної форми захисту, то найбільш ефективною та поширеною є саме судова форма захисту екологічних прав громадян України. Що стосується способів захисту екологічних прав, то вони впливають із загальних способів захисту цивільних прав та інтересів, закріплених у ст. 16 Цивільного кодексу України, і вибір певного способу захисту чи їх сукупності обумовлений характером права, яке порушено, та залежить від конкретних правовідносин.

#### Література

1. Права человека. Спецкурс / под ред. Уполномоченного по правам человека в Республике Татарстан Р. Г. Вагизова. — Казань : Правозащитный Центр г. Казани, 2004. — С. 4.
2. Бринчук М. М. Экологические права человека и гражданина // ЭКОС. — 2004. — № 3. — С. 16.
3. Ярема А. Г. Система способів захисту цивільних прав судом // Вісник Верховного Суду України. — 2009. — № 12. — С. 34.
4. Советское гражданское право : учебник. В 2 т. Т. 1 / под ред. О. А. Красавчикова. — 3-е изд., исп. и доп. — М. : Высш. шк., 1985. — С. 95–97.
5. Гражданское право : учебник. Ч. 1 / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — Изд. 2-е, перераб. и доп. — М. : Теис, 1996. — С. 268–270.
6. Цивільне право України. Академічний курс : підручник. У 2 т. Т. 1. Загальна частина / за заг. ред. Я. М. Шевченко. — Вид. 2-ге, допов. і переробл. — К. : Ін Юре, 2006. — С. 85.
7. Федосюк А. П. Способы защиты гражданских прав // Основы государства и права. — 2003. — № 5. — С. 68.
8. Краснова М. В. Екологічні права і обов'язки громадян // Екологічне право. Академічний курс : підручник / за заг. ред. Ю. С. Шемшученка. — 2-ге вид. — К. : Юрид. думка, 2008. — С. 57.
9. Анисимова А. В. Экологические права и обязанности граждан // Экологическое право Украины : учеб. пособие / под ред. А. П. Гетьман, М. В. Шульга. — Х. : Одиссей, 2007. — С. 105–107.

10. Каракаш І. І. Екологічні права та обов'язки людини і громадянина, гарантії їх реалізації та забезпечення захисту // Правовое регулювання аграрно-земельних и природоресурсово-екологических отношений : сб. избр. ст., докл. и рец. (1997–2007) / И. И. Каракаш. — О. : Феникс, 2007. — С. 263–264.
11. Першуттов А. Г. Различные способы защиты нарушенного права // ЗАКОН. — 2009. — № 1. — С. 121.
12. Кобецька Н. Р. Екологічне право України : навч. посіб. / Н. Р. Кобецька. — К. : Юрінком Інтер, 2007. — С. 56.

### Анотація

*Калишук Л. А. Щодо визначення понять «форми» та «способи» захисту екологічних прав громадян України. — Стаття.*

В умовах розбудови правової держави проблема захисту екологічних прав набуває особливого значення. Відсутність єдиного підходу щодо визначення форм та способів захисту екологічних прав громадян України обумовлює необхідність наукового осмислення даного правового питання, дослідженню якого і присвячується стаття.

*Ключові слова:* екологічні права громадян України, захист екологічних прав, форми захисту, способи захисту.

### Аннотация

*Калишук Л. А. Определение понятий «формы» и «способы» защиты экологических прав граждан Украины. — Статья.*

В условиях развития правового государства проблема защиты экологических прав приобретает особое значение. Отсутствие единого подхода относительно определения форм и способов защиты экологических прав граждан Украины обуславливает необходимость научного осознания данного правового вопроса, исследованию которого и посвящается статья.

*Ключевые слова:* экологические права граждан Украины, защита экологических прав, формы защиты, способы защиты.

### Summary

*Kalishuk L. A. Concerning Definition of Concepts of «Forms» and «Ways» of Protection of the Ecological Rights of Citizens of Ukraine. — Article.*

Under the conditions of legal state building the problem of ecological rights protection is particularly important. The absence of a single approach to the forms and measures definition for the protection of the Ukrainian citizens' ecological rights causes the necessity of these legal issues comprehension. So the article is devoted to the research of this matter.

*Keywords:* ecological rights of the Ukrainian citizens, the protection of the ecological rights, forms of protection, measures of protection.

УДК (340.122+340.130).001.362

С. І. Клім

## ПРИРОДНЕ ТА ПОЗИТИВНЕ ПРАВО: РЕАЛЬНІСТЬ ЧИ ІЛЮЗОРНІСТЬ АНАЛОГІЇ?

Протягом розвитку людського буття настають такі моменти, коли відбувається переоцінка цінностей, внаслідок чого людина починає сприймати факти та обставини, що мали місце в її житті, твори художньої, літературної творчості по-новому. Якщо ми звернемося до історії права, то побачимо, як

циклічно змінюють один одного підходи до сутності права, причому кожна така «зміна поглядів» є своєрідним «стрибком розвитку», що спричинений певними обставинами. Сутність, чи, інакше кажучи, «дух» нинішнього законодавства показує, що нормативне регулювання суспільних відносин не відповідає потребам їх розвитку, внаслідок чого нинішнє сторіччя є «переломним»: позитивістські підходи, що превалювали в СРСР, поступово віддають свої позиції природничим, що обумовлює актуальність розгляду питання, яким засобом природне право відтворює свої постулати у писаних нормах?

Метою даної статті є історичний аналіз розвитку природничих та позитивістських підходів та розкриття сутності «аналогії права» й «аналогії закону» у позитивному та природному праві.

Об'єктом дослідження є суспільні відносини, що виникають внаслідок подолання прогалів за допомогою аналогії закону та аналогії права при наявності позитивістського та природничого підходу до сутності права.

Предметом розгляду є норми цивільного права, науково-теоретичні доробки можливості застосування аналогії права та аналогії закону в позитивному й природному праві.

Значний внесок у розв'язання даної проблеми зробили вітчизняні юристи: Г. Ф. Шершеневич, І. О. Покровський, С. С. Сливка, С. С. Алексєєв, Е. В. Васильковський, В. Н. Карташов, С. І. Вільнянський, В. В. Лазарев та інші, а також закордонні дослідники А. Барак, Ж.-Л. Бержель, Р. Давид, Д. Ллойд.

З часів давньої сивини проходить боротьба між прихильниками позитивного та природничого права щодо правильності розуміння побудови та існування права як такого. Цікаво, що та чи інша позиція щодо сутності права, або навіть сурогат цих поглядів, незважаючи на всі «за» і «проти», «плюси» і «мінуси», в якийсь період розвитку юридичного буття стає нікчемною, недієздатною й потребує чогось додаткового.

Для того щоб зрозуміти, чому з великим успіхом протягом певного часу може функціонувати позитивізм, а потім його змінює природне право і навпаки і чи є ці явища всього-на-всього поглядами, переконаннями на сутність права, необхідно заглянути у «вікно історії».

На ранніх стадіях розвитку суспільства не було чіткого відмежування світу природи від світу людини. Згідно з тодішніми поглядами всіма процесами на землі «заправляє» Всевишній. Поступово з'явилась віра у раціоналізм, тобто в ідею, що світом керують розумні закони, які може досягнути людина.

Згідно з думкою Геракліта, розумність людини проявлялась у її свідомому підкоренні всесвітньому закону, «логосу». Подібні погляди стали частиною численних дискусій у Греції в V столітті. Але зовсім новий поворот в них внесли два основних філософа античної Греції — Платон і Арістотель. Платон стверджував, що жодна держава не зможе досягнути ідеалу справедливості, але до неї можна наблизитись за допомогою прийняття певних законів. Крім того, Платон подібно до більшості утопістів, бачить у справедливості дещо статичне та незмінне. Згідно з Арістотелем, у сфері людської діяльності і взаємовідносин поняття справедливості може бути буденним, тоді його зміст

змінюється від поліса до поліса залежно від історії і потреб даного суспільства. А коли справедливість розглядається як дещо природне, як явище природи, це поняття може бути універсальним, загальним для всього людства, оскільки відповідає загальній меті індивіда як соціальної та політичної істоти [1, 85].

Між поглядами Платона і Арістотеля є одна суттєва різниця, яка й на сьогоднішній день має важливе значення для теорії природного права. Зокрема, сформувався дві концепції природного права. Згідно з першою, природне право — це ідеальне поняття, зміст якого досягається розумом, інтуїцією, але яке, ймовірно, ніколи не існувало, а можливо, так ніколи і не буде існувати на землі; та прагматичний підхід, що заснований виключно на поведінці людини.

Таким чином, на даному етапі розвитку права було відкрито один з найважливіших постулатів: право не є чимось неосяжним, непередбаченим та статичним; існує певне джерело, а водночас і мета його розвитку, — справедливість, незалежно від того, де саме її шукати: в ідеальному образі чи самій людині.

У Стародавньому Римі на певному історичному етапі постає проблема протиставлення «суворого права» і «права справедливості», коли позитивні норми виявляють свою невідповідність новим вимогам часу. Проте римське право, яке було пронизане духом консерватизму та й традиціоналізму, не було здатне до оновлення шляхом зміни чинного законодавства. Історія римського права демонструє два основних способи розв'язання цієї проблеми: за допомогою коригуючої преторської практики і доктринальної діяльності римських юристів. Тобто прогалини в законодавстві усували не законодавчою практикою, а через аналогію права шляхом застосування доктринально оформлених загальноправових принципів [2]. Необхідно підкреслити, що найбільш благим і справедливим правопорядком визнавалося природне право — тому що засновувалося не на свавіллі законодавця, а на *naturalis ratio* [3, 20]. У випадку, коли жорстке дотримання букви законів або дій суб'єктів приватноправових відносин загрожувало явною несправедливістю, класична римська юриспруденція зверталась до духу законів, до наміру або волі приватних осіб [3, 18]. Для римського судді дія принципу справедливості мала самостійне значення у правозастосовній діяльності поряд із застосуванням аналогії. Передусім, за допомогою цього принципу суддя долає дію позитивних норм, застосування яких із різних причин було неможливим [4].

Якщо предметом позовів суворого права є певний точно визначений юридично (законом) і фактично (позивачем) предмет, то для позовів доброї совісті — завжди щось таке, що з точки зору цивільного права є сумнівним, і тому має бути визначене суддею. Таке застосування аналогії права дало можливість приймати судові рішення у випадках, коли не було порушено жодної позитивної норми, але певним особам завдано майнової шкоди — тобто формула зобов'язувала суддю розбирати всю справу по «совісті» та по «справедливості», коли до неї включалося застереження: «якщо в даному випадку нічого не було зроблено позивачем обманним шляхом» [5; 6].

З огляду на вищезазначене можна зробити висновок щодо розвитку права на теренах Римської імперії: вперше було використано аналогію права для

подолання прогалин у законодавстві, причому дана аналогія застосовувалась не тільки в рамках загальних принципів права (передусім справедливості, розумності, добросовісності), але й моральних імперативів, що значно розширювало межі природного права. Цікавим виявилось те, що римляни відмежовували аналогію права від справедливості, що, мабуть, поклало початок «дійсній аналогії» — «аналогії закону».

Після такого «прориву» римської правової думки вперед, згідно із закономірностями буття, мала наступити «тиша», і таким «спокоєм» стало християнство, згідно з основними канонами якого, природне право дорівнювалось до божественного закону, який частково відкривався завдяки чуду, а частково надається для пізнання розумом, але недоліки, характерні природі людини через її гріховність, змушують звертатись до природного права, в якому відсутні елементи ідеальної справедливості. Незважаючи на такий «погляд у минуле», Фома Аквінський заклав основи сучасного природно-правового мислення у дуже важливому аспекті. Природне право не було системою норм, що обумовлюють сфери людської діяльності у цілому. Існує безліч галузей, що потребують правового врегулювання, але нейтральні з точки зору моралі. Природа не є навечно незмінний феномен. А тому деякі положення природного права (правда, недостатньо чітко визначені) можуть бути відмінені чи змінені іншими у відповідності з вимогами часу. Це досягалось як шляхом заповнення прогалин у природному праві, так й шляхом подальшого розвитку природно-правових принципів, що стосуються багатьох складних сфер людського життя, які не підлягали прямому врегулюванню природним правом, але по відношенню до яких воно містило лише деякі загальні вказівки. Але що буде, якщо людські закони не відповідатимуть вимогам природного права? Згідно з позицією Ф. Аквінського, природне право матиме безперечний пріоритет [1, 92].

Епоху Ренесансу можна назвати Золотим сторіччям природного права, що мало місце до кінця XVIII століття. Основне значення надавалось раціональному характеру природного права. Прихильниками природного права на даному етапі, зокрема, були Г. Гроцій, Т. Гоббс, Дж. Локк, Б. Спіноза, Ш. Монтеск'є, Ж.-Ж. Руссо та ряд інших мислителів, що відійшли від християнської метафізики й трансформували ідею природного права, акцентуючи увагу при визначенні його змісту на природі людини, її розумі [7].

Так, Шарль Монтеск'є зазначав, що закон, кажучи взагалі, є людський розум, оскільки він управляє всіма народами землі... Крім того, у своєму дослідженні він не відділяв політичних законів від цивільних, оскільки займався дослідженням не законів, а Духу закону, який зводиться різних відносин закону до різних предметів...

Недосконалість позитивного права та його відсталість від потреб життя, що виросла із рамок старого феодального устрою, у високій мірі надавали можливість суддям вирішувати справи на власний розсуд виходячи із суб'єктивного розуміння принципів природного права, що призвело в деякій мірі до суддівського свавілля. Відголоском на такі дії стало закріплення в ряді цивільних законів (Пруське Земельне Уложення, Кодекс Наполеона у Франції, Іозефін-

ський кодекс 1786 р. Австрії, Зведення законів Російської імперії) правила, згідно з яким тільки закон може бути джерелом судового рішення. Так, ст. 52 Основного Закону говорить: «У випадку незрозумілості або недоліку існуючого закону кожний місцевий орган або уряд має право і обов'язок доповісти про це згідно з порядком своєму начальству. Якщо зустрічний сумнів не вирішується прямим змістом закону, то начальство зобов'язане надати Правительствующому Сенату або Міністру за належністю...». Стаття Уставу Цивільного Судочинства відмінила цей порядок, заборонив судам зупиняти вирішення справи з мотиву неповноти, неясності, недоліку чи суперечності закону [8].

Усі зазначені крайності пояснюються саме як реакція проти свавільного оперування судами з поняттям справедливості чи природного права у XVIII столітті і стали початком зародження позитивізму. Засновником класичної течії був французький філософ Огюст Конт, який і ввів у обіг сам термін «позитивізм». Центральним принципом позитивізму стало твердження про те, що все істинне знання може бути одержане лише як результат окремих спеціальних наук і їх синтетичного об'єднання. Прихильники цього напрямку обмежують завдання юриспруденції вивченням позитивного права (діючі нормативно-правові акти, право, встановлене державою, волею законодавця). Позитивне право охоплює все те, що склалося в суспільстві, що прийняте владою і що вона змушує сприймати як догму [9].

Звісно, позитивізм укріплює правопорядок і встановлює чіткі межі дії правових норм, що надає змогу сторонам заздалегідь напевне знати свої права і обов'язки. Але разом із тим в історії існують «страшні» крайнощі позитивізму. Так, свого часу у Німеччині такі погляди сприяли політичним та расовим дискримінаціям. І як можна в нинішній час визначити міру належної кари особам, що виступали судьями у фашистській Німеччині над євреями, оскільки на той час вони діяли абсолютно законно.

Таким чином, враховуючи вищезазначені історичні факти, можна зробити висновок, що природне і позитивне право не є якимись різними правами або різними точками зору на одне право. Природне і позитивне право — це стани розвитку одного єдиного права на тому чи іншому етапі історичного розвитку. Так, природне право виступає в ролі невичерпного джерела, кінцевої мети, яка з огляду на часові зміни та динаміку суспільного життя може змінюватись, та «свободи» розвитку права взагалі. Причому ця «свобода» є «стрибком уперед» на шляху удосконалення права, після якого настає період стабілізації, формалізації права, встановлення чітких рамок, інакше кажучи, період позитивізму. Але швидкоплинність та змінюваність людського життя вичерпує межі позитивного права та потребує «нової свободи». Дуже цікавим у зв'язку з розглянутими аспектами проблеми виявляється питання: а що є аналогія закону і аналогія права у позитивному та природному праві, іншими словами, як розглядається аналогія права у період панування позитивного чи природного права?..

Вперше поділ аналогії на аналогію права і аналогію закону встановив криміналіст Грольман в середині XVIII століття, хоча, як було зазначено вище,



передумовою такого поділу була діяльність римських судів [10]. У першому випадку правозастосовний орган за відсутності загального правила, що регулює дані відносини, намагається побудувати таке правило на підставі окремих положень, які містяться у тексті самого закону, у іншому він звертається до природи юридичного інституту, виходить із загальних начал і принципів, духа законодавства [11].

У вітчизняному правознавстві термін «аналогія закону» визначається як вирішення конкретної юридичної справи на підставі норм права, що регулюють суміжні суспільні відносини з тими, що регулюються [12; 13]. Під аналогією права прийнято розуміти застосування до випадку загальних начал і принципів правового регулювання. Аналогія права застосовується лише там, де неможливо підібрати близьку, аналогічну норму [14].

Процедура застосування аналогії закону як прийому логіки, безумовно, являє собою творчу діяльність, що зводиться до перенесення деяких якостей, що властиві одним явищам, на інші, які є суміжними з першим у суттєвих ознаках. Так, аналогія закону як у позитивному, так і в природному праві не викликає ніяких заперечень і визнається просто як метод формальної логіки, що передбачається законодавцем на випадок відсутності правової норми для врегулювання певних суспільних відносин. І пояснюється це тим, що колись рамки для врегулювання цих відносин були встановлені, але на прикладі іншої схожої ситуації, і задля «нормативної економії» право творець передбачив можливість застосування аналогії. Проблема застосування аналогії закону пов'язана з виділенням критеріїв схожості, що є предметом окремих дискусій і досліджень.

Аналогія (від грецького *analogia* — відповідність, схожість) — це схожість у будь-якому відношенні між предметами, явищами, поняттями; форма висновків, за якою на підставі схожості у будь-якому відношенні двох предметів, явищ робиться висновок про їх схожість в інших відносинах.

При застосуванні аналогії права немає схожості між врегульованими і неврегульованими відносинами. Відсутня інформація, яку можливо перенести з одних відносин на інші, а значить відсутні головні ознаки, що характерні для методу аналогії взагалі.

Тим не менш термін «аналогія права» укоренився в теорії та практичній юриспруденції, й його виключення або перейменування не відповідає інтересам справи.

Разом з тим, підводячи підсумки, аналогія права у позитивному праві є деталізацією загальних принципів та начал права, зміст яких встановлюється у законодавстві, внаслідок чого створюється нова норма права. Але ці принципи носять достатньо оціночний характер та сприймаються кожним окремим суддею по-різному з огляду на їх професійний рівень, емоційні, вольові якості, характер світосприйняття, окремі обставини справи, що розглядається, часові вимоги світорозуміння та ін., в результаті чого норма, що створюється за аналогією права, є не чим іншим, як формалізація, закріплення постулатів природного права, що мають місце на даному етапі його розвитку, а так звана

аналогія права виступає в ролі засобу виявлення «свободи» природного права, що завжди про всяк випадок передбачається законодавцем у нормативно-правових актах, інакше кажучи, самим позитивізмом.

### Література

1. Ллойд Д. Идея права / Деннис Ллойд; пер. с англ. М. А. Юмашева, Ю. М. Юмашева; науч. ред. Ю. М. Юмашев. — Изд. 4-е. — М.: КНИГОДЕЛ, 2007.
2. Шаркова І. Историчні витoki застосування аналогії права та звичаєвих норм у цивільному праві // Юридична Україна. — 2007. — № 3. — С. 59.
3. Чезаре С. Курс римского частного права: учебник / Санфилиппо Чезаре; под ред. Д. В. Дождева. — М.: БЕК, 2003.
4. Грось А. А. Защита гражданских прав: Сравнительный анализ институтов римского частного права, действующего гражданского и гражданского процессуального права // Правоведение. — 1999. — № 4. — С. 96–116.
5. Муромцев С. А. Гражданское право Древнего Рима / С. А. Муромцев. — М., 1883. — С. 501.
6. Пухта Г. Ф. Курс римского гражданского права. Т. 1 / Г. Ф. Пухта; пер. проф. Рурорфа. — М., 1874. — С. 234.
7. Шемшученко Ю. С. Що є право // Правознавча спадщина Глухівщини: зб. пр. / за заг. ред. Ю. С. Шемшученка; упоряд. І. Б. Усенко. — К.: Юрид. думка, 2008. — С. 313.
8. Сливка С. С. Позитивістські концепти: філософсько-правовий аналіз / С. С. Сливка. — Л.: ЛьвДУВС, 2006. — 160 с.
9. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. — М.: Статут, 1998. — С. 93. — (Классика российской цивилистики).
10. Брайнин И. Я. Аналогия и распространительное толкование в истории уголовного права и в советском уголовном праве: дис. ... канд. юрид. наук / И. Я. Брайнин. — К., 1946. — С. 217.
11. Шиндяпина Е. Д. Соотношение аналогии права и аналогии закона / Е. Д. Шиндяпина, С. В. Бошно // Юрист. — 2006. — № 7. — С. 7.
12. Боннер А. Т. Применение аналогии при рассмотрении судом гражданских дел // Современное государство и право. — 1976. — № 6. — С. 91.
13. Карташов А. Н. Применение права / А. Н. Карташов. — Ярославль, 1980. — С. 52.
14. Алексеев С. С. Государство и право / С. С. Алексеев. — М., 1994. — С. 151.
15. Большой толковый словарь русского языка / под ред. С. А. Кузнецова. — СПб., 1998. — С. 38.

### Анотація

**Клім С. І. Природне та позитивне право: реальність чи ілюзорність аналогії?** — Стаття.

У статті розглянуті основні етапи розвитку аналогії та її місце у природному та позитивному праві.

*Ключові слова:* природне право, позитивне право, аналогія права, аналогія закону, прогалина.

### Аннотация

**Клим С. И. Естественное и позитивное право: реальность или иллюзорность аналогии?** — Статья.

В статье рассмотрены основные этапы развития аналогии и ее место в естественном и позитивном праве.

*Ключевые слова:* естественное право, положительное право, аналогия права, аналогия закона.

### Summary

**Klim S. I. Natural and a Positive Law: a Reality or Illusiveness of Analogies?** — Article.

The article examines the main stages in the development of analogy and its place in the natural and positive law.

*Keywords:* natural law, positive law, analogy of law, analogy of statute.

## ПРАВОВА ПРИРОДА ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ВЧИНЕННЯ ПОДАТКОВИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ

Важливий характер податкових правовідносин обумовлений тим, що податки, відповідно до їх економічної та правової сутності, є основним засобом фінансового забезпечення діяльності держави. Відсутність податкових надходжень до бюджетів різних рівнів або їх недостатнє надходження робить неминучим неефективне виконання внутрішніх та зовнішніх функцій держави, та, як наслідок, неефективне управління суспільством. Таким чином, суспільні відносини у галузі оподаткування вимагають правового регулювання, а механізму правового регулювання цих відносин необхідна правова охорона — система відповідальності за податкові правопорушення.

Однією з істотних вад вітчизняного податкового законодавства є — нечіткість та неоднозначність його положень, зокрема тих, якими встановлюється відповідальність за податкові правопорушення.

Важливою складовою правового регулювання будь-яких суспільних відносин є інститут юридичної відповідальності. Сьогодні, коли законодавство України знаходиться ще в стадії розвитку, велике значення набувають теоретичні дослідження з правових питань. Розгляд питань, пов'язаних з правовою природою юридичної відповідальності за вчинення податкових правопорушень буде мати велику практичну та теоретичну користь.

Дана стаття присвячена аналізу різних точок зору на поняття юридичної відповідальності та визначенню видів юридичної відповідальності за порушення податкового законодавства.

Аналіз останніх досліджень і публікацій з тематики даної статті дає підстави стверджувати, що в Україні існує широке коло наукових публікацій, монографій, присвячених як інституту юридичної відповідальності взагалі, так і особливостям юридичної відповідальності за вчинення податкових правопорушень. Варто звернути увагу на праці З. М. Бudyко, О. Т. Зима, А. Й. Іванського [3], С. В. Ківалова, М. П. Кучерявенка [6], О. Ф. Скакун, І. Й. Слубського та інших.

Однак, на думку багатьох вчених, питання правової природи юридичної відповідальності залишаються ще не достатньо вивченими.

Метою даної статті є здійснення системного теоретичного аналізу важливої категорії правознавства — юридичної відповідальності, видів юридичної відповідальності за порушення податкового законодавства та з'ясування правової природи юридичної відповідальності за вчинення податкових правопорушень. Для досягнення поставленої мети автор ставить завдання: дослідити різні точки зору на поняття юридичної відповідальності, стисло розглянути види юридичної відповідальності за порушення податкового законодавства, зробити відповідні висновки за результатами дослідження.

Для того щоб дослідити правову природу юридичної відповідальності за вчинення податкових правопорушень, необхідно проаналізувати поняття юридичної відповідальності.

Відповідальність в філософському сенсі є історично визначеним характером взаємовідносин між особистістю, колективом, суспільством з точки зору свідомого здійснення висунутих до них взаємних вимог [13, 469]. Відповідальність є зворотною стороною свободи. Якщо люди не володіють свободою, а діють лише за необхідністю, то питання про їхню відповідальність за свою поведінку втрачає сенс, а «відплата по заслугах» перетворюється в свавілля [13, 414].

Відносини в суспільстві неможливі без відповідальності за свої поступки. Там, де є право діяти, неминучою є і відповідальність за скоєний вчинок.

Юридична відповідальність являє собою одну із форм загальносуспільної відповідальності. Однак необхідно звернути увагу на те, що її специфічними ознаками є такі.

Юридична відповідальність передбачена чинним законодавством та настає за проступки або злочини, тобто за протиправне діяння, яке вчиняється особою умисно або з необережності, та заборонено законом під загрозою покарання. Відповідальність є завжди конкретною: це відповідальність певної особи за доказове правопорушення, яке встановлено точно позначеною нормою права, при обставинах, завчасно передбачених законом, або іншими нормативно-правовими актами. Відповідальність полягає в несприятливих наслідках для правопорушника, позбавленні його певних соціальних благ або покладанні на нього додаткових юридичних обов'язків особистого, майнового або організаційного характеру, які створюють для суб'єкта правопорушення режим так званих правових втрат. Відповідальність може бути реалізована тільки у встановленому законом процесуальному порядку, який забезпечує застосування санкції охоронної правової норми при повному, об'єктивному, всебічному та неупередженому встановленні обставин вчинення діяння, а також при забезпеченні права суб'єкта правопорушення на захист.

Всі види юридичної відповідальності здійснюються на основі нормативних конструкцій, які являють собою єдність норм матеріального та процесуального права. Склад правопорушення та санкції за його скоєння передбачені нормами матеріального права. Порядок доказування, визначення факту правопорушення та особи, яка його вчинила, а також призначення конкретного заходу державного примусу в межах санкції суворо регламентовано нормами процесуального права.

Необхідно зазначити, що відсутність єдиного погляду на поняття та зміст юридичної відповідальності обумовлена багатоаспектністю даної правової категорії.

Низка авторів визнає заходами юридичної відповідальності не тільки обов'язки, що додатково обтяжують правопорушника, але і державний примус по реалізації невиконаного добровільного обов'язку [3, 20]. Наприклад, О. Е. Лейст включає в поняття юридичної відповідальності заходи, спрямовані на виконання порушеного обов'язку [7, 67–86].

Інші дослідники трактують юридичну відповідальність через поняття «обов'язок». Наприклад, російський вчений С. С. Алексеев визнає юридичну відповідальність як «обов'язок особи зазнавати заходів державно-примусового впливу» [1, 277–278].

Заслужує на увагу позиція українського вченого Л. В. Ковалю, який розрізняє категорії «обов'язок» і «відповідальність» і відзначає при цьому подвійний характер відповідальності: «до визнання особи винною, відповідальність — це обов'язок. З моменту визнання провини, відповідальність — покарання» [11, 7–11].

Також в юридичній науці існує розуміння юридичної відповідальності як правових відносин між правопорушником і державою [9, 9].

Інша група науковців, до якої відноситься також і російський правознавець С. Н. Бартусь, розглядають юридичну відповідальність як виконання обов'язку, який існував до порушення, або у якості нового обов'язку, який виник під впливом державного примусу [2, 66].

Низка вчених розглядає юридичну відповідальність як захід державного примусу, який оснований на юридичному та суспільному осуді правопорушника та який виражається у встановленні для нього певних негативних наслідків (позбавлень особистого, організаційного та майнового характеру) [10, 9].

На думку автора, всі вище перелічені точки зору є вірними. Відмінність між ними полягає лише в тому, що звертається увага на той чи інший аспект відповідальності. Разом з тим, оскільки в правовій теорії категорія правовідносин є найбільш розробленою, доцільним буде скористатися даним поняттям та розглянути відповідальність за податкові правопорушення, виходячи з характеристики охоронних податкових правовідносин.

В науці існує багато поглядів на співвідношення юридичної відповідальності та охоронних правовідносин. Відповідальність розглядається як ядро, стадія, компонент або зміст охоронних правовідносин. Однак не всі автори не протиставляють одна одній вказані категорії, а розглядають їх в єдності, що підтверджує правильність точки зору, яка була висловлена автором.

Юридичну відповідальність за податкові правопорушення слід розглядати як правовідносини, які виникають між державою в особі уповноважених органів, та правопорушником, на якого покладається обов'язок зазнавати відповідні позбавлення та несприятливі наслідки. Юридичним фактом, який тягне виникнення вказаних правовідносин, є вчинення податкового правопорушення.

В широкому значенні під податковим правопорушенням слід розуміти — суспільно шкідливе (небезпечне), протиправне (таке, що порушує норми податкового права), винне діяння (дію або бездіяльність) деліктоздатного суб'єкта (фізичної чи юридичної особи), яке пов'язано з невиконанням або неналежним виконанням положень податкового законодавства, за яке встановлена кримінальна, адміністративна та фінансово-правова відповідальність.

Автор виходить з того, що за порушення податкового законодавства застосовуються три види юридичної відповідальності: адміністративна, фінансово-правова та кримінальна. Але при цьому слід зазначити, що питання існування

фінансово-правової відповідальності залишається до теперішнього часу дискусійним. Тому в рамках даної статті автор вважає недоцільним робити висновок про те, чи є фінансово-правова відповідальність самостійним видом юридичної відповідальності, чи це просто один з різновидів адміністративної відповідальності.

Майже всі вчені одностайно погоджуються з можливістю настання за вчинення податкових правопорушень адміністративної відповідальності. Підставою для адміністративної відповідальності за порушення податкового законодавства є наявність складу адміністративного правопорушення, тобто винної умисної або необережної дії або бездіяльності, що зазіхає на охоронювані законом суспільні відносини, за яке законом передбачена адміністративна відповідальність. Зазначені діяння закріплені Кодексом України про адміністративні правопорушення, зокрема ст. 164-1 «Порушення порядку подання декларації про доходи та ведення обліку доходів і витрат»; ст. 164-2 «Порушення законодавства з фінансових питань»; ст. 164-5 «Зберігання або транспортування алкогольних напоїв чи тютюнових виробів, на яких немає марок акцизного збору встановленого зразка», ст. 165-3 «Порушення строку реєстрації як платника страхових внесків до Фонду загальнообов'язкового державного соціального страхування України на випадок безробіття, несвоєчасна або повна сплата страхових внесків»; ст. 165-5 «Ухилення від реєстрації як платника страхових внесків до Фонду соціального страхування з тимчасової втрати працездатності, несвоєчасна або неповна сплата страхових внесків, а також порушення порядку використання страхових коштів» [4].

Особливостями заходів адміністративної відповідальності за порушення податкового законодавства є: відсутність тяжких правових наслідків; застосування відносно менш тяжких податкових правопорушень (провини); адміністративні санкції не спричиняють судимості, на відмінну від кримінальних.

На думку деяких вчених, фінансові санкції, що застосовуються за порушення норм податкового законодавства, за своїми ознаками не можуть бути віднесені до заходів загальноновизнаних видів юридичної відповідальності (кримінальної, адміністративної, цивільно-правової та дисциплінарної). У зв'язку з цим представниками науки фінансового права обґрунтовується думка щодо становлення якісно нового, самостійного виду юридичної відповідальності — фінансово-правової.

У цілому, на даний час в науковій літературі склалися кілька основних напрямків у розумінні юридичної природи і структури фінансово-правової відповідальності. Одні вчені вважають фінансово-правову відповідальність самостійним видом юридичної відповідальності; інші вважають, що вона є різновидом адміністративної відповідальності; інша група вчених визначає як самостійні види юридичної відповідальності: податкову, валютну; четверта група вчених визначає податкову, бюджетну, валютну відповідальність в системі фінансово-правової відповідальності; п'ята позиція полягає в тому, що фінансово-правова відповідальність вважається тільки науковим збірним інститутом.

Тісний зв'язок можна прослідкувати між фінансово-правовою та адмініст-

ративною відповідальністю. Правовий аналіз адміністративного та фінансово-законодавства дозволяє виділити спільні для даних видів юридичної відповідальності ознаки, зокрема: публічний характер, нерівність сторін, спрощена процедура накладення стягнення та інші.

Але, деякі вчені, зокрема А. Й. Іванський, наголошують на відокремленні загальних відмінних рис фінансово-правової відповідальності від адміністративної. Так, на його думку, фінансово-правова відповідальність має такі відмінні від адміністративної риси: фінансово-правова відповідальність виникає в результаті фінансового правопорушення, адміністративна відповідальність виникає в результаті адміністративного проступку; суб'єктами адміністративної відповідальності можуть бути лише фізичні особи, що підтверджується Кодексом України про адміністративні правопорушення, а суб'єктами фінансово-правової відповідальності можуть бути як фізичні, так і юридичні особи; метою адміністративної відповідальності є перш за все припинення (попередження) правопорушення і покарання; фінансово-правова відповідальність відрізняється за метою, оскільки для неї притаманна правовідновлювальна мета; притягнення до фінансово-правової відповідальності не виключає притягнення і до інших видів відповідальності [3, 68].

М. П. Кучерявенко крім вищезазначених відмінностей між адміністративною та фінансово-правовою відповідальністю додає ще те, що адміністративна відповідальність реалізується (більш точно) у грошовій формі, тоді як фінансові санкції значно ширше грошових; фінансова відповідальність за податкові правопорушення заснована на податковому примусі, що характеризується специфічними рисами [6, 340].

Правовою основою притягнення до фінансово-правової відповідальності є Закон України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами». Даним законом закріплено штрафні санкції та співвіднесено їх з різними видами податкових правопорушень. До них, зокрема, віднесено: порушення строків подачі податкової декларації; заниження або завищення суми податкового зобов'язання, несплата погодженої суми податкового зобов'язання, відчуження активів платника податків, що перебувають у податковій заставі [8].

Кримінальна відповідальність є одним із видів юридичної відповідальності. Вона настає у випадках скоєння злочину, тобто порушення кримінального законодавства. Порушення податкового законодавства, за вчинення якого передбачено кримінальну відповідальність, визначено відповідними статтями Кримінального кодексу України.

Кримінальна відповідальність за злочини, вчинені у сфері оподаткування, характеризується деякими особливостями:

- суб'єктами є фізичні особи (платники податків або посадові особи);
- регулюється кримінально-правовими нормами;
- здійснюється тільки в судовому порядку;
- характеризується певними процесуальними особливостями.

До них відносяться діяння, які підпадають під дію ст. 212 КК України

«Ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів», ст. 212-1 КК України «Ухилення від сплати страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», ст. 216 КК України «Незаконне виготовлення, підроблення, використання або збут незаконно виготовлених, одержаних або підроблених марок акцизного збору чи контрольних марок» [5].

Таким чином, важливий характер податкових правовідносин обумовлений насамперед тим, що податки відповідно до їхньої економічної та соціально-політичної сутності є основним засобом фінансового забезпечення діяльності держави. Відсутність податкових надходжень до бюджетів різних рівнів, або їхнє недостатнє поступлення неминуче потягнуть за собою неефективне виконання внутрішніх та зовнішніх функцій держави та, як наслідок, — неефективне управління суспільством.

Підсумовуючи вищевикладене, необхідно зазначити, що юридична відповідальність за вчинення податкових правопорушень, являє собою врегульовані нормами Кримінального кодексу України, Кодексу України про адміністративні правопорушення, Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» та іншими нормативно-правовими актами охоронні, відносні правовідносини, які виникають між державою в особі її спеціальних органів та правопорушником, на якого покладається обов'язок зазнавати відповідні позбавлення та несприятливі наслідки за вчинене правопорушення, строго в передбаченому процесуальному порядку.

Аналіз наукової літератури та нормативної бази свідчить, що відносини, які виникають з приводу встановлення, введення, справляння та стягнення податків і зборів, а також відносини, що виникають з приводу здійснення контролю та притягнення відповідних суб'єктів до відповідальності за вчинення податкових правопорушень, визначаються нормами податкового, адміністративного та кримінального права.

Одними із напрямків подальших досліджень автора є дослідження підстав та порядку звільнення від притягнення та несення відповідальності за вчинення податкових правопорушень, виявлення сутності та особливостей фінансово-правової відповідальності, визначення місця фінансово-правової відповідальності у системі юридичної відповідальності, взаємозв'язку та відмінності фінансово-правової відповідальності від інших видів відповідальності.

### Література

1. Алексеев С. С. Общая теория права. В 2 т. Т. 2 / С. С. Алексеев. — М. : Юрид. лит., 1982. — 468 с.
2. Братусь С. Н. Юридическая ответственность и сознание долга / С. Н. Братусь. — М., 1983. — 118 с.
3. Іванський А. Й. Фінансово-правова відповідальність: теоретичний аналіз: монографія / А. Й. Іванський. — О. : Юрид. л-ра, 2008. — 504 с.
4. Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон України від 7 груд. 1984 р. № 8073-X // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. — Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=80731-10>.
5. Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квіт. 2001 р. № 2341-III // Офіційний



- веб-сайт Верховної Ради України. — Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2341-14>.
6. Кучерявенко М. П. Податкове право України. Академічний курс : підручник / М. П. Кучерявенко. — К. : Всеукр. асоц. видавців «Правова єдність», 2008. — 701 с.
  7. Лейст О. Э. Юридическая ответственность. Общая теория права / О. Э. Лейст ; под ред. В. В. Лазарева [и др.]. — М. : Изд-во МГТУ, 1996. — 214 с.
  8. Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами : Закон України (із змін та допов.) від 21 груд. 2000 р. № 2181-III // Відомості Верховної Ради. — 2001. — №10. — Ст. 44.
  9. Самощенко И. С. Ответственность по советскому законодательству / И. С. Самощенко, М. Х. Фаркушин. — М., 1971. — 240 с.
  10. Санталов А. И. Теоретические вопросы уголовной ответственности / А. И. Санталов. — Ленинград : Изд-во Ленингр. ун-та, 1982. — 96 с.
  11. Сетров М. И. Принцип системности и его основные понятия. Проблемы методологии системного исследования / М. И. Сетров. — М., 1970. — 78 с.
  12. Философия : учеб. для юрид. вузов / под ред. В. П. Сальникова, В. П. Федорова, Г. Н. Хона, Б. К. Джегутанова. — 2-е изд., испр. и доп. — С.Пб. : Санкт-Петербург. ун-т МВД России, 1999. — 484 с.
  13. Философский энциклопедический словарь / гл. ред.: Л. Ф. Ильичев, П. Н. Федосеев, С. М. Ковалев, В. Г. Панов — М. : Сов. энцикл., 1983. — 840 с.

### Анотація

*Сакали М. Я.* **Правова природа юридичної відповідальності за вчинення податкових правопорушень.** — Стаття.

У статті розглядаються різні точки зору на поняття юридичної відповідальності, надається визначення податкового правопорушення, аналізуються види юридичної відповідальності за порушення податкового законодавства.

*Ключові слова:* юридична відповідальність, кримінальна відповідальність, адміністративна відповідальність, фінансово-правова відповідальність, податкове правопорушення.

### Аннотация

*Сакали М. Я.* **Правовая природа юридической ответственности за налоговые преступления.** — Статья.

В статье рассматриваются разные точки зрения на понятие юридической ответственности, приводится определение налогового правонарушения, анализируются виды юридической ответственности за нарушение налогового законодательства.

*Ключевые слова:* юридическая ответственность, уголовная ответственность, административная ответственность, финансово-правовая ответственность, налоговое правонарушение.

### Summary

*Sakaly M. Y.* **Legal Nature of Legal Responsibility For Taxes Offences.** — Article.

The article is dedicated to the research of the different frames of reference to the definition of legal responsibility, the definition of tax violation is leaded, and various legal responsibilities for violation of tax legislation are analyzed.

*Keywords:* legal responsibility, criminal responsibility, administrative responsibility, financial responsibility, tax violation.

### ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ «МОРСЬКА ПРИГОДА» І ЙОГО ЗНАЧЕННЯ

При всякому обговоренні — науковому або практичному потрібно добре знати поняття, якими доводиться оперувати.

Оперувати єдиними визначеннями видів морських пригод означає досягати одноманітного розуміння усіма особами, залученими в знову виниклі або такі, що змінилися, правовідносини, суті і зміст цих пригод. Відсутність підстав для різного тлумачення того або іншого положення полегшує вирішення питань, що виникли внаслідок морських пригод [1, 12].

Слід констатувати відсутність сьогодні єдиного поняття «морська пригода», виробленого юридичною теорією і, як наслідок, сприйнятого на законодавчому рівні міжнародним співтовариством.

Розуміючи значення цього поняття, учені давно намагаються сформулювати визначення «морської пригоди» (см, напр., І. Бухановський, Є. Мєлєхов, О. Сидоренко, А. Петраков, І. Шалаєва та ін.). Проте кількість невирішених питань, що виникають внаслідок морських пригод, дозволяє зробити висновок про відсутність згоди і єдиного розуміння у сфері цих правовідносин.

Єдині визначення понять дозволили б створити уніфіковану систему класифікації морських пригод, накопичення і узагальнення матеріалів для розробки заходів по запобіганню аварійності на морському флоті, ведення оптимальної статистики як самих видів пригод, так і їх причин і наслідків.

У правовій науці все більша увага приділяється поняттям, їх ролі в розвитку науки, у вдосконаленні законодавства, значенню для практичної діяльності. Загальновизнаним є положення про те, що поняття повинні відбивати суть явища, що без чіткого визначення і строгого формулювання найважливіших понять не можна уявити суть відповідних правовідносин. Відсутність визначень понять або їх нечітке і неповне формулювання негативно відбивається і на практичному вирішенні питань, не дозволяє досягати істини в даній справі.

Терміном називається слово або словосполучення, що точно означає певне поняття, вживане в науці, мистецтві, виробництві. Термінологія служить засобом вираження системи, що історично склалася, понять, що відбивають предмети і явища реального світу. Відповідність між поняттями і термінами, що означають їх, встановлюється визначеннями.

Строга, несуперечлива, науково обґрунтована система термінів потрібна в кожній галузі діяльності людини. У сфері торговельного мореплавання значення єдиної термінології посилюється необхідністю її міжнародного визнання і застосування [2, 15].

Розглядаючи поняття «морська пригода» в термінологічному аспекті, необхідно визнати, що єдиних термінів правового інституту морських пригод, як в міжнародному морському праві, так і в національних законодавствах, сьогодні не існує.

У міжнародних договорах з питань торговельного мореплавання як родовий термін застосовуються, наприклад, терміни:

аварія, морська аварія — Міжнародна конвенція відносно втручання у відкритому морі у випадках аварій, що призводять до забруднення нафтою, Брюссель, 29 листопада 1969 р.;

— інцидент — Міжнародна конвенція про цивільну відповідальність за збиток від забруднення нафтою, Брюссель, 29 листопада 1969 р.;

— аварія — Міжнародна концепція по охороні людського життя на морі, Лондон, 1 листопада 1974 р.;

— пригода, морська аварія — Конвенція ООН по морському праву, Монтегобей, 10 грудня 1982 р.;

— пригода — Конвенція про обмеження відповідальності по морських вимогах, Лондон, 19 листопада 1976 р., з поправками 1996 р.;

— морська аварія, інцидент, серйозна аварія — Кодекс по розслідуванню морських аварій і інцидентів, ІМО, 1997 р. тощо.

Родовий термін, що визначає морські пригоди, різноманітний і в національних законодавствах:

— пригода — англійський Закон про торговельне судноплавство 1958 р. (ст. 2, 6, 8);

— пригода, нещасний випадок — норвезький Морський торговельний кодекс 1893 р. (ст. 321, 325);

— морська пригода — польський Закон про морські палати 1961 р. (ст. 1, 2, 21 та ін.);

— пригода — французький Закон про пригоди на морі № 67-545 1967 р. і Декрет про пригоди на морі № 68-65 1968 р. [3, 15–16].

У Кодексі торговельного мореплавання України 1995 р. як родові терміни фігурують: морська пригода (ст. 15), аварія (ст. ст. 114, 130), катастрофа (ст. ст. 120, 130), пригода.

Як бачимо, найширше застосовним в національних законодавствах родовим терміном є термін «пригода». Пригоди, проте, можуть бути на різних видах транспорту. Тому для досягнення граничної точності в термін необхідно внести визначення «морське».

Таким чином, родовим терміном, що встановлює істотні риси визначуваної пригоди, при якій виробляється відмінність цієї пригоди від інших схожих явищ, має бути термін «морська пригода».

Найчастіше в міжнародному торговельному мореплаванні відбуваються такі морські пригоди, як зіткнення судна, посадка судна на мілину, пожежа на судні, вибух на судні, ушкодження судових механізмів, ушкодження судна силами стихії, ушкодження судном гідротехнічних споруд і засобів навігаційного устаткування, лихо судна. Саме ці види морських пригод покладені в основу статистики, що здійснюється різними організаціями на морському флоті, зокрема асоціацією страховиків Ліверпуля [4, 11–14].

Приватні «аварійні» терміни застосовуються в багатьох міжнародних договорах і угодах стосовно предмета регулювання цих договорів. Так, в Конвенції

по охороні підводних телеграфних кабелів 1884 р. фігурують терміни «розрив підводного кабелю», «ушкодження підводного кабелю»; у Конвенції по запобіганню забрудненню з суден 1973 р. — «забруднення моря», «витік нафти»; у Конвенції для об'єднання деяких правил відносно зіткнення суден 1910 р. — «зіткнення судна» і так далі

У міжнародному морському праві немає якого-небудь документа, договору, постанови або Рекомендації ІМО, в якому були б перераховані основні види морських пригод. Лише у Братиславських угодах 1955 р. у зв'язку з визначенням умов, при яких судну здійснюється допомога, наводиться перелік деяких видів морських пригод: зіткнення суден, посадка на міліну, пожежа на судні, поява на судні значної водотічності, втрата судном здатності маневрувати, втрата судном здатності самостійно пересуватися [5, 32].

У національних законодавчих актах застосовуються аналогічні терміни, що визначають морські пригоди, проте переліки їх неоднакові. Так, наприклад, в англійському Законі про торговельне мореплавання 1894 р. використано тільки три терміни: зіткнення судна, посадка судна на міліну, пожежа на судні [6]; у французькому Декреті від 19 березня 1927 р. «Про розслідування корабельних аварій, зіткнень і інших пригод» — зіткнення, посадка на міліну; у польському Морському кодексі 1961 р. — зіткнення, посадка на міліну, пожежа на судні [7] і так далі.

В українських нормативних актах, регулюючих торговельне мореплавання взагалі або спеціальні питання, що стосуються морських пригод, застосовуються такі окремі терміни: в КТМ України — загибель судна, зіткнення, посадка на міліну, рятування, ушкодження здоров'я, смерть, забруднення довкілля та ін.; в Інструкції про порядок оформлення аварій суден 1973 р. — зіткнення, посадка на міліну, ушкодження суднами портових і гідротехнічних споруд, ушкодження засобів навігаційного устаткування, ушкодження підводних кабелів; у Положенні про порядок огляду суден у зв'язку з аварійними випадками — пожежі, вибухи; у Правилах страхування суден — зіткнення суден між собою, посадка судна на міліну, зіткнення суден з підводними предметами, зіткнення суден з плавучими предметами, пожежа на борту судна, вибух на борту судна; в Інструкції по оформленню і обліку аварійних випадків зіткнення, посадка на міліну, навалювання, ушкодження засобів навігаційного обгороджування, лихо судна, ушкодження корпусу судна, ушкодження головних двигунів, ушкодження вало-винтового комплексу, ушкодження допоміжних механізмів, ушкодження суднових пристроїв [8, 281–285; 9, 176–185].

Узагальнюючи практику застосування термінів у міжнародному морському праві, в законодавствах зарубіжних країн, у вітчизняних нормативних актах, можна вважати, що основними окремими термінами морських пригод, а отже, і їх основними видами є: смерть людини, ушкодження здоров'я людини, зіткнення судна, посадка судна на міліну, пожежа на судні, вибух на судні, лихо судна, ушкодження судном гідротехнічних споруд, ушкодження судном засобів навігаційного устаткування, ушкодження суднових механізмів, забруднення довкілля та ін.

Вимагає впорядкування і система визначень видів морських пригод. Про основні види морських пригод і їх дефінієндах вище вже говорилося. Зупинимось на дефінієндах деяких з них.

Необхідно констатувати, що нині єдиних і повних дефінієнсів окремих термінів морських пригод ні в міжнародному морському праві, ні в національних законодавствах немає. У міжнародних договорах, що стосуються в тому або іншому аспекті морських пригод, застосовуються лише дефінієндами, що вказують на окремі морські пригоди, в переважаючій більшості випадків, що відповідають предмету регулювання цього договору. Їх дефінієнси не наводяться, не розкриваються внутрішні властивості і зв'язки, внутрішня природа елементів цих пригод.

Для того щоб встановити найбільш правильні і повні дефінієндами видів морських пригод, необхідно уяснити, що ж розуміється під тим або іншим видом пригод. Нині зміст морської пригоди не завжди враховується при встановленні дефінієндумів, через що наслідки морських пригод іноді видаються за самостійні види пригод, пригоди одного виду розділяються, виходячи з суб'єктивних, але ніяк не об'єктивних міркувань, на декілька різних по назві видів. Усе це відбувається внаслідок відсутності в праві — міжнародному і національному чітких уніфікованих визначень видів морських пригод.

Фактичний склад будь-якої морської пригоди однією дефініцією, природно, не визначається. Повне уявлення про цю морську подію можливо тільки при наявності відомостей про його причини, обставини і наслідки. Зміст і характер вказаних елементів фактичного складу морської пригоди визначає зміст і характер необхідних дій для його аналізу. Визначення морської пригоди, проте, служить початковим чинником для вирішення виниклих організаційних, технічних і правових проблем. Для встановлення, наприклад, предмета доведення морської пригоди, підбору відповідних нормативних актів, напряду інформації відповідним органам тощо необхідно виходити з виду пригоди.

У міжнародному праві до недавнього часу визначення поняття «морська пригода» не було. Вперше в Конвенції про право втручання 1969 р. встановлено, що «морська аварія» означає зіткнення суден, посадку на мілину або інший морський інцидент або іншу пригоду на борту судна або поза ним, в результаті якого заподіюється матеріальний збиток судну або вантажу» (ст. 2).

Інших визначень морської пригоди в міжнародному праві немає.

У Конвенції про цивільну відповідальність 1969 р. стосовно предмета регулювання встановлено, що «інцидент» означає будь-яку подію або ряд пригод одного і того ж походження, результатом яких є збиток від забруднення» (ст. 1). Міжнародна конвенція про відповідальність перед третьою стороною в галузі ядерної енергії 1960 р. визначає ядерний інцидент у вигляді «будь-якої пригоди або серії пригод одного й того ж походження» (ст. 1). У цих визначеннях убачається швидше технічний підхід до визначення інциденту, ніж правовий аналіз застосовуваного терміна.

З відомих зарубіжних нормативних актів визначення морської пригоди містить лише польський Закон про морські палати 1961 р.: «Морськими при-

годами в сенсі даного закону є пригоди, які викликані плаванням суден або яким піддаються судна на морі або у водах, що мають вихід в море і відвідуваних морськими судами, а також випадки спричинення тяжких тілесних ушкоджень, розлади здоров'я або смерті людини у зв'язку з роботою на судні або роботою механізмів цього судна» (ст. 1.2).

У Стандартній формі арбітражної угоди Ллойда у випадках зіткнення наводиться тлумачення предмета угоди: «...вираження “зіткнення або пригода” повинні включати будь-яку аварію, впливаючу з судноводіння або керування судном або кораблем, при якому сталися ушкодження або загибель будь-якого судна або корабля, або іншого плавучого засобу, дока, портової споруди, верфі, пристані, пірсу, понтона, причалу, товарів на березі або іншого якого-небудь майна, крім випадків, коли така аварія спричиняє загибель або ушкодження вантажу, відносно якого власники вказаного вантажу домагаються відшкодування збитків від судна, що перевозило, або його власників» (п. 7) [10, 72–75].

Визначення, що міститься в Угоді Ллойда, більш повно, чим в Конвенції про право втручання 1969 р., яке виходить з наявності тільки матеріального збитку. Законодавства вказаних країн вносять у визначення даного поняття не лише матеріальний, але і соціальний елемент, завдяки чому воно придбаває велику точність.

У вітчизняних нормативних актах визначення досліджуваного поняття немає. У довідковій літературі терміну «аварія», що приймається як родове, дається різне тлумачення:

БРЕ трактує поняття «аварія» як «несподіваний вихід із ладу машини, транспортного засобу, літального апарату, тобто їх ушкодження» [11, 61];

Тлумачний словник російської мови Д. Н. Ушакова 1934 р. визначає «аварію» як «ушкодження судна, вагону, літака в дорозі або в місці стоянки»;

Енциклопедичний словник 1963 р. визначає поняття «аварія» як «несподіваний вихід з ладу машини, судна, літака і так далі, їх ушкодження, крах» тощо.

За наявності вказаних відмінностей у визначеннях, сформульованих у нормативних актах і довідкових виданнях, не є дивним різнобій у визначеннях, що наводяться в спеціальній літературі.

«Транспортна пригода — це певна пригода з судном, плавзасобом, гідротехнічною або іншою спорудою, результатом якої є порушення транспортного процесу або нанесення збитку людям, судну, вантажу, спорудженням», — вважає І. Л. Щепетов [12, 185].

В. П. Андреев стверджує, що «загибеллю або ушкодженням судна в морі завжди є надзвичайна пригода. Такою подією слід вважати стихійне лихо (наприклад, циклон, шторм), нещасний випадок на судні (пожежа, вибух), аварію з судном (зіткнення з іншими об'єктами, ушкодження об скелі, рифи і так далі), а також інші випадковості або так звані ризики мореплавання» [13, 3].

В. Ф. Мелехов пише, що «під аварією розуміється пригода з судном, що спричинила за собою нещасні випадки з людьми або майновий збиток» [4, 11 14].

Л. О. Петраков використовує як родовий термін «аварія» [14, 3–8].

І. Бухановський, викладаючи матеріал про вплив автоматизації судноводіння на безпеку мореплавання, родове значення надає терміну «аварійна подія» [15, 22].

Найбільш правильним, на наш погляд, є твердження В. Серкова і Р. Соркіна про те, що «поняття «морська пригода» включає усі види аварійних і неаварійних випадків, що викликають матеріальні збитки, порушення прав і нанесення збитку інтересам фізичних і юридичних осіб» [16, 92–95].

Таким чином, наведений короткий огляд деяких міжнародних договорів, нормативних актів низки зарубіжних країн, вітчизняного законодавства, літературних, довідкових, інформаційних джерел дозволяє стверджувати, що в даний час немає єдиного визначення поняття морської пригоди, що під морською пригодою в різних країнах розуміється різний комплекс фактичних обставин. Це становище не сприяє єдиному уявленню про ті процесуальні дії, які необхідно робити при настанні юридичного факту, що утворює фактичний склад морської пригоди.

Звичайно, що вирішальним для даної проблеми є не питання юридичної термінології, а відносини, що виникають при морських пригодах, проте і єдине поняття, єдина класифікація має важливе значення. Інакше створюється парадоксальна ситуація, при якій однозначні положення отримують різну інтерпретацію в нормативних актах, в літературі, а потім і на практиці.

Уявляється необхідним сформулювати визначення морської пригоди, при якій термін «морська пригода» був би дійсно родовим терміном і яка була б прийнятною для усіх. Автор не претендує на безперечність пропонованого визначення, проте вважає, що воно зробить позитивний вплив на регламентацію питань аварійного характеру, хоч би вже тим, що в нормативних актах не фігуруватимуть різноманітні терміни, що означають одну і ту ж подію.

Морська пригода — це юридичний факт аварійного або неаварійного характеру, що порушив звичайний порядок на борту судна або поза ним під час плавання або на стоянці, в результаті якого кому-небудь причинено особисту шкоду або матеріальний збиток і який через закон або міжнародний договір викликає наслідки, тобто призводить до виникнення, зміни або припинення правовідносин.

#### *Література*

1. Саммерскилл М. Сталийное время / М. Саммерскилл. — М., 1971.
2. Сидоренко А. В. О совершенствовании морской аварийной терминологии / А. В. Сидоренко, И. Л. Шалаева. — В/О «Мортехинформреклама», Дсп. 06.02.87 г., № 5-4/ 114.
3. Сидоренко А. В. Чрезвычайные морские происшествия / А. В. Сидоренко. — О. : Латстар, 2001. — 400 с.
4. Мелехов Е. Ф. Основные принципы расследования аварий, установленные законодательствами различных государств // Вопросы правового регулирования мореплавания и промысла. — Ленинград, 1974. — Вып. 4. — С. 11–14.
5. Соглашения между дунайскими пароходствами об общих условиях перевозки грузов, о единых тарифах и буксировке, оказании помощи судам при авариях. — М., 1961. — 72 с.
6. Английский Закон о торговом мореплавании от 25 августа 1894 г. — С.Пб., 1903.
7. Морское право и практика. — Ленинград, 1962. — Вып. 82. — С. 32–72; Вып. 86. — С. 24–42.

8. Сборник нормативных актов по морскому транспорту. — М., 1968. — С. 281–285.
9. Сборник организационно-распорядительных документов для инспекции портового надзора. — М., 1980. — С. 176–185.
10. Стандартная форма арбитражного соглашения Ллойда в случаях столкновения // Морской арбитраж в Англии / Л. М. Егоров. — М., 1963. — С. 72–75.
11. Большая советская энциклопедия. Т. 1. — М., 1941. — С. 61.
12. Ольшамовский С. Б. Организация безопасности плавания судов / С. Б. Ольшамовский, Д. К. Земляновский, И. А. Щепетов. — М., 1972. — С. 185.
13. Андреев В. П. Соглашения СССР по региональному сотрудничеству в области поиска и спасания на море // Международное сотрудничество в области морского судоходства. — М.: ЦВНТИ ММФ, 1972. — Вып. 4/19. — С. 3.
14. Пстраков А. А. Анализ пожаров на морских судах при перевозке опасных грузов // Морские перевозки опасных грузов. — М.: ЦВНТИ ММФ, 1970. — Вып. 4. — С. 3–8.
15. Бухановский И. Автоматизация судовождения и безопасность мореплавания // Морской флот. — 1964. — № 10. — С. 22.
16. Серков В. Морской протест / В. Серков, Р. Сорокин // Морской сборник. — 1974. — № 8. — С. 92–95.

### Анотація

**Чухрай Т. Р.** Визначення поняття «морська пригода» і його значення. — Стаття.

Робиться спроба виробити шляхом аналізу існуючих на національному законодавчому та міжнародному рівнях термінів, що застосовуються до визначення морської пригоди, єдиного визначення цього поняття, що дозволило б створити уніфіковану систему класифікації морських пригод, накопичення і узагальнення матеріалів для розробки заходів по запобіганню аварійності на морському флоті, ведення оптимальної статистики як самих видів пригод, так і їх причин і наслідків.

*Ключові слова:* море, морська пригода, аварія, судно, ушкодження, зіткнення, страхування, мореплавання, рятування, міжнародний.

### Аннотация

**Чухрай Т. Р.** Определение понятия «морское происшествие» и его значение. — Статья.

Делается попытка произвести путем анализа существующих на национальном законодательном и международном уровнях терминов, которые применяются к определению морского происшествия, единого определения этого понятия, которое позволило бы создать унифицированную систему классификации морских происшествий, накопления и обобщения материалов для разработки мероприятий по предотвращению аварийности на морском флоте, ведения оптимальной статистики как самих видов происшествий, так и их причин и следствий.

*Ключевые слова:* море, морское происшествие, авария, судно, повреждение, столкновение, страхование, мореплавание, спасание, международный.

### Summary

**Chuhrai T. R.** Concept Definition «a Sea Adventure» and Its Meaning. — Article.

Given it a shot to produce by the analysis of existing on national and international legislative levels of terms, which are used to determination of «marine adventure» of only determination of this concept, which would allow to create the compatible system of classification of marine adventures, accumulation and generalization of materials for development of measures on prevention of accident rate on a navy, conduct of optimal statistics of both types of adventures and their causes and effects.

*Keywords:* sea, marine accident, failure, ship, damage, collision, insurance, scagoing, rescuing, international.



|

Розділ 2

## **ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ**



УДК 347.957 (477)

Р. М. Міщенко

### ДЕЯКІ ПИТАННЯ КАСАЦІЙНОГО ПРОВАДЖЕННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

Реформування судової системи України і прийняття 7 липня 2010 року нового Закону України «Про судоустрій та статус суддів» № 2453-VI (далі — Закон) суттєво вплинули на цивільне судочинство України взагалі та на касаційне провадження в цивільному процесі зокрема.

Саме окремим питанням змін до чинного цивільно-процесуального законодавства в галузі реалізації права особи на касаційне оскарження судового рішення присвячена зазначена стаття.

Як відомо, особи, які вважають, що рішення суду, що набрало законної сили, є незаконним та таким, що порушує їх законні права та охоронювані законом інтереси, мають право на звернення до суду касаційної інстанції з метою перевірки законності рішення суду першої та апеляційних інстанцій.

До недавнього часу функції щодо касаційного перегляду цивільних справ відповідно до «Прикінцевих та перехідних положень» до ЦПК і зміни до Закону України «Про судоустрій України» здійснювала Судова палата у цивільних справах Верховного Суду України. Прийняття названого Закону не тільки кардинально змінило процедуру касаційного провадження щодо перегляду судових рішень у цивільних справах, але і суттєво вплинуло на подальше функціонування Верховного Суду України, його компетенцію та повноваження.

Відповідно до п. 2 ст. 7 Закону, для забезпечення справедливого та неупередженого розгляду справ у розумні строки, встановлені законом, в Україні діють суди першої, апеляційної, касаційної інстанції і Верховний Суд України, відповідно до положення ст. 14 Закону, учасники судового процесу та інші особи у випадках і порядку, встановлених процесуальними законами, мають право на апеляційне та касаційне оскарження судового рішення, а також на перегляд справи Верховним Судом України. Згідно з п. 2 ст. 17 Закону, системі судів загальної юрисдикції складають: місцеві суди, апеляційні суди, вищі спеціалізовані суди та Верховний Суд України. Виходячи зі змісту вказаних положень стає зрозумілим, що Верховний Суд України більше не буде відігравати функції касаційної інстанції з перегляду будь-якої категорії справ. З метою реалізації права особи на касаційне оскарження рішення у цивільній справі відповідно до п. 2 ст. 31 Закону та ст. 323 ЦПК вперше в історії існування цивільного судочинства в Україні передбачено створення в системі судів загальної юрисдикції Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ.

Право на касаційне провадження можна визначити як гарантовану державою можливість сторонам та іншим особам, які брали участь у справі, а також особам, які не брали участь у справі, якщо суд вирішив питання про їх права, свободи чи обов'язки, звернутися до суду касаційної інстанції з метою пере-

вірки законності рішень суду першої інстанції після їх перегляду в апеляційному порядку, рішення і ухвали апеляційного суду, ухвалені за результатами апеляційного розгляду, що набрали законної сили (ст. 336 ЦПК).

У цивільному судочинстві України, як і у судочинстві багатьох інших держав, касаційний перегляд судових рішень є остаточною їх перевіркою з метою забезпечення правильного застосування судами норм матеріального і процесуального права. Правова регламентація касаційного провадження у цивільному судочинстві на сьогоднішній день базується на тому постулаті, що перегляд судових актів, що вступили в законну силу в касаційному порядку, є додатковою гарантією законності судового рішення. Зміна чи скасування акта судової влади можливе лише за наявності певних умов, але в принципі кожне судове рішення може бути переглянute в касаційному порядку і стати об'єктом своєрідної ревізії судового акта. Зазначений вид судового провадження в цивільному процесі є особливим, так як переглянуті судові рішення в касаційному порядку на відміну від апеляційного провадження можуть бути тільки у випадку неправильного застосування норм матеріального права і порушення норм процесуального права, що і є відповідно до п. 2 ст. 324 ЦПК безпосередньо підставами касаційного оскарження судового акта.

До недавнього часу, до моменту створення згідно з Указом Президента України «Про Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ» від 12 серпня 2010 року № 254к/96-ВР, окремої судової інституції — Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ і внесення відповідних змін до ЦПК, порядок касаційного оскарження і процедура перегляду судових рішень у цивільних справах були напрочуд неефективними, оскільки із-за перевантаженості Судова палата у цивільних справах Верховного Суду України, що виконувала функцію касаційної інстанції, була неспроможна упродовж розумного строку переглянути величезну кількість цивільних справ, рішення за якими були предметом касаційного оскарження. У контексті вимог ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (далі — ЄКПЛ), зазначене було суттєвим порушенням прав людини і міжнародних зобов'язань України і стало однією з основних причин необхідності проведення судової реформи в Україні. Думається, що віднині, завдяки створенню спеціалізованих судів, що будуть виконувати лише функцію касаційного провадження і не будуть перевантажені іншими повноваженнями, що здійснював Верховний Суд України, касаційне оскарження в дійсності стане додатковою гарантією захисту прав людини і сприятиме винесенню остаточного, справедливого і законного рішення суду в розумні строки, як того вимагають положення ЄКПЛ і норми ЦПК.

В українському цивільно-процесуальному законодавстві (ст. 17 Закону) відповідно до організації судової влади наряду з принципами територіальності та спеціалізації діє принцип інстанційності. Зазначений принцип полягає в тому, що цивільний процес розподіляється на провадження щодо розгляду цивільних справ судами чотирьох судових інстанцій: місцевим судом, судом апеляційної інстанції, Вищим спеціалізованим судом з розгляду цивільних і кримі-

нальних справ і Верховним судом України. При такій інстанційній системі судочинства, провадження за цивільними справами відбувається на тих засадах, що розгляд справ по суті здійснюється за загальним правилом в двох судових ланках, а касаційна інстанція відіграє роль додаткової ревізійної інстанції. Що стосується перегляду справ Верховним Судом України, то питання відносно того, яку функцію відіграє Верховний Суд, є достатньо дискусійним, так як незважаючи на те, що з норм цивільного процесуального законодавства виключені положення про виняткове провадження, перегляд справ Верховним Судом України по суті, як і раніше, залишився винятковим (ст. 355 ЦПК).

Думається, що саме такий чотириінстанційний судовий розгляд цивільної справи забезпечить найбільшу ефективність цивільного судочинства і остаточність та обов'язковість прийнятих судових актів.

Звертаючись до аспекту правової ефективності касаційного провадження, необхідно зазначити, що законне судове рішення, як акт судової влади, має бути стійким і може переглядатись лише в окремих передбачених процесуальним законодавством випадках, виключно з підстав об'єктивного, а не суб'єктивного характеру. Це означає, що жоден з учасників цивільного процесу та інших осіб, права та обов'язки яких встановлені судовим рішенням, не може вимагати перегляду судового рішення, що набрало законної сили, з метою проведення повторного слухання справи і отримання для себе більш бажаного результату. Хоча на практиці учасники цивільного процесу досить часто зловживають своїм правом на касаційне оскарження і зумисне не «бачать» суттєвих порушень норм матеріального і процесуального права ще на стадії розгляду справи, як в суді 1-ї інстанції, так і при апеляційному розгляді справи, або зумисне затягують судовий процес касаційним оскарженням з метою призупинення виконавчого провадження у справі або неможливості виконання судової постанови взагалі. Саме тому дуже важливо, щоб повноваження Вищого спеціалізованого суду, передбачені в ст. 32 Закону та ст. 336 ЦПК, використовувалися виключно для виправлення суддівської помилки, що мала місце при попередньому судовому розгляді і вплинула на висновок при вирішенні судової справи по суті, а не для отримання нового, більш привабливого для себе рішення. Перегляд рішень суду в касаційному порядку не може використовуватися як прихована апеляція і сама можливість двох переглядів на один предмет спору не є підставою для повторного розгляду. Необхідно погодитись з точкою зору В. В. Комарова щодо того, що відхилення від зазначеного принципу можливе лише тоді, коли воно спричинено незалежними і непереборними обставинами [1, 597].

На закінчення хочеться відзначити, що внесені відповідно до Закону зміни до ЦПК суттєво вплинули на мету, завдання, суть і процесуальну форму касаційного оскарження і як наслідок призведуть до суттєвого поліпшення стану речей в галузі захисту порушених, невизнаних, оспорених чи охоронюваних законом інтересів учасників цивільного процесу.

Інші аспекти касаційного провадження будуть предметом дослідження наступних публікацій.

### Література

1. Проблеми теорії та практики цивільного судочинства : монографія / В. В. Комаров, В. І. Тертишніков, В. В. Баранкова [та ін.] ; за заг. ред. В. В. Комарова. — Х. : Харків юридичний, 2008. — 928 с.

### Анотація

*Минченко Р. М.* Деякі питання касаційного провадження в цивільному судочинстві України. — Стаття.

У статті розкриваються окремі аспекти змін до цивільно-процесуального законодавства в галузі касаційного провадження, пов'язані з прийняттям Закону України «Про судоустрій і статус суддів».

*Ключові слова:* цивільне судочинство, касаційне оскарження, касаційне провадження, Вищий спеціалізований суд з розгляду цивільних і кримінальних справ.

### Аннотация

*Минченко Р. М.* Некоторые вопросы кассационного производства в гражданском судопроизводстве Украины. — Статья.

В статье раскрываются отдельные аспекты изменений гражданско-процессуального законодательства в области кассационного производства, связанных с принятием Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей».

*Ключевые слова:* гражданское судопроизводство, кассационное производство, кассационное обжалование, Высший специализированный суд по рассмотрению гражданских и уголовных дел.

### Summary

*Minchenko R. M.* Some Questions of Cassation Proceedings in the Civil Proceedings of Ukraine. — Article.

This article highlights some aspects of changings in civil procedural law made in the sphere of Cassation procedure which refer to the adoption of the Law of Ukraine «On the judicial system and status of judges».

*Keywords:* civil legal procedure, cassation procedure, cassation appeal, the Supreme specialized court of considering civil and criminal cases.

УДК 347.951

*І. В. Андронов*

### СУТНІСТЬ ТА ЗНАЧЕННЯ ПЕРЕГЛЯДУ СУДОВИХ РІШЕНЬ У ЗВ'ЯЗКУ З НОВОВІЯВЛЕНИМИ ОБСТАВИНАМИ

Цивільним процесуальним законодавством України передбачена інстанційна система перевірки судових рішень, тобто правосудність рішення, ухваленого одним судом, перевіряє інший суд, вищої судової інстанції по відношенню до того суду, який це рішення ухвалив. Проте закон встановлює і можливість позаінстанційного контролю або самоконтролю за судовими рішеннями, тобто здійснення контролю за рішенням самим судом, який його ухвалив. Одним із видів такого позаінстанційного контролю і є перегляд судового рішення у зв'язку з нововиявленими обставинами, що є окремою стадією судового процесу в рам-

ках цивільного судочинства і має на меті перевірку законності та обґрунтованості судових рішень, що набрали законної сили, у зв'язку з відкриттям нововиявлених обставин. Відмінністю даного виду перегляду судових рішень від інших є те, що в результаті такого перегляду виправляється судова помилка (неврахування при ухваленні рішення обставин, які мають суттєве значення для правильного вирішення справи), яка виникла з причин, які не залежать від суду та осіб, що брали участь у справі.

Науковим дослідженням проблем, пов'язаних із переглядом судових рішень у зв'язку з нововиявленими обставинами, займалися Т. Т. Алієв, С. Ф. Афанасьєв, В. О. Белоносов, М. Бородін, Н. А. Громов, Л. С. Морозова, В. Назаренкова, В. В. Орлов, Л. А. Терехова та ін. Проте багато питань даної теми залишаються актуальними і на сьогоднішній день.

Дане наукове дослідження має на меті визначити сутність та характерні риси процесуальної стадії перегляду судових рішень у зв'язку з нововиявленими обставинами.

Для досягнення зазначеної мети було поставлено такі завдання:

визначення сутності процесуальної стадії перегляду судових рішень у зв'язку з нововиявленими обставинами;

визначення поняття «нововиявлені обставини»;

– аналіз підстав перегляду судових рішень у зв'язку з нововиявленими обставинами.

Відповідно до ч. 1 ст. 361 ЦПК України переглянуті у зв'язку з нововиявленими обставинами можуть бути рішення або ухвала суду, якими закінчено розгляд справи, що набрали законної сили, а також судовий наказ.

Перегляд судового рішення у зв'язку з нововиявленими обставинами може здійснюватися незалежно від того, чи було воно предметом розгляду в апеляційному чи касаційному провадженні і тільки після набрання судовим рішенням законної сили. Тому наслідком такого розгляду може бути подолання законної сили судового рішення.

Виходячи із змісту закону, об'єктом перегляду у зв'язку з нововиявленими обставинами можуть бути:

– такі що набрали законної сили рішення суду першої, апеляційної або касаційної інстанції, якими закінчено розгляд справи;

– такі що набрали законної сили ухвали суду першої інстанції, якими закінчено розгляд справи, тобто так звані заключні ухвали (наприклад ухвали про закриття провадження у справі, про залишення заяви без розгляду);

ухвали суду апеляційної або касаційної інстанції про зміну судових рішень або скасування судових рішень із закриттям провадження у справі чи залишенням заяви без розгляду;

– окремі ухвали;

судові накази.

Не підлягають перегляду у зв'язку з нововиявленими обставинами ухвали судів апеляційної та касаційної інстанції про відхилення апеляційної (касаційної) скарги і залишення судових рішень без змін. У такому випадку, за

наявності відповідних підстав, переглядається рішення (ухвала) суду першої інстанції, а ухвала суду апеляційної чи касаційної інстанції, якою було відхилено скаргу на рішення суду першої чи апеляційної інстанції, в разі перегляду рішення чи ухвали у зв'язку з нововиявленими обставинами втрачає законну силу. Також не підлягають перегляду у зв'язку з нововиявленими обставинами ухвали судів апеляційної та касаційної інстанції, якими справа направляється на новий розгляд, оскільки в такому випадку розгляд справи починається спочатку.

Необхідно відзначити, що в законі прямо не закріплено нормативне визначення поняття «нововиявлених обставин». Однак дане питання має велике теоретичне і практичне значення.

На думку Л. С. Морозової, нововиявлені обставини — це юридичні факти, які мають істотне для справи значення, які існували на момент ухвалення рішення, але не були і не могли бути відомі ні заявнику, ні суду, який виконав усі вимоги закону по збиранню доказів і встановленню об'єктивної істини [1].

В. Назаренкова виділяє такі ознаки нововиявлених обставин: вони існували до ухвалення судового рішення, але не були і не могли бути відомі суду і заявнику; входять до предмета доказування; відкрилися після набрання рішенням законної сили [2].

І. М. Зайцев визначав нововиявлені обставини як юридичні факти, які мають істотне значення для справи і існували на момент розгляду справи, але не були і не могли бути відомі заявникові, а відповідно, і суду [3].

Т. Алієв та С. Афанасьєв вважають, що «нововиявлені обставини — це юридичні факти об'єктивної дійсності, які є органічною частиною об'єкта доказування у цивільній справі, мають істотне значення для його правильного вирішення, які не були відомі суду і заявнику при розгляді справи, надані сторонами чи встановлені суддею до перегляду за нововиявленими обставинами рішень, ухвал суду, постанов президіуму суду наглядової інстанції, що набрали законної сили, шляхом здійснення процесуальних дій після подання йому заяви або подання про перегляд перерахованих судових актів за нововиявленими обставинами» [4].

Кожне з вищенаведених визначень має право на існування, хоча останнє з них є занадто широким і не зовсім відповідає нормам українського процесуального законодавства. Взагалі визначення поняття нововиявлених обставин можна встановити, проаналізувавши зміст норм глави 4 ЦПК України. Так, під нововиявленими обставинами необхідно розуміти істотні для справи обставини, які об'єктивно існували на момент розгляду справи судом, але не були і не могли бути відомі заявнику, а також суду, на час розгляду такої справи. Подібне визначення міститься і в п. 4 постанови Пленуму Верховного Суду України № 1 від 27.02.1981 року «Про деякі питання практики перегляду рішень, ухвал, постанов за нововиявленими обставинами».

Виходячи з цього визначення, можна виділити такі ознаки нововиявлених обставин.



Це завжди обставини об'єктивної дійсності, які вже існували на момент розгляду справи судом.

Таким чином, нововиявлені обставини необхідно відрізнити від нових обставин та нових доказів. Так нові обставини — це обставини, які виникли вже після ухвалення рішення суду. Вони можуть бути підставою для пред'явлення нового позову (наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 192 СК України розмір аліментів, визначений за рішенням суду або домовленістю між батьками, може бути згодом зменшено або збільшено за рішенням суду за позовом платника або одержувача аліментів у разі зміни матеріального або сімейного стану, погіршення або поліпшення здоров'я когось із них), пристосування рішення до обставин, що змінилися (наприклад, відповідно до ч. 2 ст. 184 СК України розмір аліментів, визначений судом у твердій грошовій сумі, підлягає індексації відповідно до закону), або скасування рішення суду за наявності відповідної вказівки закону (наприклад, скасування рішення суду про визнання фізичної особи недієздатною та поновлення цивільної дієздатності фізичної особи, яка була визнана недієздатною, в разі її видужання або значного поліпшення її психічного стану). Проте такі обставини ні в якому разі не можуть бути підставою для перегляду судового рішення у зв'язку з нововиявленими обставинами.

Відмінність нововиявлених обставин від нових доказів полягає в тому, що нові докази — це відомості про обставини справи, які досліджувалися судом, проте ці докази з тих чи інших причин не були надані суду під час розгляду справи. Такі докази, за наявності встановлених в законі підстав, можуть бути представлені до суду апеляційної інстанції під час апеляційного розгляду справи (ч. 2 ст. 303 ЦПК України), а не прийматись судом як нововиявлені обставини.

Ці обставини мають істотне значення для правильного вирішення справи і, таким чином, є органічною частиною предмета доказування у справі.

Суд обов'язково має перевірити, чи впливає дана обставина на сутність рішення. Тобто встановлення такої обставини є підставою для скасування рішення, ухвали або судового наказу лише тоді, коли від їх наявності чи відсутності залежали наслідки розгляду судом справи (тобто якщо обізнаність суду відносно цих обставин при розгляді справи, забезпечила би прийняття цим судом іншого рішення).

Ці обставини не були і не могли бути відомі особі, яка звертається із заявою про перегляд справи за нововиявленими обставинами, а також і суду.

Невідомість даних обставин заявнику і суду призводить до неможливості їх врахування під час розгляду справи і ухвалення судового рішення.

В науковій літературі висловлена думка про те, що нововиявлені обставини — це обставини, які не були відомі не тільки заявнику і суду, а й іншим особам, що брали участь у справі [5]. Однак з такою думкою не можна погодитися. Інколи в судовій практиці трапляються випадки, коли певні обставини навмисно приховуються від суду тими чи іншими учасниками процесу, якщо це їм вигідно. Тому навіть якщо суду стане відомо, що обставина, на яку посиляється заявник, була відома іншим особам, що беруть участь у справі, але

прихована ними від суду така обставина може визнаватися судом нововиявленою і бути підставою для перегляду судового рішення.

Отже, виходячи із вищезазначеного, можна погодитися із наведеним у науковій літературі формулюванням сутності стадії перевірки судових рішень у зв'язку із нововиявленими обставинами як перевірки відповідним судом рішення, що набрало законної сили внаслідок відкриття нових обставин, які не були відомі заявнику і суду з причин, які від них не залежать, і мають істотне значення для правильного вирішення справи. Ці обставини є складовою частиною предмета доказування у цивільній справі і дають можливість виявити неповноту встановленої судом і вираженої в рішенні істини у справі. Вони встановлені в передбаченому законом порядку і вказують на необхідність скасування рішення або іншого судового акта у зв'язку із невідповідністю його фактам об'єктивної дійсності [6].

Підстави для перегляду рішення, ухвали суду чи судового наказу у зв'язку з нововиявленими обставинами зазначені у ч. 2 ст. 361 ЦПК України. Перелік цих підстав є вичерпним і розширеному тлумаченню не підлягає. Закон називає такі підстави перегляду судових рішень у зв'язку з нововиявленими обставинами:

1. Істотні для справи обставини, що не були і не могли бути відомі особі, яка звертається із заявою, на час розгляду справи.

Характеризуючи цю підставу, Л. О. Терехова обґрунтовано зазначає, що таке формулювання є досить неконкретним і скоріше підходить для визначення поняття нововиявлених обставин, ніж до однієї з підстав перегляду, оскільки в ньому містяться загальні істотні характеристики усіх інших підстав для перегляду [7]. Проте, з іншого боку, надати більш конкретне визначення такої підстави неможливо, як неможливо передбачити всі можливі обставини, які можуть вплинути на розгляд кожної конкретної справи, тому в кожному конкретному випадку визначення обґрунтованості заяви про перегляд рішення за нововиявленими обставинами з підстави, передбаченої п. 1 ч. 2 ст. 361 ЦПК України, залишається на розсуд суду.

2. Встановлені вироком суду, що набрав законної сили, завідомо неправдиві показання свідка, завідомо неправильний висновок експерта, завідомо неправильний переклад, фальшивість документів або речових доказів, що потягли за собою ухвалення незаконного або необґрунтованого рішення.

Незважаючи на те, що закон робить пряму вказівку про необхідність встановлення вказаних обставин саме вироком суду, що набрав законної сили, судова практика виробила розширений підхід до тлумачення цієї норми закону. Так, відповідно до п. 6 Постанови Пленуму Верховного Суду України № 1 від 27.02.1981 року «Про деякі питання практики перегляду рішень, ухвал, постанов за нововиявленими обставинами» у випадках, коли відносно особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, провадження у кримінальній справі в силу закону не може бути закінчене постановленням вироку (за спливом строків давності, внаслідок акта амністії, помилування, недосягнення віку кримінальної відповідальності, у зв'язку зі смертю), на підтвердження наявності вказа-

них обставин суд може врахувати постанову слідчих органів по результатах розслідування, проведеного в порядку кримінального судочинства, якщо вона винесена у суворій відповідності з законом.

3. Скасування судового рішення, яке стало підставою для ухвалення рішення чи постановлення ухвали, що підлягають перегляду.

При розгляді заяви про перегляд судового рішення у зв'язку із скасуванням рішення або ухвали суду необхідно мати на увазі, що скасування такого акта може бути визнано нововиявленою обставиною лише у тому випадку, коли суд обґрунтовував дане судове рішення цим актом чи виходив із вказаного акта, не посилаючись прямо на нього, і якщо вже прийнято новий акт, протилежний за змістом скасованому, або коли саме скасування акта означає протилежне вирішення питання.

При перегляді рішення суду у зв'язку з нововиявленими обставинами з цієї підстави суд повинен мати підтвердження факту скасування рішення, вироку або ухвали [8].

4. Встановлена Конституційним Судом України неконституційність закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого судом при вирішенні справи, якщо рішення суду ще не виконане.

В науковій літературі висловлювалися сумніви з приводу віднесення даної підстави до підстав перегляду судових рішень у зв'язку з нововиявленими обставинами. Така позиція ґрунтується на тому, що оскільки рішення Конституційного Суду України не існувало на момент ухвалення рішення, то воно не може вважатися нововиявленою обставиною [9]. Проте з таким підходом неможливо погодитися. Невідповідність того чи іншого закону Конституції України, яка фактично і є в даному випадку підставою для перегляду судового рішення, яке ґрунтується на нормах такого закону, не почала існувати з моменту ухвалення відповідного рішення Конституційним Судом України. Як вірно вказує Г. Фазікош, рішення Конституційного Суду України не може зробити норму конституційною чи неконституційною. Суд тільки офіційно визнає (підтверджує) цей факт [10]. Отже застосована судом норма закону вже була неконституційною на момент вирішення справи і ухвалення на її підставі судового рішення. Таким чином визнання неконституційним закону, який був застосований судом при вирішенні справи можна і необхідно визнавати підставою для перегляду судових рішень у зв'язку з нововиявленими обставинами.

Таким чином, значення процесуальної стадії перегляду судових рішень у зв'язку з нововиявленими обставинами полягає у тому, що суд має змогу виправити припущену судову помилку, встановити дійсні взаємовідносини сторін у справі і на підставі цього ухвалити законне і обґрунтоване рішення, наслідком чого є виконання головного завдання цивільного судочинства — захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави.

## Література

1. Морозова Л. С. Пересмотр решений по вновь открывшимся обстоятельствам / Л. С. Морозова. — М., 1959. — С. 41.
2. Назаренкова В. Пересмотр по вновь открывшимся обстоятельствам решений, определенных и постановлений, вступивших в законную силу // Социалистическая законность. — 1981. — № 5. — С. 53.
3. Зайцев И. М. Устранение судебных ошибок в гражданском процессе / И. М. Зайцев. — Саратов, 1985. — С. 78-79.
4. Алиев Т. Т. К вопросу об основаниях для пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам решений, определенных суда, вступивших в законную силу, предусмотренных ГПК РФ / Т. Т. Алиев, С. Ф. Афанасьев // Арбитражный и гражданский процесс. — 2004. — № 5. — С. 30.
5. Штефан М. Й. Цивільне процесуальне право України: підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / М. Й. Штефан. — К.: Ін Юре, 2005. — С. 521.
6. Орлов В. В. Место стадии рассмотрения гражданских дел по вновь открывшимся обстоятельствам в системе гражданского процесса / В. В. Орлов, Н. А. Громов, В. О. Белоносов // Арбитражный и гражданский процесс. — 1999. — № 3. — С. 40.
7. Терехова Л. А. Система пересмотра судебных актов в механизме судебной защиты / Л. А. Терехова. — М.: Волтерс Клувер, 2007. — С. 273-275.
8. Бородин М. Перегляд рішень, що набрали законної сили, у зв'язку з нововиявленими обставинами за новим ЦПК України // Право України. — 2004. — № 11. — С. 44.
9. Алиев Т. Т. О влиянии постановлений Конституционного Суда РФ на институт пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам решений, определенных суда, вынесенных в порядке гражданского судопроизводства / Т. Т. Алиев, С. Ф. Афанасьев // Арбитражный и гражданский процесс. — 2004. — № 11. — С. 36.
10. Фазікош Г. Щодо розширення логічного змісту поняття законності судового рішення // Право України — 2001. — № 12 — С. 42-45.

## Анотація

*Андронов І. В.* Сутність та значення перегляду судових рішень у зв'язку з нововиявленими обставинами. — Стаття.

У даній статті розглянуті питання, що стосуються процесуальної стадії перегляду судових рішень, що набрали законної сили, у зв'язку з нововиявленими обставинами. У статті приділяється увага визначенню поняття «нововиявлені обставини», визначається перелік судових рішень, що підлягають перегляду у зв'язку з нововиявленими обставинами, аналізуються підстави і процесуальний порядок такого перегляду.

*Ключові слова:* суд, правосуддя, судовий захист, цивільний процес, процесуальна стадія, судові рішення, законна сила судового рішення, нововиявлені обставини.

## Аннотация

*Андронов И. В.* Сущность и значение пересмотра судебных решений в связи с вновь открывшимися обстоятельствами. — Статья.

В настоящей статье рассмотрены вопросы, касающиеся процессуальной стадии пересмотра вступивших в законную силу судебных решений в связи с вновь открывшимися обстоятельствами. В статье уделяется внимание определению понятия «вновь открывшиеся обстоятельства», определяется перечень судебных решений, подлежащих пересмотру в связи с вновь открывшимися обстоятельствами, анализируются основания и процессуальный порядок такого пересмотра.

*Ключевые слова:* суд, правосудие, судебная защита, гражданский процесс, процессуальная стадия, судебное решение, законная сила судебного решения, вновь открывшиеся обстоятельства.

## Summary

*Andronov I. V.* Essence and Significance of Revision of Judgments in Connection with Newlydiscovered Circumstances. — Article.

Questions, touching the judicial stage of revision of entering into legal force court decisions in connection with the reopened circumstances, are considered in the real article. In the article pay attention to the decision of concept «The reopened circumstances», the list of court decisions, subject to the revision in connection with the reopened circumstances is determined, grounds and judicial order of such revision are analysed.

*Keywords:* court, justice, judicial defence, civil procedure, judicial stage, decision of court, legal force of decision of court, reopened circumstances,

УДК 347.91/95:340.12:1

*В. С. Бігун*

### **ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВОСУДДЯ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ: ПРО ПРАВО, ПРАВОСУДНІСТЬ І РОЗСУД (ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ)**

Постановка проблеми, аналіз окремих дослідницьких положень. Пропонована стаття — продовження викладу дослідження (результати якого вже публікувалися в цьому збірнику наукових праць [1]) щодо окремих проблем здійснення правосуддя в цивільному судочинстві. З-поміж уже дискутованих питань, висвітлених із філософсько-правових позицій, представлених на основі останніх досліджень передовсім української юридичної науки, зазначалися такі, як мета, предмет, право, суб'єкти, принципи здійснення правосуддя в цивільному судочинстві. Потребує додаткового зв'язування вже порушене питання про концепцію права в цивільному судочинстві, а також у цьому зв'язку — правосудність і роль розсуду.

Окремі ключові терміни філософсько-правового дискурсу правосуддя в цивільному судочинстві теж визначалися. Їхній зміст подано на основі енциклопедичних і дослідницьких узагальнень передовсім сучасної юридичної науки та практики (зокрема, рішень Конституційний Суд України). Так, судочинство визначається як процесуальна форма здійснення правосуддя, діяльність суду, правосуддя — як самостійна галузь державної діяльності, правозастосувальна діяльність суду з розгляду і вирішення у встановленому законом процесуальному порядку справ; відтак розмежовано поняття «правосуддя» та «судочинство». Зазначалося, що форма, зміст і мета — істотні характеристики правосуддя. Правосуддя визначалося як певна цілеспрямована діяльність-мета, яка здійснюється і досягається за допомогою судочинства як форми, тому встановлювалися умови, за яких правосуддя у цивільному судочинстві вважається здійсненим.

У цьому фрагменті дослідження центральну увагу приділено питанням права, правосудності та розсуду в здійсненні правосуддя. Правосуддя (з позицій філософії права) пропонується розглядати як судове здійснення ідеї права. В цьому зв'язку ключовим є питання про те, що саме мається на увазі під поняттями «право», «ідея права». Також, якщо прийняти, що правосуддя як судове здійснення ідеї права є діяльністю суду, яку реалізують судді, які

«підкоряються виключно закону», то виникає питання про співвідношення понять «право» і «закон», зокрема з позицій філософії права, при здійсненні саме правосуддя (інакше, чи підстави говорити й про здійснення законосуддя?) — в даному випадку цивільного судочинства. Це питання носить не спекулятивний характер, адже правосуддя є формою здійснення судової влади, з-поміж властивостей якої є примус, відтак обов'язковість судових рішень. Тому в практиці правосуддя можуть виникати (й виникають) питання про роль права, зокрема в випадках, коли закон, на думку судді, може вважатися таким, що суперечить праву? Відтак і застосування такого закону, з розсуду судді, може вступати в суперечність із поняттям правосудності, як одного з (основних) змістовних критеріїв правосуддя. Ці та інші суміжні питання пропонується розглянути в статті.

Виклад дослідження з новим обґрунтуванням. Поставмо питання: про судове здійснення якого права йдеться в цивільному судочинстві? На перший погляд, найпростіша відповідь на нього — права цивільного. Проте енциклопедичне визначення поняття «цивільного права», як «галузі права, яка регулює майнові та особисті немайнові відносини...» [12, 365], на наш погляд, не відповідає на питання по суті (хіба що по формі) з позицій вимог філософії права, що має своїм предметом — ідею права, а завданням — пошук його смислу (смыслів). Відтак відзначимо, що в структурі цивільного права зазвичай виокремлюють цивільне процесуальне право, яке визначають як «сукупність і систему правових норм, предметом регулювання яких є суспільні відносини у сфері здійснення правосуддя в цивільних справах територіальними судами загальної юрисдикції» [15, 365]. Саме встановлення відповідної норми права та правової вимоги як обґрунтованої і є завданням суду при судовому розгляді цивільної справи [14, 708].

Цивільне право в запропонованій дефініції конкретизується через поняття відповідних правових норм. Так, відповідні норми цивільного права прийнято поділяти на норми цивільного процесуального права та норми матеріальних галузей права, які містять норми, що стосуються особливостей здійснення правосуддя в цивільному судочинстві. Цивільне ж право загалом, зважаючи на природу відповідних його відносин і норм, відносять до галузі приватного права, яке визначається як «галузь об'єктивного права, що складається з юридичних (державно-вольових) норм, що врегульовують на засадах формальної рівності суспільні відносини між юридично правоздатними особами» [10].

Здавалося б, це визначення підтверджує тезу про те, що цивільне право здійснюється в цивільному судочинстві. Проте, по-перше, в цивільному судочинстві «здійснюються» не лише норми цивільного права (але й, наприклад, конституційного, сімейного, трудового тощо), а по-друге, на засадах формальної рівності врегульовують різні (чи, формально юридично, практично всі) суспільні відносини. Тобто цивільне право тоді слід представляти як «всеохоплююче» (таке, що регламентує суспільні й не лише відносини, наприклад, усіх юридичних і фізичних осіб). Саме таке розуміння й представляється, коли йдеться про цивільне право як право приватне.

Зазначені визначення загального поняття «цивільного права» можна піддати критиці й з позицій нормативізму та позитивізму. Останні схильні призводити до ототожнення понять «цивільне право» та «цивільне законодавство». Класична філософія права, яка зокрема з аксіологічних позицій розмежовує «належне» та «суще», таке трактування вважає необґрунтованим. Тому поняття «цивільне право» та «цивільне законодавство» (можливий альтернативний термін «цивільний закон», який, проте, потребує змістовного уточнення) слід розмежовувати.

Таке розмежування стає істотним при розгляді джерел походження цивільного права. Так, прихильники соціологічного праворозуміння (соціології права, соціологічної юриспруденції, правового реалізму тощо) стоять на тих позиціях, що джерелом походження права є передовсім соціум, соціальні умови, а не (чи не передовсім) держава. Це відзначав один із соціологів права, предтеча соціологічної юриспруденції, Євген Ерліх, який розрізняв норми так званого «державного права», поруч із нормами так званого «соціального права», які, вважає він, відшукують і застосовують судді, вирішуючи певні справи [4].

Прояви того, що визначають як «соціальне право», виявляють і сучасні правознавці. Зокрема, досліджуючи значення саморегулювання договірних цивільних відносин (за сучасним цивільним правом України в розумінні ЦПК), цивілісти визнають договір, через який воно здійснюється, джерелом норм цивільного права. При цьому нормативність у праві розглядається так, що право містить у собі правила поведінки для суб'єктів суспільних відносин. Виходячи з цього, джерелом норм цивільного права слід вважати будь-який акт-документ, який таке правило поведінки закріплює і відображає. Тому договір, у тих випадках, коли в ньому сторони закріплюють створене ними правило поведінки, відмінне від того, що встановлене в цивільному законі (ст. 6 ЦК), має розглядатися саме як джерело норм цивільного права [9, 26]. Відзначимо, що правознавець вважає, що, разом із тим, «саморегулювання договірних цивільних відносин здійснюється у визначених межах (абз. 2 ч. 3 ст. 6 ЦК України), дотримання яких є обов'язковим для учасників вказаних відносин».

Водночас думка про саморегулювання договірних цивільних відносин спонукає ще тезу про право (в даному випадку — цивільне) як динамічне явище. Іншими словами, право в цивільному судочинстві не є статичним явищем, натомість, воно наче оживає, коли стає об'єктом діяльності учасників цивільного судочинства — діяльності, в процесі якої й відбувається судове здійснення ідеї права — правосуддя.

Здійснення права — комунікативний процес. Як відзначає філософ права С. І. Максимов, «право реалізується не відокремленим суб'єктом, а в комунікативному процесі його відносин із іншими суб'єктами. Конкретні рішення здійснюються як суб'єктами права, так і органами права для забезпечення здійснення права. Центральним моментом, найбільш інтегральним вираженням таких рішень у ситуації, коли має місце конфлікт — між суб'єктом і нормою, а також між самими суб'єктами, — виступає суд. Саме суд є тим місцем, де право існує в усій його повноті» [5; 6].

Що конкретизує це «місце, де право існує в усій його повноті»? Його відображенням і гарантією є діяльність за принципом незалежності суддів і підкорення їх тільки закону (в Україні це конституційний принцип, передбачений ст. 129 Конституції України). Цей принцип (наприклад, у розробках теорії кримінального процесу) визначається, як «врегульована чинним законодавством демократична засада, яка передбачає здійснення суддями процесуальної діяльності без будь-якого незаконного впливу, а також непідзвітність суддів будь-кому та самостійне право кожного судді вільно брати участь у дослідженні доказів, обговоренні і прийнятті рішень за власним переконанням» [5, 186]. Як відзначають спеціалісти, «досліджуваний принцип є характерним не тільки для кримінального процесу, він отримав своє вираження і в цивільному процесі» [5, 28–29; 5.1].

Уточнімо зміст зазначеного принципу: чи є такий його елемент, як «підкорення тільки закону», самодостатнім чи то йдеться про нього виключно як допоміжну складову більш загального принципу незалежності судді? На нашу думку, існують підстави вважати його передовсім допоміжним, адже він забезпечує так звану негативну свободу судді в розумінні «свободи від будь-якого незаконного впливу». Водночас, існують підстави розглядати зазначений елемент принципу і як самостійний, аналізуючи його складові — такі поняття як «закон» — окремо.

У цьому зв'язку варто розглянути випадки, в яких суддя не зобов'язаний підкорятися закону чи коли закон не вважається правом. Так, у літературі висловлювалася думка про те, що «суддя може не підкорятися законам, які суперечать Конституції України, а також законам, що визначають права й обов'язки осіб, але не доведені до відома населення у встановленому порядку [Див., напр.: 5, 12, 35]. При цьому «аргументується, що підкорення суддів закону має зміст і межі, які залежать від суддівського угляду при оцінці доказів та тлумаченні правових норм» [5, 12]. Таким чином, судді мають певні можливості визначення того, що вважати законом і відтак того, чому підкорятися. Межі таких можливостей — тема окремого дослідження. Що важливо для цілей цього фрагмента нашого дослідження — це можливість припущення того, що саме суддя визначає, що визнавати законом.

Наведемо інший приклад, що визначає це припущення обґрунтованим як твердження: функцію *judicial review* у судовій системі США (використовуються переклади: судовий контроль, перегляд, ревію). Згідно з цією концепцією саме суди вповноважені визначати, «що є правом» (*what is law*), й відтак визнавати закони «неправомірними» (можливий переклад — «незаконними»), неконституційними [2, 22–23].

Ще один приклад (нещодавно введений в обіг української порівняльної процесуальної науки) — феномен процесуального інституту «присяжного анулювання» чи «анулювання закону судом присяжних» (*jury nullification*) [3]. Таке анулювання — це процес, у якому присяжні в кримінальній та інколи цивільній справах, виправдовуючи, інколи попри докази вини, підсудного чи звільняючи від юридичної відповідальності відповідача, фактично анулюють закон.



У широкому смислі присяжне анулювання — це будь-який оправдальний вердикт присяжних, незважаючи на порушення букви закону, тобто норми права, встановленої законом. Результатом застосування цього інституту є фактичне анулювання закону (часто, на думку присяжних, «несправедливого закону»). Наголосимо, що присяжне анулювання — це не обов'язково незгода з розпорядженнями (так званими інструкціями) судді про те, що вважати правом, але й незгода з тим, що присяжні повинні застосувати саме вказаний «закон» для оцінки діянь підсудного з огляду на певні обставини, встановлені судом.

Зазначені приклади інститутів здійснення правосуддя доводять, що предметом розсуду в судочинстві може бути й саме визначення того, що вважати правом чи законом. У певному розумінні можна говорити не лише про суддівський, але й судовий розсуд. У цьому зв'язку виникає проблема меж (зокрема, й зловживання розсудом), що може ставити під сумнів ідею правосуддя.

Погляньмо на питання підкорюваності виключно закону у зв'язку з питанням правосудності. Дотримання принципу незалежності і підкорюваності виключно закону вважається гарантією забезпечення законності та правосудності судового рішення. На думку одного з сучасних правознавців, «діяльність суду при розгляді цивільних справ має відтворитись в ідеї правозаконності, що повинна лежати в основі сучасного механізму цивільного судочинства. Таким чином, новим аспектом у розумінні вимоги законності судового рішення є ідея його «легітимності», тобто відповідності існуючому правопорядку, яка є складовою законності і відтворює його правосудність» [11, 7, 13].

Оминаючи розширеної дискусії гострого питання про зміст поняття «правозаконність», звернемо лише увагу на таку тезу про розбіжність між поняттям право і закон: «сліпе слідування букві закону робить судовий розгляд спору і його результат законним, але неправосудним» (Б. В. Малишев) [Див.: 7, 26–28]. Додамо, що під неправосудним судовим рішенням зазвичай розуміється «судовий акт, винесений всупереч встановленим фактичним обставинам справи або з істотним порушенням норм матеріального чи процесуального закону» [8, 147].

Зазначені визначення залишають невирішеним і дискусійним питання про критерії правосудності загалом і в цивільному судочинстві зокрема, водночас не заперечуючи правосудність як змістовний критерій правосуддя.

Висновки і перспективи подальших досліджень. Окреслені в статті особливості здійснення правосуддя як судового здійснення (ідеї права) в цивільному судочинстві викладено в контексті питань про право, розсуд і правосудність. Розгляд цих питань засвідчує динамічність змісту поняття «право», зокрема поняття «цивільне право» в контексті правосуддя. Що є правом визначається у кожному конкретному випадку судом відповідно до вповноваженого розсуду. Відповідність праву свідчить про правосудність рішення; водночас невирішеними залишаються питання нюансів (критеріїв) правосудності у випадках суперечності закону та права. Підсумовуючи цей аспект дослідження, відзначимо необхідність подальшого філософсько-правового дослідження правосуддя в визначених аспектах із метою формування відповідної частини філософсько-

правової концепції правосуддя. Перспективи подальших досліджень полягають й у подальшому з'ясуванні нових контекстів здійснення правосуддя в цивільному судочинстві, з'ясуванні колізій та формул вирішення колізії суперечностей між критеріями принципів законності (як основи судового рішення) та верховенства права (як засади здійснення правосуддя в Україні, зокрема передбаченого Законом України «Про судоустрій і статус суддів» (2010)).

### Література

1. Бігун В. С. Правосуддя в цивільному судочинстві: обрис філософсько-правових особливостей здійснення (мета, предмет, право, суб'єкт, принципи) // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. / редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) [та ін.]; відп. за вип. Ю. М. Оборотов. — О., 2009. — Вип. 51. — С. 356–361.
2. Бігун В. С. Юридична професія та освіта. Досвід США у порівняльній перспективі / В. С. Бігун. — К. : Юстініан, 2006. — 272 с.
3. Бігун В. Правосуддя як здійснення народовладдя. Присяжне анулювання закону // Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : матеріали Міжнар. «круглого столу» (м. Львів, 4–5 груд. 2009 р.). — Л., 2009. — С. 17–30; Правосуддя як форма здійснення судової влади народом. Анулювання закону судом присяжних // Держава і право. — 2010. — Вип. 47. — С. 26–33.
4. Бігун В. С. Євген Ерліх: життя і правознавча спадщина (актуальний наукознавчий нарис) // Проблеми філософії права. — 2005. — Т. III. — С. 105–126.
5. Гринюк В. О. Принцип незалежності суддів і підкорення їх тільки закону в кримінальному процесі України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / В. О. Гринюк ; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. — К., 2004. — 228 арк.
6. Цитуються праці: Независимость советских судей и подчинение их только закону : дис. ... канд. юрид. наук / В. М. Петренко. — М., 1971; Сущность и обеспечение независимости судей и подчинение их только закону в советском уголовном процессе : дис. ... канд. юрид. наук / Н. Р. Максимов. — Свердловск, 1971; Принцип независимости судей и подчинения их только закону в советском уголовном процессе : дис. ... канд. юрид. наук / С. О. Юсупова. — Душанбе, 1972; Гарантии реализации принципа независимости судей и подчинения их только закону в гражданском судопроизводстве : дис. ... канд. юрид. наук / Ж. Л. Акишева. — М., 1991; Правоприменительная деятельность органов предварительного расследования, прокуратуры и судов. Основные начала : учеб. пособие / Н. А. Громов, Ю. В. Францифоров. — М. : ПРИОР, 2000. — С. 76–85.
7. Максимов С. И. Правовая реальность как предмет философского осмысления : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.12 / С. И. Максимов ; Нац. юрид. акад. Украины им. Я. Мудрого. — Х., 2002. — 435 л.
8. Малишев Б. В. Судовий прецедент у правовій системі Англії / Б. В. Малишев. — К. : Практис, 2008. — 344 с.
9. Маляренко В. Т. Неправосудний вирок, рішення, ухвала або постанова // Юридична енциклопедія. — К., 2002. — Т. 4 : Н–П. — С. 147.
10. Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / С. О. Погрібний ; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. — К., 2009. — 36 с.
11. Сивий Р. Б. Приватне право в системі права України: поняття, критерії виокремлення, структура : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Р. Б. Сивий ; Львів. нац. ун-т ім. І. Франка. — Л., 2006. — 16 с. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.nbu.gov.ua/ard/2006/06srbkvs.zip>
12. Фазикош Г. В. Судове рішення в цивільному судочинстві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Г. В. Фазикош ; Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. — Х., 2008. — 20 с. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.nbu.gov.ua/ard/2008/08fgvtes.zip>
13. Шевченко Я. М. Цивільне право // Юридична енциклопедія. — К., 2002. — Т. 6. — С. 365.
14. Штефан М. Й. Цивільне судочинство // Юридична енциклопедія. — К., 2002. — Т. 6. — С. 366.

15. Штефан М. Й. Судове рішення / М. Й. Штефан, О. О. Штефан // Юридична енциклопедія. — К., 2003. — Т. 5. — С. 707–709.
16. Штефан М. Й. Цивільне процесуальне право // Юридична енциклопедія. — К., 2002. — Т. 6. — С. 365–366.
17. Шутенко О. В. Проблеми диспозитивності в цивільному судочинстві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / О. В. Шутенко ; Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. — Х., 2003. — 19 с. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.nbuv.gov.ua/ard/2003/03sovdes.zip>

### Анотація

**Бигун В. С.** Здійснення правосуддя в цивільному судочинстві: про право, правосудність і розсуд (філософсько-правові аспекти). — Стаття.

У статті окреслено особливості здійснення правосуддя в цивільному судочинстві в контекстах таких його характеристик, як право та розсуд. Правосуддя розглядається як судове здійснення (ідеї) права. Розкривається значення розмежування понять «право» і «закон» в цивільному судочинстві, значення розсуду в процесі здійснення судочинства.

**Ключові слова:** філософія права, філософія правосуддя, праворозуміння, правосудність, розсуд.

### Аннотация

**Бигун В. С.** Осуществление правосудия в гражданском судопроизводстве: о праве, правосудности и усмотрении (философско-правовые аспекты). — Статья.

В статье обозначены особенности осуществления правосудия в гражданском судопроизводстве в контекстах таких его характеристик, как право и усмотрение (в судебном разбирательстве). Правосудие рассматривается как судебное осуществление (идеи) права. Раскрывается значение разграничения понятий «право» и «закон» в гражданском судопроизводстве, значение усмотрения в процессе осуществления правосудия.

**Ключевые слова:** философия права, философия правосудия, правопонимание, правосудность, усмотрение.

### Summary

**Bihun V. S.** Adjudicating Justice in Civil Proceedings: on the Issues of Concept of Law, Justice-Based Decision Making and Discretion (Legal Philosophy Aspects). — Article.

The article treats the issues relating to the realization of justice in civil proceedings in the context of such its characteristics as the concept of law and discretion (in proceedings). Justice is seen as a judicial exercise of (an idea of) law. The article spells out the distinction between the concept of «right» and «law» in civil proceedings, the value of discretion in the implementation of justice.

**Keywords:** philosophy of law, philosophy of justice, concept of law, justice-based, discretion.

**ПРОЦЕСУАЛЬНІ ОСОБЛИВОСТІ РОЗГЛЯДУ СПРАВ ЩОДО ОБМЕЖЕННЯ ЦИВІЛЬНОЇ ДІЄЗДАТНОСТІ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ, ВИЗНАННЯ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ НЕДІЄЗДАТНОЮ (ОКРЕМІ АСПЕКТИ)**

З 1 вересня 2005 р. набрав чинності новий ЦПК України, прийнятий 18 березня 2004 р. Прийняття нового ЦПК України стало для держави важливим кроком подальшого розвитку судової реформи, вдосконалення цивільного судочинства, судового захисту, приведення правосуддя в Україні до міжнародних стандартів.

Оновлення норм ЦПК України і внесення до нього деяких змін та доповнень викликало необхідність наукового аналізу та роз'яснення змісту норм ЦПК України відносно справ окремого провадження взагалі та справ про обмеження цивільної дієздатності, визнання фізичної особи недієздатною зокрема.

В новому цивільному законодавстві частково змінені підстави щодо обмеження фізичної особи у дієздатності, визнання фізичної особи недієздатною. Чинний ЦК України, на відміну від ЦК 1963 р., ввів нову підставу для обмеження дієздатності — психічний розлад. Новелою чинного ЦК України є те, що позбавити дієздатності можна і малолітню особу, яка має часткову дієздатність, і неповнолітню особу, яка має неповну цивільну дієздатність.

Окремі аспекти розгляду справ про обмеження цивільної дієздатності фізичної особи, визнання фізичної особи недієздатною розглядалися у роботах В. Д. Блажеєва, І. Н. Пятилетова, Н. В. Комарова, А. В. Усталової, І. В. Удальцової, Ю. С. Червоного, Д. М. Чечот, М. Х. Хутиз, С. Я. Фурси, М. Й. Штефана та ін. Однак до теперішнього часу немає єдиної точки зору щодо визначання кола осіб, які можуть бути заявниками у справі про обмеження цивільної дієздатності фізичної особи або визнання фізичної особи недієздатною, щодо можливості участі у судовому розгляді осіб, які обмежуються у цивільній дієздатності стосовно даної категорії справ та ін.

Розгляд справ про обмеження фізичної особи у дієздатності, обмеження неповнолітньої особи у дієздатності, визнання фізичної особи недієздатною здійснюється судом у порядку окремого провадження відповідно до глави 2 розділу IV ЦПК України.

Дієздатність — здатність фізичної особи своїми діями набувати цивільних прав і самостійно (власними діями) їх здійснювати, створювати для себе цивільні обов'язки і самостійно їх виконувати (ст. 30 ЦК України). Таким чином, цивільна дієздатність пов'язується із якістю психомоторної діяльності й, зокрема, з психічним станом людини. Лише здатна усвідомлювати значення своїх дій людина може належним чином здійснювати свої права та виконувати прийняті юридичні обов'язки.

Відповідно до ст. 36 ЦК України підставами для обмеження цивільної дієздатності фізичної особи є психічний розлад, який істотно впливає на її здатність

усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними та зловживає спиртними напоями, наркотичними засобами, токсичними речовинами тощо і тим самим ставить себе чи свою сім'ю, а також інших осіб, яких вона за законом зобов'язана утримувати, у скрутне матеріальне становище.

Таким чином, ЦК України ввів нову підставу для визнання особи обмежено дієздатною, яку не передбачав ЦК УРСР 1963 р., — психічний розлад, який суттєво впливає на її здатність усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними. Це стосується осіб, які хворіють психічною хворобою, наприклад тяжкими формами шизофренії, олігофренії та ін. Психічні захворювання — це хвороби головного мозку, що виявляються у різних розладах психічної діяльності — продуктивних (марення, галюцинації, афективні розлади) та негативних (випадіння або ослаблення психічної діяльності), а також загальних змінах особистості [1].

Зловживання громадянином спиртними напоями або наркотичними засобами саме по собі достатньо свідчить про необхідність втручання в його дії з боку держави, однак цивільне право не має за мету лікування осіб від алкоголізму чи наркоманії, як і не має за мету покарати їх за подібні зловживання. Регулювання майнових стосунків у ситуації з громадянами, які зловживають спиртними напоями і наркотичними засобами, припускає втручання держави тільки за умови, що цей громадянин своїми діями ставить у скрутне матеріальне становище себе або свою сім'ю. Таким чином, обмеження дієздатності має за мету захист майнових інтересів сім'ї та конкретної людини.

Вирішуючи питання про те, чи призводить зловживання громадянином спиртними напоями до скрутного матеріального становища його сім'ї, суди часто порівнюють заробітну плату заявника та заінтересованої особи. При цьому може виявитись, що в заявника вона набагато більша, ніж у заінтересованої особи. Але все ж таки якщо суд встановить, що особа здійснює відчуження майна, витрачає заробітну плату на придбання спиртних напоїв і в зв'язку з цим знаходиться на утриманні заявника, він може обмежити його в дієздатності [2].

Під зловживанням слід розуміти систематичне пияцтво, а також надмірне вживання алкоголю, наркотиків. Перше означає залежність людини від алкоголю — хворобу, друге непомірність при вживанні алкоголю, відсутність культури вживання алкогольних напоїв. Є випадки ускладнення хворобливого стану людини внаслідок вживання алкоголю, що виявляється у її агресивності, схильності до буйства [3].

Варто відзначити, що на відміну від ст. 15 ЦК УРСР перелік фактичних підстав обмеження у дієздатності доповнено зловживанням токсичними речовинами.

Вживання токсичних речовин може призводити до різних короткотермінових суб'єктивно позитивних психічних станів, які супроводжуються множинними психічними та соматоневрологічними розладами з порушенням поведінки та соціальним зниженням.

Перелік підстав для обмеження дієздатності фізичних осіб в законі невичерпний. Так, крім зазначених підстав, у сучасних умовах можна говорити

також про введення додаткових підстав, зокрема, поставити в скрутне матеріальне становище свою сім'ю можна і ризикованим веденням підприємницької діяльності, і невтримним колекціонуванням і т. ін.

Враховуючи розширене тлумачення ст. 36 ЦК України, можна дійти висновку, що в сучасних умовах можливо обмежити дієздатність фізичних осіб і у вищезазначених випадках.

Підставою для визнання фізичної особи недієздатною є хронічний, стійкий психічний розлад і як наслідок — нездатність усвідомлювати свої дії та (або) керувати ними.

Хронічний, стійкий психічний розлад кваліфікується як тяжкий психічний розлад. Так відповідно до ст. 1 Закону України «Про психіатричну допомогу» тяжкий психічний розлад — розлад психічної діяльності (затямарення свідомості, порушення сприйняття, мислення, волі, емоцій, інтелекту чи пам'яті), який позбавляє особу здатності адекватно усвідомлювати оточуючу дійсність, свій психічний стан і поведінку.

В юридичній літературі деякі автори зазначають, що визнання фізичної особи недієздатною можливо і щодо фізичної особи, яка до цього вже була обмежена у дієздатності внаслідок психічного розладу, котрий суттєво впливав на її здатність усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними за умови, якщо її психічний стан значно погіршився, а психічний розлад набув характеру стійкого, хронічного [4].

Заява про обмеження цивільної дієздатності фізичної особи, у тому числі неповнолітньої особи, чи визнання фізичної особи недієздатною подається до суду за місцем проживання цієї особи, а якщо вона перебуває на лікуванні у наркологічному або психіатричному закладі, — за місцем знаходження цього закладу. Змінити підсудність неможливо.

Місце проживання недієздатної особи є місцем проживання її опікуна або місцезнаходження відповідної організації, яка здійснює щодо неї опіку.

Відповідно до ст. 237 ЦПК України справа про обмеження цивільної дієздатності особи може бути відкрита за заявою членів сім'ї, органу опіки та піклування, наркологічного або психіатричного закладу; про визнання фізичної особи недієздатною — за заявою членів її сім'ї, близьких родичів, незалежно від їх спільного проживання, органу опіки та піклування, наркологічного або психіатричного закладу; про обмеження права неповнолітньої особи самостійно розпоряджатися своїм заробітком, стипендією чи іншими доходами або позбавлення їх цього права — за заявою батьків (усиновлювачів), піклувальників, органу опіки та піклування. Даний перелік осіб, які мають право звертатися з заявою до суду, є вичерпним.

У науковій літературі та судовій практиці питання про склад сім'ї особи, яка обмежується у цивільній дієздатності, є актуальним. У законодавстві немає єдиного тлумачення поняття сім'ї та її членів. Так ст. 3 СК України визначає, що сім'я є первинним та основним осередком суспільства та сім'ю складають особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом, мають взаємні права та обов'язки. В ч. 4 ст. 3 СК України зазначені підстави виникнення

сім'ї: шлюб, кровне споріднення, усиновлення, а також на інших підставах, не заборонених законом і таких, що не суперечать моральним засадам суспільства. І.В. Жилінкова стверджує, що сім'я — це об'єднання осіб, які пов'язані між собою спільним побутом та взаємними правами та обов'язками [5].

Терміни «сім'я», «члени сім'ї» та похідні від них використовуються широко та нема єдиного поняття. Тому можна вважати важливими ознаками сім'ї, членства в сім'ї такі, як кровна спорідненість, родинні зв'язки, шлюбні відносини, але положення про встановлення батьківства, викладені у ст. ст. 125, 126 Сімейного кодексу України, не дають підстави для визнання ознаками сім'ї наявності фактичних шлюбних відносин. Відповідно ст. 26 Сімейного кодексу України вводить до правового обігу поняття родичі по прямій лінії, повнорідні та неповнорідні брати й сестри, а у розділі V Сімейного кодексу України вжито термін «інші родичі», до яких віднесено прадіда, прабабу, діда, бабу, брата, сестру, а також вітчима й мачуху дитини та осіб, які постійно виховували дитину й утримували її як члена своєї сім'ї, надаючи їй систематичну матеріальну допомогу.

У процесуальній літературі існує така точка зору, що правом на відкриття провадження у справі про визнання громадянина обмежено дієздатним користуються тільки ті члени сім'ї, які спільно проживають з даною особою і ведуть спільне господарство [6]. Д. М. Чечот стверджує, що таким правом користуються лише ті члени сім'ї, що проживають з даною особою і які у результаті зловживання спиртними напоями або наркотичними засобами ставляться у важке матеріальне становище. Працездатна особа, що проживає окремо, не має права на порушення справи, оскільки поведження громадян не може ставити її у важке матеріальне становище [7].

В ч. 2 ст. 3 СК України підкреслено, що подружжя вважається сім'єю і тоді, коли дружина та чоловік у зв'язку з навчанням, роботою, лікуванням, необхідністю догляду за батьками, дітьми та з інших поважних причин не проживають спільно. Дитина належить до сім'ї своїх батьків і тоді, коли спільно з ними не проживає. І. М. Пятилетов вважає, що роздільне проживання з особою, що є членом сім'ї, не завжди пов'язане з повною матеріальною незалежністю. Що стосується питання про те, ставлять або не ставлять зазначені зловживання цих осіб у важке матеріальне становище, то ці факти підлягають з'ясуванню при розгляді справи і передумовою права на порушення справи не можуть бути [8].

У зв'язку з виникненням такої необхідності в судовій практиці, Конституційний Суд України постановив рішення від 3 червня 1999 р. № 5/п [9] про офіційне тлумачення терміна «член сім'ї». В рішенні Конституційний Суд України висловив ту позицію, що поняття члена сім'ї слід тлумачити залежно від галузі законодавства.

Е. М. Ворожейкін вважає, що не може бути кількох визначень поняття «сім'я» для різних галузей права, воно повинно бути єдиним [10]. О. П. Сергєєв вважає навпаки, що є різні підходи к поняттю сім'ї в юридичному сенсі в окремих галузях права [11].

Відповідно до ч. 1 ст. 238 ЦПК України особа, яка обмежується у дієздатності, може поставити у скрутне становище не лише членів сім'ї, а й інших осіб, якщо вона за законом зобов'язана їх утримувати. Так ст. 76 СК України передбачаються випадки, коли після розірвання шлюбу особа має право на утримання. В даному випадку особи, які розірвали шлюб, не вважаються сім'єю, але мають право на пред'явлення заяви про обмеження цивільної дієздатності до суду, якщо особа, яка їх утримає, зловживає спиртними напоями, наркотичними та токсичними засобами.

До осіб, які можуть подати заяву до суду про визнання фізичної особи недієздатною, належать члени її сім'ї, близькі родичі, незалежно від їх спільного проживання, орган опіки та піклування, психіатричний заклад. На відміну від чинного ЦПК України, ЦПК УРСР 1963 р. передбачав, що справа про визнання фізичної особи недієздатною може бути розпочата за заявою членів її сім'ї, профспілок та інших громадських організацій, прокурора, органів опіки і піклування, психіатричного лікувального закладу. Так і Постанова Пленуму Верховного Суду України № 3 від 28 березня 1972 р. «Про судову практику в справах про визнання громадянина обмежено дієздатним чи недієздатним» (із змінами, внесеними постановою від 25 травня 1998 р. № 15) у п. 2 передбачає, що повнолітні члени сім'ї громадянина, інтересів яких безпосередньо стосується порушення справи про визнання його обмежено дієздатним або недієздатним, беруть участь у процесі як заявники й у тому випадку, коли вони самі звертаються до суду, і у випадку залучення до справи у зв'язку із заявою, поданою в їх інтересах профспілкою або іншою громадською організацією, прокурором, органом опіки та піклування, психіатричним лікувальним закладом. Таким чином, необхідно зазначити, що дана норма застаріла та суперечить чинному законодавству. Так, наприклад, відповідно до Закону України «Про об'єднання громадян» від 16 червня 1992 р., громадським об'єднанням є добровільне громадське формування, створене на засадах єдності інтересів для сумісної реалізації громадянами своїх прав та свобод, призначені сприяти розвитку політичної і громадської активності, творчої ініціативи. Щодо прокурора, то, як зазначалося вище, перелік осіб, які можуть подати заяву до суду про визнання фізичної особи обмежено дієздатною чи недієздатною відповідно до ст. 237 ЦПК України, є вичерпним та прокурор у даний перелік не входить. Зазначена норма є спеціальною, яка регулює порядок відкриття провадження у справі про визнання фізичної особи обмежено дієздатною чи недієздатною, тому загальна норма про право прокурора на звернення до суду (ч. 1 ст. 45 ЦПК України) в даному випадку не застосовується.

Заявниками у справах про обмеження права неповнолітньої особи самостійно розпоряджатися своїм заробітком, стипендією чи іншими доходами або позбавлення них цього права, можуть бути батьки (усиновлювачі), піклувальники, органи опіки та піклування, тобто особи, на яких за законом покладені обов'язки по забезпеченню особистих немайнових і майнових прав та інтересів малолітніх, неповнолітніх осіб, а також повнолітніх осіб, які за станом здоров'я не можуть самостійно здійснювати свої права і виконувати обов'язки.



Заява про обмеження цивільної дієздатності фізичної особи чи визнання фізичної особи недієздатною повинна відповідати вимогам, передбаченим у ст. ст. 119, 238 ЦПК України.

Після прийняття справи починається її провадження до судового розгляду. На даній стадії суддя повинен сприяти у витребуванні необхідних доказів та залучити до участі у справі всіх заінтересованих осіб.

Доказами у справах про обмеження дієздатності фізичної особи можуть бути показання свідків, акти органів внутрішніх справ, документи про дохід сім'ї (довідка про заробітну плату, стипендію, пенсії і т.п.) й кількість її членів (довідка з місця проживання про склад сім'ї), характеристика особи, відносно якої ставиться питання про обмеження дієздатності, а також інші матеріали, що підтверджують факти зловживання спиртними напоями чи наркотичними засобами і характеризують матеріальне становище сім'ї.

Доказами у справах про визнання фізичної особи недієздатною можуть бути: висновок судово-психіатричної експертизи, довідки з медичної установи, довідка про поставлення на облік в психіатричній установі, виписка з історії хвороби та інші докази, які підтверджують, що громадянин унаслідок психічного розладу не здатний усвідомлювати значення своїх дій і (або) керувати ними: показання свідків, матеріали слідчих органів, раніше проведені судово-психіатричні експертизи і т.п.

У процесі підготовки до судового розгляду справи про обмеження цивільної дієздатності фізичної особи чи визнання фізичної особи недієздатною суддею вирішується питання про обов'язкове притягнення до участі у справі як заінтересованих осіб усіх повнолітніх членів сім'ї особи, щодо якої порушується питання про обмеження дієздатності чи визнання її недієздатною.

В порядку підготовки справи про визначення фізичної особи недієздатною ст. 239 ЦПК України передбачено призначення судово-психіатричної експертизи.

Судовий розгляд справ про обмеження цивільної дієздатності фізичної особи чи визнання фізичної особи недієздатною здійснюється за загальними правилами цивільного судочинства з певними особливостями. Дані справи розглядаються колегією у складі одного судді і двох народних засідателів.

Справи про обмеження цивільної дієздатності фізичної особи чи визнання фізичної особи недієздатною суд розглядає за участю заявника та представника органу опіки та піклування. Питання про виклик фізичної особи, щодо якої розглядається справа про визнання її недієздатною, вирішується в кожному випадку судом з урахуванням стану її здоров'я.

М. Й. Штефан вважає, що фізична особа, щодо якої ставиться вимога про обмеження її у дієздатності чи визнання недієздатною, бере участь у справі як заінтересована особа [12]. На наш погляд, дану особу не можна відносити до заінтересованих осіб. Якщо суд в судовому засіданні визнав явку громадянина, щодо якого розглядається справа, можливою з урахуванням стану його здоров'я, але він не з'явився, суд має право розглядати справу за його відсутності при додержанні вимог, передбачених ЦПК України.

У судовій практиці постало питання про можливість застосування щодо цієї категорії справ інституту заміни неналежної сторони належною.

Відповідно до п. 2 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 28 березня 1972 р. № 3 «Про судову практику в справах про визнання громадянина обмежено дієздатним чи недієздатним» (із змінами, внесеними постановою від 25 травня 1998 р. № 15), якщо під час розгляду справи буде встановлено, що заяву подано неправомочною особою, суд повинен, не закриваючи провадження у справі, обговорити питання про заміну неналежного заявника належним виходячи з вимог ст. 105 ЦПК, 1963 р.

Чинний ЦПК України не встановлює можливості здійснити заміну неналежного заявника належним, а лише передбачає можливість заміни неналежного відповідача (ст. 33 ЦПК України), так і Постанова Пленуму Верховного Суду України від 12 червня 2009 р. № 2 «Про застосування норм цивільного процесуального законодавства при розгляді справ у суді першої інстанції» в п. 8 ч. 2 не передбачає можливості заміни позивача за ініціативою суду. Тобто інститут заміни неналежного заявника ЦПК України не передбачений. Отже, суд, установивши в судовому засіданні, що заяву подано неналежним заявником, розглядає справу до кінця і відмовляє заявнику в задоволенні заявлених вимог як особі, яка не володіє правами та обов'язками у правовідносинах, що виникли.

При розгляді справ про визнання фізичної особи обмежено дієздатною чи недієздатною актуальним є питання про можливість відмови заявника від своїх вимог і наслідки такої відмови.

В даному випадку І. В. Удацьова справедливо зазначає, що відмова від заяви здійснюється у загальному порядку і у випадку її прийняття судом провадження у справі закривається [13].

Відповідно до ч. 6 ст. 235 ЦПК України у разі виникнення спору про право цивільне під час розгляду справи окремого провадження суд залишає заяву без розгляду і роз'яснює заінтересованим особам, що вони вправі подати позов на загальних підставах. Дане положення є загальним та не поширюється на справи про визнання фізичної особи недієздатною. Одночасно зі спором про цивільне право питання про недієздатність фізичної особи може вирішуватися судом лише в тому разі, коли спір виник після смерті цього громадянина.

Суд за результатами розгляду справи ухвалює рішення про обмеження цивільної дієздатності фізичної особи (у тому числі обмеження або позбавлення права неповнолітньої особи самостійно розпоряджатися своїми доходами) чи визнання фізичної особи недієздатною, встановлює над нею відповідно піклування або опіку і за поданням органу опіки та піклування призначає їй піклувальника чи опікуна.

Відповідно до ст. 60 ЦК України суд встановлює опіку над фізичною особою у разі визнання її недієздатною і призначає опікуна за поданням органу опіки та піклування. Суд встановлює піклування над фізичною особою у разі обмеження її цивільної дієздатності і призначає піклувальника за поданням органу опіки та піклування.

Рішення суду в справах про визнання фізичної особи обмежено дієздатною або недієздатною повинно відповідати вимогам ст. ст. 213, 215 ЦПК України. У резолютивній частині рішення слід зазначати висновок суду про визнання фізичної особи обмежено дієздатною чи недієздатною або про відмову в задоволенні заявлених про це вимог.

Судові витрати, пов'язані з провадженням справи про визнання фізичної особи недієздатною або обмеження цивільної дієздатності фізичної особи, відносяться на рахунок держави. Суд, установивши, що заявник діяв недобросовісно без достатньої для цього підстави, стягує із заявника всі судові витрати.

Фізична особа вважається недієздатною з часу набрання законної сили рішенням суду про визнання її недієздатною, але у випадках, коли від часу виникнення недієздатності залежать певні правові наслідки, суд на прохання осіб, які беруть участь у справі, з урахуванням висновку судово-психіатричної експертизи й інших даних про психічний стан фізичної особи, в рішенні може зазначити, з якого часу фізична особа є недієздатною.

Рішення суду після набрання ним законної сили надсилається органу опіки та піклування.

Відповідно до ч. 2 ст. 241 ЦПК України суд за заявою органу опіки та піклування чи особи, призначеної піклувальником або опікуном, у місячний строк звільняє її від повноважень піклувальника або опікуна і призначає за поданням органу опіки та піклування іншу особу, про що постановляє ухвалу. Суд за заявою особи, над якою встановлено піклування, може звільнити піклувальника від його повноважень і призначити за поданням органу опіки та піклування іншого піклувальника, про що постановляє ухвалу.

Суд розглядає питання про звільнення опікуна або піклувальника в судовому засіданні з повідомленням заінтересованих осіб. Неявка цих осіб не перешкоджає розгляду питання про звільнення опікуна або піклувальника.

Зміст даної норми не дає нам відповіді, як саме повинна розглядатись справа про звільнення опікуна або піклувальника, самостійно чи в межах справи, по якій ухвалено рішення про обмеження цивільної дієздатності фізичної особи чи визнання фізичної особи недієздатною.

Підбиваючи підсумки, хотілось б наголосити, що зазначений вище перелік проблемних питань не є вичерпним. Слід констатувати низку суттєвих проблем правового регулювання судового порядку щодо справ про обмеження цивільної дієздатності фізичної особи, визнання фізичної особи недієздатною, що потребують подальшого дослідження.

#### Література

1. Большая медицинская энциклопедия. Т. 21. — Изд. 3-е. — М.: Сов. энцикл., 1983. — С. 316–325.
2. Житкевич Л. Ограничение дееспособности граждан, злоупотребляющих спиртными напитками / Л. Житкевич, Ю. Лутченко // Социалистическая законность. — 1984. — № 8. — С. 47–48.
3. Цивільне право України: підручник. У 2 кн. Кн. 1 / О. В. Дзера, Д. В. Боброва, А. С. Довгерт [та ін.]; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — К.: Юрінком Інтер, 2002. — С. 95.
4. Цивільне право України: підручник. У 2 т. Т. 1 / за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фадєєвої, В. Л. Яроцького. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — С. 101.

5. Сімейне право України : підручник / за ред. В. І. Борисової, І. В. Жилінкової. — К. : Юрінком Інтер, 2004. — С. 49.
6. Хутиз М. Х. Признание гражданина недееспособным или ограниченно дееспособным : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / М. Х. Хутиз. — М., 1968. — С. 9; Усталова А. В. Судопроизводство по делам о признании гражданина недееспособным или ограниченно дееспособным : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / А. В. Усталова. — М., 1975. — С. 10.
7. Чечот Д. М. Неисковые производства / Д. М. Чечот. — М. : Юрид. лит., 1973. — С. 126.
8. Пятилетов И. М. Признание гражданина ограниченно дееспособным / И. М. Пятилетов. — М., 1980. — С. 23.
9. Конституційний Суд України: правові заходи, рішення та ухвали. — К., 1999.
10. Белякова А. М. Советское семейное право / А. М. Белякова, Е. М. Ворожейкин. — М., 1974. — С. 33.
11. Гражданское право : учебник. Т. 3 / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М. : Проспект, 1999. — С. 281.
12. Штефан М. Й. Цивільне процесуальне право України : підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / М. Й. Штефан. — К. : Ін Юре, 2005. — С. 442.
13. Проблеми теорії та практики цивільного судочинства : монографія / В. В. Комаров, В. І. Тертишніков, В. В. Баранкова [та ін.] ; за заг. ред. В. В. Комарова. — Х. : Харків юрид., 2008. — С. 451.

### Анотація

**Волкова Н. В.** Процесуальні особливості розгляду справ щодо обмеження цивільної дієздатності фізичної особи, визнання фізичної особи недієздатною (окремі аспекти). — Стаття.

Стаття присвячена комплексному дослідженню процесуальних особливостей розгляду і вирішення цивільних справ про обмеження цивільної дієздатності фізичної особи, визнання фізичної особи недієздатною.

*Ключові слова:* дієздатність, обмеження цивільної дієздатності фізичної особи, визнання фізичної особи недієздатною, судовий розгляд, цивільне судочинство.

### Аннотация

**Волкова Н. В.** Процессуальные особенности рассмотрения дел об ограничении гражданской дееспособности физического лица, признание физического лица недееспособным (отдельные аспекты). — Статья.

Статья посвящена комплексному научному анализу процессуальных особенностей рассмотрения и разрешения гражданских дел об ограничении гражданской дееспособности физического лица, признание физического лица недееспособным.

*Ключевые слова:* дееспособность, ограничение гражданской дееспособности физического лица, признание физического лица недееспособным, судебное разбирательство, гражданское судопроизводство.

### Summary

**Volkova N. V.** Remedial Features of Disposal of Legal Proceeding about Restriction of Civil Capacity of the Physical Person, a Recognition of the Physical Person Not Capable. — Article.

The article is devoted to the complex research of procedural peculiarities of the civil cases review and resolution connected with the restriction of individual civil capacity, individual incapacity recognition.

*Keywords:* Capacity, limitation of individual civil capacity, recognition of individual incapacity, the court proceedings, civil proceedings.

### ПРОЦЕСУАЛЬНО-ПРАВОВА ПРИРОДА СПРАВ ПРО УСИНОВЛЕННЯ

Розгляд справ про усиновлення — відносно нова категорія справ для окремого провадження цивільного процесу України (існує з 1996 року відповідно до Закону України «Про внесення змін та доповнень до КпШС» [1]). За часів радянського періоду та у перші роки незалежності усиновлення провадилось в адміністративному порядку. Але віднесення справ про усиновлення до справ окремого провадження не є новелою для цивільного процесуального права. Так, відповідно до Судових Статутів 1864 року, що були основним джерелом процесуального права довгі роки, справи про усиновлення розглядалися за правилами охоронного провадження. Традиційно окреме провадження розглядалось з позиції протиставлення з позовним провадженням, виокремлювалися ознаки, що відрізняли справи окремого провадження від справ позовного [2, 403; 3, 12; 4, 9]. Завданням даної наукової статті є: дослідження процесуально-правової природи справ про усиновлення та виявлення суттєвих процесуальних ознак справ зазначеної категорії.

Цивільне процесуальне законодавство до юрисдикції суду відносить досить широке коло цивільних справ (ст. 15 ЦПК України). Матеріально-правові особливості справ, що розглядаються судом, здійснюють відповідний вплив на сам порядок цивільного провадження. Як цілком вірно зазначає Д. М. Чечот, «якщо законодавство віднесе до юрисдикції суду відповідні категорії справ, що за своєю матеріально-правовою природою принципово відрізняються від справ, що «традиційно» розглядаються в порядку цивільного провадження, то виникає необхідність розподілу провадження на окремі види, оскільки суттєві матеріально-правові особливості справ потребують вжиття специфічних засобів та заходів захисту права або охоронюваного законом інтересу» [5, 4 5]. Вид цивільного провадження — це складова частина єдиного цивільного провадження, що являє собою порядок розгляду встановленого в законі відповідного кола справ, в основі якого є загальні правила цивільного процесу, а також обумовлені матеріально-правовою природою цих справ специфічні правила їх розгляду [6, 142]. Справам, що розглядаються в порядку окремого провадження, притаманні досить суттєві особливості порядку їх розгляду в суді, тому правильний розподіл цивільних справ за видами має велике значення для захисту та охорони цивільних прав та інтересів.

Як відомо, раніше діюче цивільне процесуальне законодавство (ЦПК України 1963 р.) не надавало визначення окремого провадженню. Тому необхідно звернути увагу на ту обставину, що в діючому Цивільному процесуальному кодексі, прийнятому Верховною Радою України 18 березня 2004 року, вперше було надане легальне визначення окремого провадження [7, 492]. Так, відповідно до ст. 234 ЦПК України окреме провадження — це вид непозовного цивільного судочинства, в порядку якого розглядаються цивільні справи про

підтвердження наявності або відсутності юридичних фактів, що мають значення для охорони прав та інтересів особи, або створення умов здійснення нею особистих немайнових чи майнових прав, або підтвердження наявності чи відсутності неоспорюваних прав.

Стосовно справ усиновлення, відповідно до визначення предмета справ окремого провадження, необхідно дійти такого висновку. Так, згідно зі ст. 207 СК України усиновлення є прийняттям усиновлювачем у свою сім'ю особи на правах дочки чи сина, здійсненим на підставі рішення суду, крім випадків, передбачених ст. 282 цього Кодексу. В теорії сімейного права усиновлення традиційно розглядають як юридичний факт, в силу якого між усиновленим (та його нащадками) і усиновителем (та його родичами) виникають такі самі права і обов'язки, як між родичами за походженням. У справах такої категорії перед судом постає завдання — перевірити наявність всіх позитивних та відсутність негативних умов для підтвердження усиновлення. Щоб усиновлення досягло своєї мети (вищих інтересів дитини) та було дійсним, необхідно, щоб воно відповідало умовам, передбаченим законом. Умови усиновлення — це закріплені в законі вимоги, які пред'являються до строго визначеного кола осіб з приводу усиновлення (суб'єктів усиновлення), дотримання яких є обов'язковим при здійсненні усиновлення.

Умови усиновлення можливо поділити на такі групи:

1. Умови, що ставляться до особи, яка усиновляється: а) вік особи, що усиновляється. Максимальний вік особи, що усиновляється, — дитина до 18 років. Виняток з цього правила становить усиновлення повнолітньої особи. Мінімальний вік особи, що усиновляється, за загальним правилом не встановлений. Виняток з цього правила — усиновлення дитини, яку не забрали з пологового будинку або яка була знайдена (не молодше двомісячного віку); б) поінформованість усиновлювача про стан здоров'я дитини; в) неможливість роз'єднання братів та сестер при їх усиновленні. Виняток можливий, коли на це є об'єктивна необхідність та згода органів опіки та піклування.

2. Умови, що ставляться до особи усиновлювача. Такі умови доцільно розділити на позитивні, тобто ті, що повинні існувати при усиновленні, та негативні, які повинні бути відсутніми на момент усиновлення. Позитивні: а) дієздатність особи та досягнення нею 21 року. Виняток, якщо усиновлювач є родичем дитини; б) дотримання вікової різниці між усиновлювачем та особою, яка усиновляється. Мінімальна різниця — не менш ніж п'ятнадцять років. У разі усиновлення повнолітньої особи — не менш ніж вісімнадцять років. Максимальна — не більше ніж сорок п'ять років; в) наявність подружніх відносин. Виняток становлять особи, які не перебувають у шлюбі між собою, але проживають однією сім'єю і можуть, за рішенням суду, бути визнані усиновлювачами. Негативні: а) обмеження дієздатності чи недієздатності усиновлювача; б) позбавлення та непоновлення батьківських прав усиновлювача; в) скасування усиновлення або визнання його недійсними з вини усиновлювача; г) відсутність постійного місця проживання та постійного доходу; д) наявність хвороби, що, згідно із законодавством, не дозволяє уси-

новлення; е) одностатність усиновлювачів; є) суперечливість інтересів усиновлювача інтересам дитини.

3. Умови, що ставляться до надання згоди на усиновлення. Залежно від того, чи зобов'язаний суд отримати відповідну згоду або має право здійснити усиновлення без такої згоди, можливе виділення обов'язкових випадків надання згоди та факультативних. Обов'язкові: а) згода усиновлювача; б) згода батьків дитини на усиновлення. Виняток, якщо вони недієздатні, невідомі, визнані безвісно відсутніми, позбавлені батьківських прав щодо дитини, яка усиновлюється, та неутримання, непроживання разом з дитиною без поважних причин протягом не менше шести місяців; в) згода на усиновлення особи, що усиновлюється. Виняток становлять випадки, коли дитина за віком або за станом здоров'я не усвідомлює факт усиновлення. У такому разі її згода не потрібна. Факультативні згоди: а) згода опікуна, піклувальника на усиновлення дитини; б) згода закладу здоров'я або навчального закладу на усиновлення дитини.

Тобто предметом судової діяльності в справах усиновлення є необхідність підтвердження наявності, за умов дотримання всіх умов усиновлення, або відсутності усиновлення.

Слід також звернути увагу на той факт, що якщо метою позовного та окремого провадження є захист, як правило, суб'єктивних прав, а окреме провадження направлене на охорону законних інтересів заявників [8, 198]. Як слушно зазначає С. Я. Фурса, «...поняття суб'єктивного права і охоронюваного законом інтересу нетотожні. Поняття “право” має строго визначений зміст. Поняття “інтерес” особи має досить широке, філософське, політичне та інші напрямки тлумачення» [9, 23]. Він дає таке визначення: «Охоронюваний законом інтерес — це самостійний предмет захисту у справах окремого провадження, який є складовою частиною права та має місце у окремому провадженні через відсутність у справі сторін з протилежними юридичними інтересами» [9, 24]. Треба зазначити, що цивільне процесуальне законодавство не містить визначення законного інтересу, що призводить до складностей при визначенні предмета судочинства у справах окремого провадження. Д. М. Чечот виказав аргументовану думку стосовно загальної мети існування охоронюваного інтересу. Так, з його позиції суб'єктивне право є головним, хоча й не є єдиним правовим засобом задоволення інтересів. Юридичний інтерес виникає на базі соціального інтересу та конкретизується в нормах законодавства, яке визначає ті суб'єктивні права та обов'язки, що може мати зацікавлена особа [10, 33, 36–37]. Тобто юридичний інтерес є передумовою виникнення суб'єктивного права та має більш широке тлумачення. Юридичний інтерес може бути реалізований шляхом здійснення суб'єктивного права (наприклад, особа має інтерес на навчання у Вищому навчальному закладі та реалізує його за допомогою суб'єктивного права на вищу освіту) та шляхом інших правових засобів для свого здійснення. Так, інтерес особи, яка бажає усиновити дитину, має соціальний характер та, до ухвалення судового рішення, не породжує ніяких правових зв'язків із дитиною, що усиновлюється. Інтерес усиновлення може бути реалі-

зований тільки шляхом звернення до суду, згідно з ст. 207 СК. Тому що інтерес здійснення усиновлення залежить не тільки від власних дій заявника (попереднє звернення до служби у справах дітей, звернення до суду), а також від дій осіб, з яким заявник не пов'язаний правовідносинами (особа, яка усиновлюється), та відповідно не має права вимагати здійснення якихось дій. Звертаючись до суду, заявник у справах усиновлення звертається за створенням умов, необхідних для виникнення відносин усиновлення, що виникають, згідно з ст. 225 СК, у день набрання чинності судовим рішенням. Тому, звертаючись із вимогою про встановлення усиновлення, заявник, дотримуючись порядку, встановленого законом, звертається до суду за створенням умов для здійснення юридичного інтересу усиновити дитину (повнолітню особу).

Основною ознакою окремого провадження є відсутність спору про право. Згідно з ч. 6 ст. 235 ЦПК, якщо під час розгляду справи у порядку окремого провадження виникає спір про право, який вирішується в порядку позовного провадження, суд залишає заяву без розгляду. В літературі не має єдиної точки зору стосовно можливості виникнення спору у справах окремого провадження. З точки зору А. А. Мельникова, в порядку окремого провадження розглядаються безспірні цивільні справи, тобто справи, в яких відсутній спір про право між сторонами, які мають протилежні інтереси [4, 6]. Деякі вчені дотримуються думки, що справам окремого провадження може бути притаманний спір про факт. З етімологічної точки зору, спорити з будь-ким, про будь-що, проти будь-кого — не погоджуватися, оспорювати, бути проти тієї чи іншої думки, доказувати своє. Спір — словесне змагання при обговоренні будь-чого, в якому кожна сторона відстоює свою думку, свою правду [11, 229].

Досить неоднозначна ситуація стосовно наявності спору складається у справах про усиновлення. У справах про усиновлення суд за участю заявника, інших осіб, що беруть участь у справі, розглядає справу, встановлюючи за допомогою доказів обставини, що мають значення для правильного вирішення справи, ґрунтуючись на нормах матеріального та процесуального права. Такі обставини у справах усиновлення — це умови усиновлення, що можна класифікувати на негативні та позитивні залежно від необхідності дотримання відповідних вимог законодавства чи від необхідності відсутності зазначених законом обставин для можливості здійснення усиновлення. Умови усиновлення — це юридичні факти, закріплені в законі, встановлення яких є завданням суду для встановлення усиновлення. Процес доказування супроводжується спором про наявність або відсутність тих чи інших юридичних фактів. Треба погодитися з думкою, що у справах окремого провадження наявна ситуація спору з «незацікавленою особою», як правило, з державним органом, який не визнає за особою відповідного юридичного факту (відсутність матеріальної змоги виховання дитини, відсутність побутових умов для виховання дитини, відсутність згоди дитини на усиновлення тощо). Так, орган опіки та піклування може надати до суду матеріали про невідповідність усиновлення до інтересів усиновлюваного, служба у справах дітей може надати негативний висновок про доцільність усиновлення кандидату в усиновлювачі, з яким він все одно має



право звернутися до суду та вимагати усиновлення. У справі № 20-56/2009 Луцького міськрайонного суду Волинської області до суду був наданий лист-відмова у наданні висновку про доцільність усиновлення та відповідність усиновлення до інтересів дитини службою у справах дітей Луцькою районною державною адміністрацією Волинської області від 24 січня 2009 року № 72/2.1 на підставі того, що різниця у віці між усиновлювачем та дитиною не може бути більшою ніж сорок п'ять років. Тобто у справах з усиновлення можливий спір про окремий факт, але це не означає, що за таких обставин суд повинен розглядати справу в порядку позовного провадження. Д. М. Чечот дотримується думки, що «факт, який встановлюється в порядку окремого провадження, не є наявним, оскільки при розгляді судом можуть бути встановлені протилежні докази, протилежні судження відносно існування факту. В усіх випадках суд повинен переконатися в існуванні або у відсутності фактів, перевіряючи докази, виявляючи суперечності в судженнях заінтересованих осіб, тобто фактично знищити «спірність» фактів та обставин» [5, 19].

Тобто в справах про усиновлення заінтересовані особи можуть заперечувати проти встановлення факту та оспорювати його достовірність, що не тільки не припиняє провадження у справі, а навпаки зобов'язує суд ретельніше дослідити та оцінити подані докази з метою встановлення об'єктивної істини та правильного вирішення справи по суті [9, 224].

Можна дійти висновків, що правова природа справ про усиновлення зумовлена процесуальною специфікою справ окремого провадження, що проявляється в таких ознаках, як:

1) судова діяльність у справах про усиновлення направлена на підтвердження наявності або відсутності усиновлення шляхом встановлення наявності усіх позитивних та відсутності усіх негативних умов усиновлення;

2) справи окремого провадження характеризуються тим, що метою судової діяльності по більшості із них є охорона інтересів фізичних та юридичних осіб. Охоронюваний законом інтерес у справах про усиновлення це — передбачена нормами об'єктивного права (ст. 207 СК) можливість особи звернутися до суду за створенням умов задля реалізації юридичного інтересу усиновити дитину (повнолітню особу);

3) справи про усиновлення, як справи окремого провадження, є безспірними. Але у справах про усиновлення можливе виникнення спору про окремий факт з незацікавленою особою, у більшості випадків з державним органом (невідповідність особи усиновлювача вимогам закону, відсутність згоди дитини тощо), що не є тотожним із спором про право, тому не може призводити до залишення заяви без розгляду на підставі ч. 6 ст. 236 ЦПК.

#### *Література*

1. Про внесення змін та доповнень до Кодексу про шлюб та сім'ю : Закон України від 30 січ. 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 7. — Ст. 26.
2. Васьковскій Е. В. Учебник гражданского процесса / Е. В. Васьковскій ; под ред. В. А. Томсинова. — М. : Зерцало, 2003. — 410 с.

3. Поволоцкий Л. И. Дела особого производства / Л. И. Поволоцкий, Б. А. Лисковец, А. С. Со-минский; под ред. И. Т. Голякова. — М.: Юрид. изд-во М-ва юстиции СССР, 1948. — 67 с.
4. Мельников А. А. Особое производство в советском гражданском процессе / А. А. Мельников. — М.: Наука, 1964. — 112 с.
5. Чечот Д. М. Неисковые производства / Д. М. Чечот. — М.: Юрид. лит., 1973. — С. 4–5.
6. Усталова А. В. Виды гражданского судопроизводства: соотношение общих и специальных правил // Вопросы развития теории гражданского процессуального права: сб. науч. ст. / под ред. С. И. Ивановой и М. К. Треушниковой. — М.: Изд-во Моск. ун-та, 1981. — С. 142.
7. Цивільний процесуальний кодекс: Закон України від 18 берез. 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 40–42. — Ст. 492.
8. Гражданский процесс Украины: учеб. пособие / отв. ред. Ю. С. Червоний. — Х.: Одиссей, 2003. — С. 198.
9. Фурса С. Я. Окреме провадження у цивільному процесі України: навч. посіб. / С. Я. Фурса. — К., 1999. — С. 23.
10. Чечот Д. М. Субъективное право и формы его защиты / Д. М. Чечот. — Ленинград: Изд-во Ленингр. ун-та, 1968. — С. 33, 36–37.
11. Словарь русского языка / под ред. А. П. Евгеньевой. — 2-е изд. — М.: Рус. яз., 1984. — С. 229.

### Анотація

**Стоянова Т. А. Процесуально-правова природа справ про усиновлення.** — Стаття.

Дослідження процесуально-правової природи справ про усиновлення крізь призму особливостей окремого провадження є досить актуальним. Правова природа справ про усиновлення, з позиції віднесення розгляду таких справ до справ окремого провадження, практично не досліджувалася вченими-процесуалістами, як і сама природа справ окремого провадження. Тому уявляється доцільним розглянути процесуально-правову природу справ про усиновлення у взаємозв'язку із правовою природою справ окремого провадження. Метою даної статті є встановлення основних характеристик справ про усиновлення у взаємозв'язку із природою справ окремого провадження.

*Ключові слова:* усиновлення, умови усиновлення, вид цивільного провадження, окреме провадження, охоронюваний інтерес, суб'єктивне право.

### Аннотация

**Стоянова Т. А. Процессуально-правовая природа дел об усыновлении.** — Статья.

Исследование процессуально-правовой природы дел об усыновлении сквозь призму особенностей особого производства является достаточно актуальным. Правовая природа дел об усыновлении, с позиции отнесения рассмотрения таких дел к делам особого производства, практически не исследовалась учеными-процесуалистами, как и сама природа дел особого производства. Поэтому представляется целесообразным рассмотреть процессуально-правовую природу дел особого производства во взаимосвязи с правовой природой дел особого производства. Цель данной статьи — установление основных характеристик дел об усыновлении во взаимосвязи с природой дел особого производства.

*Ключевые слова:* усыновление, условия усыновления, вид гражданского производства, особое производство, охраняемый интерес, субъективное право.

### Summary

**Stoyanova T. A. Remedially-Legal Nature of Affairs about Adoption.** — Article.

Procedural nature investigation of the legal cases of adoption through the prism of the special proceeding peculiarities is quite an issue. The legal nature of the cases of adoption due to their classification as a part of special proceeding, almost have not been investigated by the scientists, as well as the nature of the cases of special proceeding itself. That is why it is appropriate to consider procedural and legal nature of the special proceeding in a relation with each other. The main aim of this article is to find out the basic characteristics of the cases of adoption due to their connection with the nature of special proceeding cases.

*Keywords:* adoption, adoption conditions, type of civil proceedings, special proceeding, the protected interest, the subjective right.

УДК 347.921.4

Г. М. Ахмач

## ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Цивільний процес як форма здійснення правосуддя в цивільних справах безпосереднє пов'язан з реформаторськими процесами, які відбуваються в Україні й спрямовані на створення системи правосуддя, відповідної міжнародним стандартам, здатної ефективно та реально захистити законні права, свободи чи інтереси людини.

Закон України від 7 лютого 2002 р. «Про судоустрій України» є значним кроком на шляху судової реформи, суттєвим внеском у подальшу трансформацію системи судових органів у реальну судову владу як необхідний атрибут демократичного громадянського суспільства. Але перетворення нашої держави на правову супроводжує коло проблем, без вирішення яких неможливе становлення судової влади як необхідного атрибуту соціальної правової держави.

Важливість вдосконалення законодавчої бази цивільного судочинства обумовлено широким колом справ, які розглядаються в порядку цивільного процесу. Згідно з положенням ст. 15 Цивільного процесуального кодексу України в порядку цивільного судочинства розглядаються справи, що виникають із цивільних, житлових, земельних, сімейних, трудових відносин, а також з інших відносин, крім випадків, коли законодавством передбачено розгляд таких справ в порядку іншого судочинства. Розповсюдження цивільної юрисдикції до значної кількості справ також зобов'язує державу приділити особливу увагу до прийняття необхідних заходів щодо подальшого розвитку цивільного процесуального законодавства, спрямованого до захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів осіб.

Сучасний етап судової реформи потребує як наукового, так й практичного підґрунтя, нового науково-теоретичного осмислення, вдосконалення цивільного процесуального законодавства та практики його застосування, спрямованих до гарантованого, ефективного та справедливого судового захисту прав особи, що підтверджує безумовну актуальність теми дослідження.

Судовому захисту прав людини у цивільному судочинстві присвячені наукові праці багатьох вчених-правоведів, таких як О. Гетманцев [3], В. В. Комаров [4], С. Логінова [5], Д. Луспеник [6], І. В. Озерський [7], Ю. Сульженко [8], Г. Тимченко [9], Ю. С. Червоний [10], С. Я. Фурса [11], М. Й. Штефан [12], М. М. Ясинюк [13, 14], але низка проблемних питань, пов'язаних зі захистом прав людини у цивільному процесі України, залишається недослідженою, мають місце певні недоліки у чинному законодавстві, які потребують додаткового правового вдосконалення.

На базі теоретичного аналізу наукових досліджень, чинного законодавства та матеріалів судової практики автором статті вирішуються такі завдання: виявити основні тенденції розвитку вітчизняного та міжнародного цивільного процесуального законодавства щодо захисту прав людини у цивільному судочинстві.

чинстві, виявити прогалини у чинному цивільному процесуальному законодавстві відносно даної проблеми, розробити рекомендації стосовно вдосконалення чинного законодавства та максимальної його орієнтації до стандартів європейського судочинства.

Реформування цивільного судочинства можливе тільки при застосуванні комплексного підходу до аналізу всіх напрямків розвитку судового захисту прав людини як вітчизняного, так і зарубіжного цивільного процесу. Спрямованість українського законодавства до європейських стандартів потребує поглибленого розгляду практики Європейського суду з прав людини, вивчення вироблених їм стандартів у процесі розгляду питань про доступ до правосуддя.

До таких стандартів, по-перше, відноситься положення, згідно з яким будь-яка вимога, що стосується цивільних прав й обов'язків, може бути подана до суду.

За останні часи українське законодавство наближається до європейських стандартів у даному напрямку, — згідно зі ст. 124 Конституції України юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі; ст. 15 нового ЦПК України від 2004 р., яка регулює компетенцію судів щодо розгляду цивільних справ, відповідає даному положенню Конституції.

Стосовно другого стандарту, якщо заінтересована особа не має коштів на оплату послуг представника, держава зобов'язана надати їй безкоштовну юридичну допомогу.

Слід зазначити, що на сучасному етапі в Україні немає гарантованої державою чіткої системи надання юридичної (судової) допомоги у цивільних справах. Ця проблема регулюється ст. 84 ЦПК України, однак потребує додаткової правової регламентації (згідно зі ст. 84 ЦПК обов'язок компенсувати витрати, пов'язані з оплатою правової допомоги адвоката або іншого фахівця в галузі права, несуть сторони, крім випадків надання безоплатної правової допомоги).

Третій міжнародний стандарт передбачає обов'язок суду проводити судовий розгляд цивільних справ у розумний строк.

Актуальність вказаного стандарту підтверджується тем фактом, що скарги до Європейського суду з прав людини на недотримання вимоги про слухання справи «у розумний строк» подавалися частіше, ніж щодо будь-яких інших вимог ст. 6 Європейської конвенції, отже в багатьох країнах світу, незалежно від рівня розвитку судової системи, має місце проблема судової тяганини.

При виробленні стандарту «розумного строку» Європейський суд за основу не брав календарний строк, тому що незалежно від будь-яких інших обставин, зокрема, пов'язаних зі складністю різних категорій цивільних справ, суду довелося б визнати, що усі європейські держави порушують цей стандарт.

Тому при розробці критеріїв оцінки виконання цього стандарту Європейський суд керувався у першу чергу суб'єктивними факторами: складність цивільного спору, поведження позивача й характер дій державних органів (насамперед те, як судові влади розглядали цю справу) [8, 29–30].

На нашу думку, такі критерії є дуже осмисленими та обґрунтованими, тому доцільно застосувати їх при удосконаленні цивільного процесуального законо-

давства щодо вирішення проблемних питань при розгляді справ в порядку цивільного судочинства в Україні.

Цивільне процесуальне законодавство має бути оновлено з обліком розвитку процесуального права у світі та проблемних питань судової практики. Зокрема, реалізація таких цивільно-процесуальних принципів, як змагальність, рівність прав та обов'язків сторін, диспозитивність, потребують подальшого вдосконалення; крім того, судова практика свідчить про те, що з метою забезпечення реального права особи на правосуддя та ефективність його захисту необхідне удосконалення процесуальної регламентації розгляду деяких категорій цивільних справ (справ наказного провадження, окремих категорій справ про встановлення фактів, що мають юридичне значення та ін.).

Введення інституту судового наказу у Цивільний процесуальний кодекс України є одним із істотних напрямків реформування цивільного судочинства, спрямованого до скорочення судової процедури, підвищення ефективності судового захисту прав та законних інтересів громадян.

Слід відзначити специфічність дії окремих принципів цивільного процесуального права (зокрема, усність, безпосередність, безперервність) у наказному провадженні, що обумовлено спрощеністю системи судочинства цього провадження.

Так, заява заявника щодо видачі судового наказу повинна бути подана до суду у письмовій формі, але суддя має право поставити заявникові ряд додаткових питань. Таким чином, відбувається поєднання принципів усності та безпосередності в процесі спілкування заявника і судді в підготовчій частині наказного провадження, судове засідання така форма провадження не передбачає, — у цьому полягає специфіка даних принципів.

Як справедливо визначає М. Ясинок [13, 72], у ЦПК України доцільно передбачити таку взаємодію суду і заявника, за якою зобов'язати заявника подавати заяву до суду про видачу судового наказу судді особисто або через свого представника. Запропонована судова процедура спрямована на чіткість формулювання вимог заявника, обґрунтованість та законність судового наказу, скорочення часу до його видачі.

Специфічні ознаки має в наказному провадженні також і дія принципу безперервності: у позовному провадженні дія цього принципу означає безперервність між початком та кінцем розгляду справи, а в наказному провадженні принцип безперервності починається від початку прийняття заяви і до вступу судового наказу в дію.

На сучасному етапі проведення судової реформи в Україні важлива роль у захисті прав, свобод та інтересів громадян відведена прокуратурі, яка здійснює представницьку функцію у цивільному судочинстві.

Повноваження прокурора у цивільному судочинстві після здобуття Україною незалежності зазнали кардинальних змін — наглядова функція прокуратури змінилася на представницьку, що закріплено в Конституції України, а також у ст. 36-1 Закону України «Про прокуратуру» та у ст. ст. 45, 46 ЦПК України.

Безумовно, здійснення прокуратурою конституційної представницької функції щодо захисту прав громадян у суді є вагомим внеском на шляху руху України до міжнародних стандартів цивільного судочинства, — діяльності прокуратури притаманні оперативність, ефективність, безкоштовність, що в умовах економічної кризи та низького рівня правової культури значної частини населення виступає реальним інструментом утвердження верховенства права, захисту законних прав, свобод та інтересів громадян [7, 19].

Однак правова регламентація участі прокурора у цивільному судочинстві також має певні недоліки. Зокрема, прокурор, який не брав участі у справі, має право знайомитися з матеріалами справи в суді з метою вирішення питання про наявність підстав для подання апеляційної чи касаційної скарги. Але дане положення закріплене лише у ч. 4 ст. 46 ЦПК України (ст. 46 регулює процесуальні права органів та осіб, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб). Спеціальні ж норми ЦПК таке право прокурора не регламентують — ні ст. 292 (право апеляційного оскарження), ні ст. 324 (право касаційного оскарження) вказане право прокурора не передбачають.

Така ситуація потребує усунення відповідних прогалин у ЦПК, внесення доповнень щодо права прокурора на апеляційне та касаційне оскарження.

Аналізуючи проблемні питання захисту прав людини у цивільному процесі, слід окремо розглянути положення ст. 51 ЦПК України стосовно переліку осіб, які не підлягають допиту як свідки. Цей перелік є вичерпним, але таке положення ніяк не сприяє реальному захисту прав людини у цивільному судочинстві.

Зокрема, до даного переліку не включені представники, які не є адвокатами (діяльність адвоката відноситься до діяльності осіб, які зазначені у п. 2 ч. 1 ст. 51 ЦПК — які за законом зобов'язані зберігати в таємниці відомості, довірені їм у зв'язку з їхнім професійним чи службовим становищем (відносно таких відомостей).

Таке процесуальне положення представників, що не є адвокатами, порушує не тільки права самих представників, а, в першу чергу, права, свободи та інтереси особи, яку він представляє, у судовому судочинстві, перешкоджає конфіденційності інформаційних відношень між представником та особи, яку він представляє, перешкоджає всебічному та ефективному здійсненню конституційного права кожного на правову допомогу ст. 59 Конституції України.

На нашу думку, доцільно додатково доповнити ст. 51 ЦПК України новим положенням, — включити до переліку осіб, які не підлягають допиту як свідки, представників, які не є адвокатами (відносно відомостей, що були довірені їм у зв'язку з представницькою діяльністю).

Заслуговує на увагу думка окремих юристів-практиків щодо введення до цивільного процесу нової форми судочинства — «проміжного рішення», яка дозволить «зробити цивільний процес дійсно змагальним; прискорити судову процедуру; зменшити навантаження на апеляційну та касаційну систему судів; зробити судову процедуру прозорою; забезпечити розвиток дійсно незалежної судової системи» [14, 90].

Введення до цивільного процесу проміжного судового рішення зробить дію принципу змагальності у цивільному процесі реальною та ефективною, — змагальність сторін починається відразу після відкриття провадження по справі без попередньої зустрічі з суддею.

Крім того, якщо сторони або одна із сторін не згідна з проміжним рішенням, то вони мають право після попереднього судового засідання направити до суду, який постановив таке рішення, заяву про незгоду з проміжним рішенням. Рішення вважається таким, що не вступило у законну силу, справа передається іншому судді цього ж суду, який повторно досліджує докази в повному обсязі, з технічною фіксацією судового процесу, ухвалення повного рішення, яке може бути оскаржено в загальному порядку.

Таким чином, одним з основних напрямків розвитку цивільного судочинства, спрямованого до захисту прав людини в Україні, є приближення української системи судочинства до основних стандартів, розроблених Європейським судом з прав людини, а саме вдосконалення конституційного положення про поширення юрисдикції судів на всі правовідносини, що виникають у державі (чітка правова регламентація критеріїв цивільної юрисдикції у ЦПК України), розробка гарантованою державою системи надання безкоштовної юридичної допомоги; розробка критеріїв «розумного процесуального строку» на базі стандартів Європейського суду, керуючись такими суб'єктивними факторами, як складність цивільного спору, поведження позивача й характер дій державних органів (зокрема, як судові влади розглядали цю справу).

Крім того, судова практика потребує вдосконалення правової регламентації справ, які розглядаються в порядку наказного провадження; доповнення глави 1 розділу V «Апеляційне провадження» та глави 2 розділу V «Касаційне провадження» положенням, закріплюючим право прокурора, який не брав участь у справі, до апеляційного або касаційного оскарження судового рішення.

Доцільно також включити до переліку осіб, які не підлягають допиту як свідки, представників, які не є адвокатами (відносно відомостей, що були довірені їм у зв'язку з представницькою діяльністю), — доповнити ст. 51 ЦПК України новим відповідним положенням.

### 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. Цивільний процесуальний кодекс України. — Х. : Ігвіні, 2009. — 176 с.
3. Гетманцев О. Цивільний процес як форма здійснення правосуддя // Наше право. — 2004. — № 1. — С. 75–83.
4. Проблемы науки гражданского процессуального права / под ред. В. В. Комарова. — Х. : Право, 2002. — 440 с.
5. Логінова С. Наказне провадження у цивільному судочинстві України // Право України. — 2006. — № 7. — С. 76–79.
6. Лусеник Д. Судовий наказ у цивільному судочинстві // Юридичний журнал. — 2007. — № 2. — С. 111–119.
7. Озерський І. В. Майбутні особливості представництва прокурора у цивільному судочинстві у світлі нового цивільного процесуального законодавства // Економіка, фінанси, право. — 2005. — № 6. — С. 19–22.

8. Сульженко Ю. Міжнародно-правові стандарти судового захисту прав людини в цивільному процесі України // Право України. — 2007. — № 10. — С. 27–31.
9. Тимченко Г. Участь прокурора у цивільному судочинстві // Прокуратура. Людина. Держава. — 2004. — № 6. — С. 93–101.
10. Цивільний процес України: проблеми і перспективи / за ред. С. Я. Фурси. — К.: Вид. Фурса С. Я.: КТН, 2006. — 448 с.
11. Цивільний процес України: підручник / за ред. Ю. С. Червоного. — К.: Істина, 2007. — 392 с.
12. Штефан М. Й. Цивільне процесуальне право України. Академічний курс / М. Й. Штефан. — К.: Ін Юре, 2005. — 624 с.
13. Ясинок М. М. Судовий наказ у цивільному судочинстві // Підприємництво, господарство і право. — 2004. — № 2. — С. 70–72.
14. Ясинок М. М. Сучасний погляд на розвиток цивільного процесу в Україні // Підприємництво, господарство і право. — 2006. — № 3. — С. 89–91.

### Анотація

*Ахмач Г. М. Захист прав людини у цивільному судочинстві. — Стаття.*

Стаття присвячена проблемним питанням розвитку цивільного процесу в Україні, вдосконаленню цивільного процесуального законодавства, спрямованого до захисту прав, свобод чи інтересів особи у цивільному судочинстві, виявленню відповідних проблем у судовій практиці, прогалин у чинному законодавстві та виробленню рекомендацій щодо його вдосконалення.

*Ключові слова:* цивільне судочинство, цивільний процес, захист прав, свобод чи інтересів, судова практика, законодавство, суд.

### Аннотация

*Ахмач Г. М. Защита прав человека в гражданском судопроизводстве. — Статья.*

Статья посвящена проблемным вопросам развития гражданского процесса в Украине, усовершенствованию гражданского процессуального законодательства, направленного на защиту прав, свобод и интересов лица в гражданском судопроизводстве, выявлению соответствующих проблем в судебной практике, пробелов в действующем законодательстве и выработке рекомендаций по его усовершенствованию.

*Ключевые слова:* гражданское судопроизводство, гражданский процесс, защита прав, свобод и интересов, судебная практика, законодательство, суд.

### Summary

*Akhmach G. M. Defence of Human Rights in the Civil Legal Proceeding. — Article.*

The article «Defence of human rights in the civil legal proceeding» is devoted to the problem questions of development of civil procedure in Ukraine, to the improvement of the civil judicial legislation, directed on defence of rights, freedoms and interests of person in the civil legal proceeding, to the exposure of the proper problems in the judicial practice, blanks in the active law and making of recommendations on its improvement.

*Keywords:* civil legal proceeding, civil procedure, defence of rights, freedoms and interests, judicial practice, legislation, court.



### ОСОБЕННОСТИ УЧАСТИЯ ТРЕТЬИХ ЛИЦ В СЕМЕЙНО-ПРАВОВЫХ СПОРАХ

Конституция Украины (ст. 124) предусматривает, что судебная защита распространяется на все правоотношения, которые возникают в государстве. В связи с этим повышается эффективность судебной защиты в гражданском процессе, что в равной мере относится и к третьим лицам, которые имеют специфический правовой статус.

Данный институт является одним из фундаментальных институтов гражданского процесса. Участие в судопроизводстве третьих лиц является одним из средств установления объективной истины по делу, средством осуществления права на защиту сторон и третьих лиц, средством экономии времени суда и лиц, участвующих в деле, средством предотвращения вынесения противоречивых решений по связанным между собой делам.

Немаловажное значение для надлежащего осуществления правосудия по гражданским делам имеет правильное применение на практике института третьих лиц.

Гражданское процессуальное право тесно взаимодействует с материальным правом. Оно служит формой принудительного осуществления гражданских, семейных, трудовых и других обязанностей. Характер правоотношений и интересов, служащих предметом судебного рассмотрения, определяет и процессуальные особенности конкретных дел, т.к. суд разрешает дело на основе норм материального права.

Интересным представляется вопрос об участии третьих лиц в семейно-правовых спорах. На практике участие третьих лиц в рассмотрении данной категории дел встречается довольно редко, что вызывает большие затруднения в применении данного института. По некоторым категориям дел вообще не возможно участие третьих лиц: «Учитывая особенности брачно-семейных правоотношений, в делах о расторжении брака не могут принимать участие третьи лица, предметом судебного рассмотрения не могут быть требования, касающиеся имущества, право на которое оспаривается в установленном порядке третьими лицами» [1, 338].

Рассматриваемый судом спор, в том числе и семейно-правовой, может быть в той или иной степени связан с правоотношением, субъектом которого является не участвующее в споре лицо. Поэтому решение суда может коснуться его материальных прав и обязанностей, повлиять на них или привести к такому положению, при котором они окажутся фактически нарушенными.

Естественно, что возможность вторжения последствий законной силы решения в материально-правовую сферу того или иного лица, не участвующего в разбирательстве дела, требует определенных гарантий охраны его прав и законных интересов. Такой гарантией является правило, согласно которому сила

судебного решения не распространяется на лиц, не участвующих в разбирательстве дела, если даже их интересы затрагиваются судебным решением [2]. Однако факт открытия судебного разбирательства в отношении предмета спора, по которому уже было вынесено решение, дает основания сомневаться в законности и обоснованности этого решения. В случае удовлетворения нового иска не всегда могут быть условия для реального исполнения по нему. Такие ситуации могут возникнуть, например, при установлении отцовства (ст. 128 СК) или материнства (ст. 131 СК). Такой гарантией является институт третьих лиц.

Третьи лица своей юридической заинтересованностью в известном значении близки к правовому положению сторон, но целью участия третьих лиц есть все же защита своих прав и законных интересов, отличных, как правило, от прав сторон, и в такой же степени независимых. Поэтому защита прав, отличных и независимых от прав сторон, — основная функция института третьих лиц [3].

Гражданский процессуальный кодекс Украины в зависимости от характера материально-правовой заинтересованности в исходе дела по спору между истцом и ответчиком (ст. ст. 34, 35 ГПК) различает две категории третьих лиц: заявляющих самостоятельные требования на предмет спора и не заявляющих самостоятельные требования на предмет спора. Третье лицо, заявляющее самостоятельные требования на предмет спора, считает себя субъектом спорного правоотношения, рассматриваемого судом по первоначальному иску; третье лицо, не заявляющее самостоятельные требования на предмет спора, напротив. В спор между сторонами не вступает, хотя имеет материально-правовой интерес к исходу дела. Этот интерес предопределяется тем, что данное лицо связано с одной из сторон материальным правоотношением [4].

Согласно ст. 34 ГПК Украины, третьи лица, заявляющие самостоятельные требования на предмет спора, могут вступить в дело до постановления судебного решения, предъявив иск к одной или обеим сторонам. Они пользуются всеми правами и несут все обязанности истца. Например, в дело о разделе имущества супругов может вступить третье лицо с самостоятельными требованиями на предмет спора. В данном случае предметом рассмотрения будут два правоотношения, вытекающих из различных отраслей права: семейные и гражданские.

В юридической литературе до сих пор спорным остается вопрос, что понимать под предметом спора сторон. Под предметом спора сторон следует понимать не материальный объект спора в самостоятельном значении или в правовой связи с направленным на него требованием, а спорные правоотношения между сторонами, а также между сторонами и третьим лицом. Так, в дело о лишении родительских прав одного из родителей по заявлению другого родителя может вступить опекун в качестве третьего лица, заявляющего самостоятельные требования на предмет спора, предъявив иск о лишении родительских прав обеих сторон. В данном случае предметом спора являются родительские права.

Самостоятельность требования третьего лица определяется прежде всего тем, что оно имеет свой предмет и свое основание.

В соответствии со ст. 35 ГПК Украины третьи лица, не заявляющие самостоятельных требований, могут вступить в дело на стороне истца или ответчика до постановления судом решения, если решение по делу может повлиять на их права или обязанности по отношению к одной из сторон.

В вопросе оснований участия третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований, еще очень много неясного как в теории, так и на практике. Общим основанием участия в процессе третьих лиц, не заявляющих самостоятельные требования на предмет спора, является их юридическая заинтересованность в материальных правоотношениях, входящих в сферу судебного рассмотрения. Конкретные основания такого участия и формы юридической заинтересованности по отдельным категориям дел достаточно разнообразны и имеют неоднозначное толкование.

Наиболее распространенным основанием участия третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований, является наличие регрессного обязательства. Как правило, подобные случаи участия третьих лиц встречаются чаще всего в гражданских и трудовых делах (дела о возмещении ущерба, возникающие из договорных и внедоговорных обязательств и т.п.).

Изучение судебной практики показывает, что в семейно-правовых спорах целью участия третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований на предмет спора, является чаще всего обеспечение иных (не регрессных) прав и интересов, главным образом имущественных. Это основание, в частности, вытекало из п. 17 постановления Пленума Верховного Суда Украины «О применении судами некоторых норм Кодекса о браке и семье Украины» от 12 июня 1998 г. № 16, согласно которому суд, разрешая дело о взыскании алиментов на несовершеннолетних детей, должен проверить, исполняет ли ответчик предусмотренную законом обязанность по содержанию детей и есть ли действительной причиной предъявления иска неисполнение этой обязанности, а не намерения в обход закона уменьшить размер алиментов, которые выплачиваются ответчиком на детей от другой матери, или размер отчисления из заработной платы в пользу других физических и юридических лиц [1, 347].

Ныне действующее Постановление Пленума Верховного Суда Украины № 3 от 15 мая 2006 г. «О применении судами некоторых норм Семейного кодекса Украины при рассмотрении дел, касающихся отцовства, материнства и взыскания алиментов» в п. 23 прямо указывает на необходимость привлечения в подобных ситуациях в качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, получателей алиментов [5].

Судебной практикой восприняты предложения, содержащиеся в процессуальной литературе относительно необходимости привлечения в качестве третьих лиц всех взыскателей по алиментным делам, а не только когда алименты взыскиваются на детей. Речь идет не о всех вообще лицах, которым причитаются с должника какие-либо суммы, а о взыскателях в процессуальном смысле слова, т.е. когда они являются держателями исполнительного листа и взыскание обращено на заработную плату или иные виды дохода ответчика [6, 122].

Участие третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относи-

тельно предмета спора, возможно также и в делах, вытекающих из неимущественных правоотношений. Так, в деле об оспаривании родительских прав родителей в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований на предмет спора, могут участвовать дедушка и бабушка ребенка, т.к. решением по делу могут быть затронуты их права.

Это основание называют вступлением (привлечением) третьих лиц в целях предотвращения нарушения своих прав.

И хотя допускается возможность уменьшения размеров алиментов по этим основаниям как в процессе рассмотрения иска о взыскании алиментов, так и после постановления решения о взыскании алиментов, думается, что гораздо выгоднее с точки зрения процессуальной экономии рассматривать оба требования в процессе о взыскании алиментов.

Необоснованной законодательно представляется сложившаяся практика привлечения по этим категориям дел в качестве третьего лица без самостоятельных требований самих родителей ребенка, в отношении которого уже выплачиваются алименты. В данном случае не учитываются материально-правовые связи, т.к. алиментные правоотношения существуют между родителями и детьми. Поэтому второй родитель может выступать в деле в качестве представителя третьего лица.

Судебной практикой оправданно сложилось правило, согласно которому если иск о лишении родительских прав предъявлен к одному из родителей, а истцом является не другой родитель, то суд должен выяснить место жительства другого родителя, привлечь его к участию в деле и обсудить вопрос о возможности передачи ребенка на воспитание этому другому родителю. Об этом говорилось еще в Постановлении Пленума Верховного Суда СССР «О практике применения судами законодательства при разрешении споров, связанных с воспитанием детей» от 7 декабря 1979 г. [7].

В данной ситуации нет единого мнения среди ученых-процессуалистов о правовом положении в деле второго родителя.

По мнению Л. В. Тумановой, практику привлечения второго родителя по делам о лишении родительских прав в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований, следует считать неоправданной, поскольку на третье лицо непосредственно не распространяется законная сила судебного решения. В этом случае суд решает вопрос о возможности передачи ребенка на воспитание второму родителю. Следовательно, такой родитель должен занять положение стороны в процессе [8].

В. Ю. Колобов полагает, что по этим делам второй родитель займет правовое положение третьего лица, заявляющего самостоятельные требования. Однако если требование о передаче ему ребенка на воспитание не будет заявлено, то есть все основания для привлечения его в процесс в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований на предмет спора, так как в этом случае изменится субъектный состав общего права на воспитание, если иск о лишении родительских прав будет удовлетворен [6, 113].

В данной ситуации очень важно определить процессуальный статус второго

родителя, т.к. от этого зависит и объем предоставляемых ему законом процессуальных прав и обязанностей.

Гражданский процессуальный закон широко трактует случаи участия в процессе третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований: всякое лицо, интерес которого зависит от разрешения дела в пользу одной из сторон, может заявить о своем желании принять в нем участие или может быть привлечен к участию в деле судом, по ходатайству лиц, участвующих в деле, и суда. Это внесло неясности в чисто практические вопросы применения ст. 35 ГПК Украины и даже вызвало трудности, поскольку «влияние» судебного решения на права и обязанности может быть как непосредственным, так и весьма отдаленным. Данное положение обусловило весьма расширительное толкование указанной нормы на практике.

### Литература

1. Про застосування судами деяких норм КоБС України : постанова Пленуму Верховного Суду України № 16 від 12 черв. 1998 р. // Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України в цивільних справах та з загальних питань. — Х. : Одісей, 2000.
2. Джалилов Д. Р. Лица, участвующие в гражданских делах искового производства / Д. Р. Джалилов. — Душанбе, 1965. — С. 20–21.
3. Комаров В. В. Треті особи / В. В. Комаров, П. І. Радченко // Цивільне процесуальне право України. — Х., 1992. — С. 83.
4. Шакарян М. С. Участие третьих лиц в советском гражданском процессе / М. С. Шакарян. — М., 1990. — С. 3–4.
5. Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів : постанова Пленуму Верховного Суду України № 3 від 15 трав. 2006 р. // Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України в цивільних справах та з загальних питань. 1963–2008 рр. — Вид. 5-те зі змін. та допов. — Х. : Одісей, 2009. — С. 430.
6. Колобов В. Ю. О критериях юридической заинтересованности граждан и организаций, участвующих в процессе в качестве третьих лиц без самостоятельных требований на предмет спора // Материально-правовые и процессуальные проблемы защиты субъективных прав : межвуз. темат. сб. — Ярославль, 1983.
7. О практике применения судами законодательства при разрешении споров, связанных с воспитанием детей : постановление пленума Верховного Суда СССР от 7 дек. 1979 г. // Бюллетень Верховного Суда СССР. — 1980. — № 1. — С. 30.
8. Туманова Л. В. Гражданское процессуальное законодательство : комментарий / Л. В. Туманова. — М., 1991. — С. 107.

### Анотація

*Голубцова Е. А.* Особливості участі третіх осіб у сімейно-правових спорах. — Стаття.

Стаття присвячена науковому аналізу процесуальних особливостей участі третіх осіб у сімейно-правових спорах, а також розгляду і вирішенню цивільних справ по спорах, що виникають з сімейно-правових відносин, за участю третіх осіб.

*Ключові слова:* треті особи; треті особи, які заявляють самостійні вимоги відносно предмета спору; треті особи, які не заявляють самостійні вимоги відносно предмета спору; розгляд і вирішення спору; сімейно-правові спори.

### Аннотация

*Голубцова Е. А.* Особенности участия третьих лиц в семейно-правовых спорах. — Статья.

Статья посвящена научному анализу процессуальных особенностей участия третьих лиц в се-

мейно-правовых спорах, а также рассмотрения и разрешения гражданских дел по спорам, вытекающим из семейно-правовых отношений, с участием третьих лиц.

*Ключевые слова:* третьи лица; третьи лица, заявляющие самостоятельные требования относительно предмета спора; третьи лица, не заявляющие самостоятельные требования относительно предмета спора; рассмотрение и разрешение спора, семейно-правовые споры.

### Summary

*Golubtsova E. A. Features of Participation of the Third Parties in Family-Legal Disputes. — Article.*

The article is devoted to scientific analysis of the procedural features of the third parties participation in family law disputes, as well as to the consideration and resolution of civil cases on disputes arising from family relations, with the participation of third parties.

*Keywords:* third parties, third party with proper claims concerning the matter of the dispute, third party without proper claims concerning the matter of the dispute, consideration and resolution of the dispute, family law disputes.

УДК 347.91/95

*Т. В. Зайвий*

## ПРАВОВА ПРИРОДА ВИДІВ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА У ЮРИДИЧНІЙ ЛІТЕРАТУРІ ТА ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ

Актуальність теми дослідження обумовлена концептуальними змінами у правовому регулюванні структури цивільного судочинства, що відбулися з прийняттям нового цивільного процесуального кодексу України [1] (далі — ЦПК України), який набув чинності з 1 вересня 2005 р. До цього часу правове регулювання цивільних процесуальних відносин та власне концепції видів цивільного судочинства в Україні здійснювалося відповідно до положень ЦПК 1963 р. Взагалі, у наукових колах питання природи існуючих у цивільному процесі проваджень набуло актуальності після кодифікації процесуального законодавства на початку 60-х рр. минулого століття.

Визначенню правової природи різних видів проваджень (видів цивільного судочинства) приділяли увагу у своїх працях спочатку П. Ф. Єлісейкін, А. О. Мельников, Д. М. Чечот, а згодом Н. А. Громошина, І. М. Зайцев, Г. Л. Осокіна, І. В. Удальцова, С. Я. Фурса, С. В. Щербак та інші вчені. Та оскільки предметом кожного дослідження виступав лише один вид провадження, тому сьогодні доцільно провести комплексне їх дослідження.

Метою написання статті було встановити обґрунтованість нормативного регулювання структури цивільного судочинства України. Досягнення зазначеної мети є можливим шляхом виконання наступних завдань: по-перше, визначення позиції законодавця щодо правової природи видів цивільного судочинства; по-друге, аналіз та систематизація поглядів вчених з того ж питання; по-третє, порівняльний аналіз нормативного та доктринального закріплення їх природи.

Ситуація, коли завданням законодавця є визначення тих особливостей ци-

вільних справ, що об'єктивно потребують видової диференціації судочинства, та найбільш оптимальних особливостей їх процесуального режиму розгляду та вирішення, на думку М. А. Алієскерова [2, 27], є ідеальним станом. Та ще раніше С. В. Васьковський вказував, що визначення провадження, за правилами якого повинна розглядатися та чи інша цивільна справа, має бути передана на розсуд законодавця, обґрунтовуючи свою позицію відсутністю теоретично обґрунтованого критерію, за яким однозначно можна було б розподілити справи між існуючими видами провадження [3, 267].

Завдання правової науки, у тому числі і науки цивільного процесу, полягає у наданні допомоги законодавцю як шляхом надання експертних висновків, так і шляхом безпосередньої критики вже діючих положень, тому правові висновки вчених є одним з орієнтирів доцільності та практичної необхідності вдосконалення нормативних актів. І хоча думка законодавця щодо правової природи видів проваджень буде остаточною та обов'язковою для виконання, оскільки не можна заперечувати сам факт існування конкретного виду цивільного судочинства, якщо він наділений суттєвими особливостями процедури, але досліджувати цю проблему все ж необхідно.

Нормативний підхід до визначення правової природи видів цивільного судочинства зафіксований у чинному ЦПК України (ст. 3), аналіз положень якого дозволяє дійти висновку, що український законодавець виконав покладене на нього завдання, тобто визначив цивільні справи, що мають бути застосовані особливі правила судового розгляду, тим самим підтвердивши правову значущість таких правил. Суттєві особливості процедури розгляду певних категорій цивільних справ дозволили виокремити з-поміж різноманітних видів проваджень саме види цивільного судочинства.

Так, визначаючи у ч. 1 ст. 15 ЦПК України коло цивільних справ, які можуть розглядатися судами загальної юрисдикції в порядку цивільного судочинства, законодавець у ч. 3 зазначеної статті встановлює три можливих види провадження, за правилами яких мають бути розглянуті зазначені цивільні справи. Вказані три види проваджень виключають один одного: по-перше, наявність «індивідуальних» переліків справ наказного (ст. 96 ЦПК України) та окремого провадження (ст. 243 ЦПК України); по-друге, виникнення спору виключає можливість розгляду цивільних справ за правилами вказаних видів провадження (відповідно п. 2 ч. 2 ст. 100 та ч. 6 ст. 235 ЦПК України), проте у заявника є право на подання позову на загальних підставах (відповідно ч. 2 ст. 101 та ч. 6 ст. 235 ЦПК України).

Отже, позиція українського законодавця у питанні визначення природи різноманітних проваджень проста і зрозуміла та полягає у наступному: існують три самостійні види цивільного судочинства — наказне, позовне та окреме провадження, правила яких викладені у самостійних розділах ЦПК України (відповідно, розділ II, III та IV).

В той же час встановлення доктринального визначення правової природи видів цивільного судочинства буде більш складним завданням, з огляду на часові та просторові характеристики предмета дослідження.

Правова природа позовного провадження не викликає жодних сумнівів: вчені визнають приналежність позовного провадження до категорії «вид цивільного судочинства», відзначаючи його універсальний характер та називаючи його основним видом цивільного судочинства [4, 225; 5, 205; 6, 25]. При цьому акцентується увага на включенні позовного провадження саме до класичної тріади видів цивільного судочинства, що представлена позовним провадженням, окремим провадженням та провадженням у справах, що виникають із адміністративно-правових відносин. Але, зважаючи на особливості судової системи нашої держави, зазначена тріада не знайшла повного відображення у ЦПК України.

Що ж до інших двох елементів структури цивільного судочинства, вказаних українським законодавцем, то з цього питання у науковій літературі провадяться певні дискусії. Питання природи наказного провадження в теорії цивільного процесуального права України не є достатньо розробленим, оскільки більшість українських вчених, з огляду на категоричну позицію законодавця, не бачить необхідності у дослідженні цього теоретичного питання, приділяючи увагу процесуальним проблемам наказного провадження, тому доцільно також звернути увагу на праці російських процесуалістів. Отже, у юридичній літературі сформовано кілька підходів до вирішення вказаної проблеми.

Так, наказне провадження називають самостійним видом цивільного судочинства. Зазначену точку зору та, відповідно, позицію законодавця поділяють В. І. Решетняк [7, 63], М. К. Треушніков [4, 35], М. Й. Штефан [5, 315] та інші процесуалісти. Інша група вчених акцентує увагу на спрощеному характері наказного провадження, тобто мова йде вже про спрощене судочинство. Прихильниками зазначеного підходу є Н. А. Чечина [8, 313]; С. Ф. Афанасьєв [9, 213]; С. І. Чернооченко [10, 25, 156] та інші вчені.

Компіляцією вищенаведених поглядів є запропонований І. М. Зайцевим підхід: вчений називає судовий наказ і самостійним, і спрощеним видом судочинства, спрямованим на захист суб'єктивного права, заснованого на безспірних документах [11, 26]. Зазначена думка знайшла певну підтримку серед вчених (А. А. Власов, Л. А. Прокудіна та ін.). Вказаний підхід є цікавим та заслуговує на існування за одного виправлення: судовий наказ — це документ, що видається судом, тому потрібно говорити про наказне провадження.

Виходячи з критерію визначення позову як родового поняття, Г. Л. Осокіна відносить наказне провадження до одного з самостійних видів цивільного судочинства (називаючи його документарним) [12, 73, 77]; та характеризуючи його процесуальну форму, автор визначає його як спрощену безспірну процедуру [13, 77].

Звісно, спрощений характер наказного провадження є вагомим ознакою, але вказує лише на специфіку його процедури, а не на правову природу. І в цьому випадку наказне провадження справді є спрощеним, оскільки з огляду на формальну безспірність вимог заявника (мається на увазі безспірність представленого доказового матеріалу) використання цивільної процесуальної форми у тому обсязі, що просліджується у позовному та навіть окремому прова-



дженнях, втрачає свою доцільність. Так, спрощений характер наказного провадження виявляється: 1) у одноособовому розгляді заяви суддею; 2) у розгляді справи на підставі письмових документів; 3) у видачі судового наказу без судового розгляду; 4) у відсутності позовної форми захисту права; 5) у відсутності судового доказування в повному обсязі; 6) у відсутності принципів диспозитивності та змагальності, судової істини, усності та безпосередності; 7) у скорочених строках видачі судового наказу тощо [14, 80].

Таким чином, визначення правової природи наказного провадження залежить від відповіді на запитання: наказне провадження є видом цивільного судочинства або має дещо іншу правову природу? Щодо останнього позитивно висловлюється ряд вчених. Так, Н. М. Масленікова визначає наказне провадження як діяльність, що здійснюється поза межами процесуальних проваджень, які передбачають дотримання загального регламенту судового захисту [15, 212–213]; Н. А. Громошина вважає доцільним розглядати наказне провадження у якості допроцесуальної, та водночас альтернативної процедури, яка здійснюється суддею з метою прискореного захисту порушених прав [16, 299]; С. В. Щербак вказує, що, оскільки застосування у наказному провадженні окремих положень судочинства не є недостатнім для визнання його саме видом цивільного судочинства, його потрібно вважати правовою процедурою, що має спрощений характер [14, 71, 74].

Дискусії щодо правової природи окремого провадження у теорії цивільного процесу спричинені використанням для визначення окремого провадження різноманітних процесуально-правових явищ: об'єкта судової діяльності, її мети, предмета окремого провадження тощо [17, 12], хоча більшість вчених все ж погоджуються із законодавцем у питанні визначення його правової природи [5, 433; 7, 279].

В юридичній літературі ще до прийняття чинного ЦПК України була висловлена думка про здійснення у окремому провадженні не правосуддя, а «судового управління», коли суд виконує нехарактерну для нього функцію встановлення тих чи інших обставин без розгляду спору про право у випадках, визначених законодавцем. Так, І. Удальцова зазначає, що окреме провадження виступає сурогатом судового процесу, оскільки ця діяльність суду за своїм змістом не має правосудного характеру, і саме у цьому полягає унікальність існування окремого провадження з точки зору його правової природи [18, 238].

Подібні погляди є розвитком концепції, сформованої ще у радянський період. Наприклад, П. Ф. Єлісейкін, визначаючи правосуддя як вирішення спорів щодо права, наполягав на тому, що непозовні провадження, у яких спори щодо права не вирішуються, є цивільним процесом лише за формою, оскільки за змістом окреме провадження — це «адміністративна діяльність» [19, 32]. Вчений відзначав, що позовне провадження є загальною процедурою; в той час як інші два види проваджень визначені законодавцем як додаткові.

З конструктивною критикою зазначеного розуміння непозовних проваджень виступав А. О. Мельников. Вчений зазначав, що, оскільки розгляд справ окремого провадження підпорядковується загальним правилам цивільної процесу-

альної форми з незначними виключеннями, які пояснюються особливостями предмету розгляду, то відсутні підстави для поділу справ, які розглядаються та вирішуються відповідно до одних й тих же принципів, на ті, що стосуються правосуддя, та ті, що його не стосуються [20, 13].

Аналіз сучасних досліджень правосуддя та правової природи окремого провадження дозволяє погодитися з позицією С. Я. Фурси щодо можливості віднесення тієї чи іншої діяльності до компетенції суду за умови, якщо вона пов'язана із захистом суб'єктивного права і охоронюваного законом інтересу, оскільки правосуддя — це особливим чином організована діяльність судів, що характеризується певними цілями, досягнення цієї мети забезпечується законодавством, яке регулює порядок здійснення правосуддя [21, 19].

Отже, систематизуючи погляди вчених щодо правової природи видів проваджень у цивільному судочинстві України, можна зробити висновок про безумовну приналежність позовного провадження до категорії «вид цивільного судочинства», а також про розподіл думок вчених щодо належності наказного та окремого проваджень до зазначеної категорії. Визначення правової природи наказного та окремого провадження потребує більш глибокого теоретичного дослідження понять «вид цивільного судочинства», «цивільна процесуальна форма» та «правосуддя», що неможливо у межах цієї статті.

Порівняльний аналіз нормативного та доктринального визначення правової природи видів цивільного судочинства надав можливість виявити певну невідповідність у позиціях вчених та українського законодавця щодо наказного та окремого провадження. Зазначена невідповідність пояснюється тим, що законодавець, розуміючи виключний характер таких правових процедур, як видача судового наказу (тобто наказне провадження) та підтвердження судом наявності або відсутності юридичних фактів (тобто окреме провадження) та керуючись міркуваннями найкращої організації охорони та захисту прав та інтересів учасників цивільних правовідносин, розповсюджує на зазначені правові процедури правовий режим виду цивільного судочинства.

### Література

1. Цивільний процесуальний кодекс України : затв. Законом України від 18 берез. 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 40–42. — Ст. 492.
2. Алискеров М. А. Виды гражданского судопроизводства и исполнительное производство // Государство и право. — 2008. — № 4. — С. 27–37.
3. Васильковский Е. В. Учебник гражданского процесса / Е. В. Васильковский ; под ред. и с пред. В. А. Томсинова. — М. : Зерцало, 2003. — 464 с.
4. Гражданский процесс : учеб. для вузов / под ред. М. К. Треушников. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Городец, 2007. — 783 с.
5. Штефан М. Й. Підручник для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / М. Й. Штефан. — К. : Ін Юре, 2005. — 624 с.
6. Цивільне процесуальне право України : навч. посіб. / С. С. Бичкова, В. І. Бобрик, І. О. Ізарова [та ін.] ; за заг. ред. С. С. Бичкової. — К. : Атіка, 2007. — 404 с.
7. Решетняк В. И. Заочное производство и судебный приказ в гражданском процессе / В. И. Решетняк, И. И. Черных. — М. : ГОРОДЕЦ, 1997. — 86 с.
8. Гражданский процесс : учебник / под ред. В. А. Мусина, Н. А. Чечиной, Д. М. Чечота. — М. : ПРОСПЕКТ, 2001. — 544 с.

9. Гражданский процесс России : учебник / под ред. М. А. Викут. — М. : ЮРИСТЪ, 2004. — 459 с.
10. Чернооченко С. І. Цивільний процес : навч. посіб. / С. І. Чернооченко. — К. : Центр навч. л-ри, 2005. — 472 с.
11. Викут М. А. Гражданский процесс России : учебник / М. А. Викут, И. М. Зайцев. — М., 1999. — 384 с.
12. Осокина Г. Л. Иск (теория и практика) / Г. Л. Осокина. — М. : Городец, 2000. — 192 с.
13. Осокина Г. Л. Курс гражданского судопроизводства России : учеб. пособие / Г. Л. Осокина. — Томск : Изд-во Том. ун-та, 2002. — 616 с.
14. Фурса С. Я. Цивільний процес України: проблеми і перспективи : наук.-практ. посіб. / С. Я. Фурса, С. В. Щербак, О. І. Євтушенко. — К. : Вид. Фурса С. Я. : КНТ, 2006. — 448 с.
15. Гражданский процесс : учеб. для вузов / В. П. Воложагин [и др.]; отв. ред. В. В. Ярков. — М. : БЕК, 2001. — 605 с.
16. Гражданское процессуальное право : учебник / С. А. Алехина, В. В. Блажесв [и др.]; под ред. М. С. Шакарян. — М. : Велби : Проспект, 2004. — 584 с.
17. Кайгородов В. Д. Процессуальные особенности судебного рассмотрения дел об установлении фактов, имеющих юридическое значение : учеб. пособие / В. Д. Кайгородов. — Свердловск, 1987. — 68 с.
18. Проблемы науки гражданского процессуального права / В. В. Комаров, В. А. Бигун, В. В. Баранкова ; под ред. В. В. Комарова. — Х. : Право, 2002. — 440 с.
19. Елисейкин П. Ф. Особенности судебного рассмотрения отдельных категорий гражданских дел / П. Ф. Елисейкин. — Ярославль, 1974. — 36 с.
20. Мельников А. А. Правосудие как предмет конституционного регулирования / А. А. Мельников. — М., 1972.
21. Фурса С. Я. Окреме провадження у цивільному процесі України : навч. посіб. / С. Я. Фурса. — К. : Полігр. центр Київ. ун-ту ім. Т. Шевченка, 1999.

### Анотація

*Зайвий Т. В.* Правова природа видів цивільного судочинства у юридичній літературі та законодавстві України: порівняльний аналіз. — Стаття.

У статті автор досліджує проблематику правової природи видів цивільного судочинства України шляхом визначення основних положень законодавства та найбільш поширених поглядів вчених. Аналізуючи нормативне та доктринальне вирішення цього питання, автор робить висновок про розповсюдження законодавцем правового режиму виду цивільного судочинства на наказне провадження та окреме провадження.

*Ключові слова:* вид цивільного судочинства, правова природа видів цивільного судочинства, спрощений характер наказного провадження, окреме провадження, позовне провадження.

### Аннотация

*Зайвий Т. В.* Правовая природа видов гражданского судопроизводства в юридической литературе и законодательстве Украины: сравнительный анализ. — Статья.

В статье автор исследует проблематику правовой природы видов гражданского судопроизводства Украины через определение основных положений законодательства и наиболее распространенных взглядов ученых. Анализируя нормативное и доктринальное изложение этого вопроса, автор приходит к выводу, что законодатель распространил правовой режим вида гражданского судопроизводства на приказное и особое производство.

*Ключевые слова:* вид гражданского судопроизводства, правовая природа видов гражданского судопроизводства, упрощенный характер приказного производства, особое производство, исковое производство.

### Summary

*Zayviy T. V.* The Legal Nature of Kinds of Civil Legal Proceedings in the Law Literature and the Legislation of Ukraine: the Comparative Analysis. — Article.

In article the author investigates a problematic of the legal nature of types of civil legal proceedings of Ukraine through definition of fundamental clauses of the legislation and the most widespread opinions of the scholars. The author analyses a description of this question in the legislation and doctrine and draws a conclusion that the juridical regime of the type of civil legal proceedings were extended to order and special proceedings by the legislator.

*Keywords:* type of civil proceedings, legal nature of types of civil legal proceedings, the simplified character of order proceeding, special proceeding, action proceeding.

### ПОРІВНЯЛЬНИЙ АСПЕКТ ПРИНЦИПІВ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА ІНШИХ ДЕРЖАВ

Аналізуючи різноманітні роботи і дослідження багатьох науковців у сфері цивільного процесу, можна з упевненістю говорити про те, що на сьогоднішній день не досягнуто єдиної думки з такого питання, як визначення поняття принципу цивільного процесу. У науці цивільного процесуального права користуються поняттями, визначеннями, категоріями, які розроблені за тривалий період часу в теорії цивільного процесуального права. До таких правових категорій належать принципи цивільного процесуального права.

У принципах, як у категорії загального знання, відображені політико-правові ідеї, погляди народу на право, як соціальну цінність. У них в концентрованому вигляді виявлена заінтересована воля народу наділити право такими якостями, які найбільш повно мали б можливість задовольняти його ідеї і погляди у визначенні основ організаційної побудови правосуддя в цивільних справах, процесуальної діяльності суду і правового становища учасників процесу.

Цивільне процесуальне право близького зарубіжжя побудовано на спільних нормативно-керівних засадах, які характеризують його зміст, основу та законності регульованих ним суспільних відносин у сфері цивільного судочинства. В зв'язку з цим система принципів цивільного процесуального права в основному збігається. Найвні відмінності стосуються конституційного чи галузевого їх закріплення. Так Конституція Російської Федерації закріпила принципи: здійснення правосуддя тільки судом (ст. 163); виборність суддів і народних засідателів (ст. 164); одноособовість і колегіальність розгляду справ (ст. 168); участь у судочинстві народних засідателів (ст. 166), при цьому питання про необхідність їх участі у розгляді конкретної справи вирішують особи, які беруть участь у справі; незалежність суддів, присяжних і народних засідателів та підкорення їх законів (ст. 167); рівність громадян перед законом і судом (ст. 34); гласність (ст. 169); недоторканність особистого життя громадян, таємниця листування, телефонних розмов, телеграфних й інших повідомлень (ст. 40); національної мови судочинства (ст. 171); змагальності (ст. 168) [1, 59].

Встановлена система конституційних принципів цивільного процесуального права Російської Федерації відрізняється за кількісним складом (менша) від системи принципів, закріплених Конституцією України, та має деякі особливості в змісті окремих принципів.

Законодавством про цивільне судочинство Російської Федерації закріплені принципи: диспозитивності, об'єктивної істини, усності, безпосередності, безперервності (за ЦПК України — відсутній), процесуальної рівноправності сторін.

Цивільний процесуальний кодекс Республіки Білорусь (прийнятий 11.01.1999 р.) (гл. 2) закріпив і визначив зміст таких принципів: здійснення правосуддя тільки судом (ст. 9); одноособовий і колегіальний розгляд цивіль-

них справ (ст. 10); незалежність суддів і підкорення їх тільки закону (ст. 11); рівність громадян перед законом і судом (ст. 12); повага гідності особи (ст. 13); право користування юридичною допомогою (ст. 14); роз'яснення судом учасникам цивільного судочинства їх прав і обов'язків (ст. 15); мова судочинства (ст. 16); гласність судового розгляду (ст. 17); диспозитивність (ст. 18); змагальність і рівність сторін (ст. 19); з'ясування судом дійсних обставин справи (ст. 20); вирішення справи на підставі законодавства Республіки Білорусь (ст. 21); нагляд вищестоящих судів за судовою діяльністю (ст. 22); прокурорський нагляд в цивільному судочинстві (ст. 23); обов'язковість судових постанов (ст. 24).

Концепція модельного Кодексу цивільного судочинства для держав — учасниць СНД поставила ефективність цивільного судочинства в залежність від оптимізації обсягу його функціональних принципів, чіткості їх трансформації у форму і зміст процесуальних правил чинних ЦПК країн СНД.

В інших іноземних країнах, за наявності широкої диференціації у законодавчому визначенні процесуального порядку судочинства в цивільних справах, спільним є наявність окремих загальних принципів, закріплених нормами національного законодавства, які забезпечують реалізацію завдань і досягнення мети цивільного судочинства.

Зупинимось на детальній характеристиці принципів цивільного процесу європейських країн, які входять до складу такого наддержавного утворення, як Європейський Союз. Принципи цивільного процесу держав — членів ЄС можливо розділити на дві групи: на уніфіковані принципи і на інші загальні основні принципи.

Саме відносно принципів цивільного процесу країн — членів ЄС можна стверджувати, що їх уніфікація відбулася. Однаковість основних процесуальних принципів в Європейському Союзі гарантується ст. 6 Європейської конвенції про права людини (далі — Конвенція). Дана стаття підлягає застосуванню на території всіх країн — членів ЄС, і закріплені в ній основні принципи цивільного процесу вже сприйняті національними законодавствами (часто обмежено). Згідно зі ст. 6 Конвенції кожен має право, при визначенні його цивільних прав і обов'язків, на справедливий публічний розгляд справи в розумний термін незалежним і неупередженим судом, створеним на підставі закону. Судове рішення оголошується публічно, проте преса і публіка можуть не допускатися на весь судовий розгляд або його частину з міркувань моралі, громадського порядку або суспільної безпеки в демократичному суспільстві, а також, якщо це потрібно в інтересах неповнолітніх, для захисту приватного життя сторін або — в тій мірі, якій це, на думку суду, абсолютно необхідно, — при особливих обставинах, коли гласність порушила б інтереси правосуддя [2, 155].

Отже, уніфіковані такі основні принципи цивільного процесу країн — членів ЄС: 1) принцип ефективності (доступності) судового захисту порушеного або оспорюваного права; 2) принцип справедливості; 3) принцип публічності (гласності); 4) принцип незалежності і безсторонності суду; 5) принцип розумності.

Тлумачення норм Конвенції про права людини здійснюється Європейським судом з прав людини (далі — Європейський суд) і не має прямої дії на тери-

торії Європейського Союзу (в тій мірі, як це притаманно Суду європейських співтовариств). Суд європейських співтовариств розширив компетенцію Співтовариства, включивши в неї вимогу дотримання національними законодавствами прав людини, що привело до часткового збігу і потенційного конфлікту між рішеннями, що виносяться двома судами, а також до появи проблеми юрисдикції в сфері тлумачення схожих або ідентичних правових норм, що відносяться до прав людини [3, 68].

Необхідно зазначити, що Україною зроблено ще один крок по наближенню до європейських стандартів судочинства з прийняттям 23 лютого 2006 року Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини». Цим Законом регулюються відносини, що виникають у зв'язку з обов'язком держави виконати рішення Європейського суду з прав людини у справах проти України; з необхідністю усунення причин порушення Україною конвенції про захист прав людини і основоположних свобод і протоколів до неї; з впровадженням в українське судочинство та адміністративну практику європейських стандартів з прав людини. У вказаному Законі також закріплюється порядок доступу до рішення, його виконання та застосування в Україні Конвенції та практики Європейського суду.

**Принцип доступності судового захисту.** Існують дві групи справ, по яких Європейська комісія і Європейський суд розглядають питання доступу в суд відповідно до п. 1 ст. 6 Конвенції. Перша група охоплює справи по оскарженню відмови в праві на звернення в суд, проведеного національними судами або органами адміністративної юстиції. До другої групи відносяться претензії, що полягають в тому, що при всій формальній доступності звернення в суд неможливе унаслідок обтяжливих витрат або складних процедур.

**Принцип справедливості.** Слід відмітити, що поняття справедливості в контексті ст.6 Конвенції є концепцією, що включає як положення, прямо згадані в нормі, так і інші елементи, що не містяться в даній статті, але що приймають чіткі контури на практиці. Оцінка справедливості швидше суб'єктивна, ніж об'єктивна. Право на справедливий судовий розгляд нерозривно пов'язане з правом на ефективне відновлення порушених прав і визнанням того факту, що найбільш ефективним органом, здатним забезпечити подібне відновлення, є суд. Тому ст. 6 Конвенції закріплює перш за все саме право на судовий захист і забезпечення доступу до правосуддя. В ст. 6 Конвенції встановлені обов'язкові форми судової процедури, що іменуються основоположними процесуальними гарантіями, що задовольняють уявлення про справедливий судовий розгляд. Процесуальні гарантії судового захисту прав громадян можуть розрізнятися залежно від характеру порушеного права, але перш за все цих вимог слід дотримуватись органу, який зветься судом.

**Принцип гласності (публічності).** За загальним правилом в цивільному процесі держав — членів ЄС розгляд і вирішення справ відбувається у відкритому засіданні суду. Конвенція допускає виключення з принципу гласності на користь збереження різного роду таємниці. Слухання справи в закритому засіданні допускається у випадках, передбачених в п. 1 ст. 6 Конвенції. Але,

національні суди мають певні дискреційні повноваження і можуть не приймати даного принципу, «якщо слухання при закритих дверях суперечить суспільним інтересам» [4, 49]. Також винятком з принципу гласності є можливість розгляду цивільних справ у закритому засіданні та неможливість брати участь у цивільному процесі по розгляду справ в апеляційному і касаційному порядку особам, які не є учасниками процесу. За англійським правом, закриті засідання встановлене у справах, в яких беруть участь діти, наприклад, свідками; коли справа стосується таємниць виробництва; коли публікація доказів, використаних під час розгляду справи, може нанести шкоду національним інтересам; коли розглядаються справи про визнання шлюбу недійсним внаслідок сексуальної неповноцінності сторони, коли, на думку судді, відкритий розгляд справи не сприятиме меті правосуддя [1, 60–61].

Стаття 6 Конвенції, регулюючи гласність судового розгляду, спеціально вказує на те, що «судове рішення оголошується публічно». Іншими словами, навіть якщо з міркувань моралі або національної безпеки суд не повинен допускати пресу і публіку на весь судовий розгляд або його частину, його результат повинен бути виголошений публічно. Слід зазначити, що вимога публічного оголошення судового рішення не повинна виключати його письмового оформлення, навіть якщо ця ухвала доводиться до відома як сторін, так і публіки.

Взагалі слухання у відкритих судових засіданнях, газетні звіти про судові процеси й інші прояви гласності розглядаються в іноземних країнах як важливі складові демократії.

**Принцип незалежності і безсторонності суду.** Судова практика по застосуванню ст. 6 Конвенції свідчить про те, що право на незалежний, створений на підставі закону, суд містить як об'єктивні, так і суб'єктивні елементи. Об'єктивні елементи носять, як правило, конституційний характер, передбачаючи розподіл гілок влади в рамках конституційних структур даної країни. Суб'єктивні елементи означають незалежність суду від сторін у справі.

Розподіл виконавчої і судової гілок влади особливо важливий для забезпечення основи незалежності судової системи, проте незалежність її функціонування вимагає додаткового уточнення. Вирішальне значення має, зрозуміло, становище суддів: якщо вони у будь-який час можуть бути звільнені урядом або іншими органами, то їх інституційна незалежність не є забезпеченою. Крім того, якщо суди або самі судді піддаються контролю або знаходяться під впливом посадових структур, то може мати місце порушення ст. 6 Конвенції. До чинників, що свідчать про наявність подібного контролю, відносяться умови оплати суддів, можливість отримання судами інструкцій від інших гілок влади або загроза переведення суддів на інші посади у випадку, якщо їх рішення не відповідають очікуванням або інструкціям.

**Принцип розумності.** Однією з найпоширеніших підстав для встановлення факту порушення ст. 6 Конвенції є те, що тривалість судового розгляду виходить за межі «розумного терміну». Зміст поняття «розумна тривалість» визначається характером самої справи. Період, про який йдеться в ст. 6 Конвенції, охоплює не тільки час до початку процесу, але і загальну тривалість

судового розгляду, включаючи можливе оскарження у вищому суді аж до Верховного Суду або іншого найвищого судового органу. Необхідно відмітити, що способи віддзеркалення уніфікованих принципів у судовій практиці окремих країн різні.

Розглядаючи другу групу принципів цивільного процесу держав Європейського Союзу, що не є уніфікованими, спочатку відзначимо, що основи цивільного процесу, будучи суто національними, відрізняються в різних країнах. Проте навіть в тих національних принципах, які не виражені в ст. 6 Європейської конвенції і не уніфіковані, можна виділити багато загальних рис.

До числа уніфікованих національних принципів цивільного процесу ЄС входить принцип автономії сторони. До нього слід віднести змагальну систему Англії і Уельсу, принцип автономії сторін Франції, Бельгії (*principle dispositif*), Нідерландів (*partij — autonomie beginsel*), Німеччини (*Dispositions — oder Parteiherrschaftsgrundsatz*). Принцип автономії сторони, що діє в цивільному процесі держав — членів Європейського Союзу, включає:

– право особи звернутися до суду за захистом (*volenti non fit injuria*), виражене формулами «ніхто не може бути примушений до пред'явлення позову проти своєї волі» (*nemo invitius agree cogitur*) і «немає судді без позивача» (*nemo iudex sine actore*). Про захист права судом має потурбуватися сама заінтересована особа (*vigilantibus jura scripta sunt* — лат.) — цивільні справи в суді порушуються за заявами заінтересованих осіб. Але з цього правила існують винятки: органи прокуратури (зокрема, Франції) можуть порушувати справи, якщо про це є пряма вказівка закону, а саме: про оголошення особи померлою (ст. 90 Цивільного кодексу Франції), про визнання шлюбу недійсним (ст. ст. 184, 190, 191), про передачу дітей на виховання одному з подружжя при розлученні (ст. 302), в інших випадках, передбачених нормами Цивільного кодексу. Прокурор також може, якщо вважає за доцільне, вступити в будь-яку справу між приватними особами і дати висновок, який є обов'язковим за вимогами, що стосуються осіб, котрі визнані відсутніми (ст. 114), у справах про позбавлення дієздатності або призначення радника (ст. 515);

право позивача на визначення розміру захисту необхідного від суду, що відповідає вислову «суд не повинен виходити за межі вимог сторін» (*iudex ne eat ultra petium, ultra petita non cognoscitur*); право позивача відмовитись від позову, мирне врегулювання спору з відповідачем, визнання його заперечень (якщо власник цивільного права може вільно розпоряджатися їм до процесу і поза процесом, то підстава позбавляти його такого ж вільного розпорядження під час процесу відсутня);

– право особи на розпоряджання певними процесуальними засобами; отже, наявність у нього прав оспорювати заперечення протилежної сторони або погодитися з ними, наводити докази, оскаржити судові рішення або підкоритися йому і т.д.

Таким чином, можна сказати, що принцип автономії сторони, який використовується в цивільному судочинстві держав — членів Європейського союзу, включає право розпорядження сторін, по-перше, об'єктом процесу, тобто тими



вимогами, які заявлені щодо даного права (*res in iudicium deelecta*), і по-друге, процесуальними засобами захисту або нападу.

Наступним неуніфікованим, але властивим цивільному процесу всіх держав Європейського Союзу (за деякими особливостями), є принцип контролю, єдності і розвитку права. Даний принцип одержав своє найменування з цивільного процесу Нідерландів. Тим часом в деяких країнах він називається інакше або взагалі не відноситься до принципів цивільного процесу.

У більшості держав Європейського Союзу найбільш доцільною визнана наявність системи, при якій цивільні справи розглядаються по суті двома судовими інстанціями. Третя інстанція перевіряє юридичну сторону рішень і тлумачить норми права. Перше положення прийнято іменувати принципом двох інстанцій, друге можна назвати принципом юридичної перевірки рішень, а принцип контролю, єдності і розвитку права тісно пов'язаний і з першим, і з другим положеннями.

Таким чином, в цивільному процесі всіх країн — членів ЄС існують способи перевірки судових ухвал, а отже, є наявним принцип єдності, контролю і розвитку права. Потрібно відзначити, що розвиток права на континенті показує велику його гнучкість в порівнянні з правом Англії і Уельсу. В даний час англійська доктрина обов'язкової сили прецеденту в поєднанні з відсутністю права на апеляцію, поза сумнівом, містить в собі небезпеку припинення розвитку цивільного процесу і піддається перегляду [5, 77–84].

Ще одним принципом виступає принцип безпосередності і концентрації судового матеріалу, за яким суд повинен безпосередньо знайомитись з усіма судовими матеріалами в справі і розглянути всі судові докази, а сторони зобов'язані подати до суду весь наявний матеріал по справі відразу, а не частинами, не створюючи для іншої сторони в процесі будь-яких штучних процесуальних труднощів чи несподіванок в судовому засіданні при розгляді справи по суті чи при розгляді справи в суді другої інстанції. В дійсності в правовому регулюванні цього принципу допускаються винятки. Вимога безпосередності не дотримується в апеляційній інстанції Франції, в якій свідки судом не допитуються, а суд знайомиться з їх показами, по протокольних записах. У цивільному процесі Англії адвокат, який виступає останнім, розкриває свою аргументацію, позбавляючи іншу сторону можливості її оспорити.

Принципом, загальним для цивільного процесу держав Європейського Союзу, виступає також принцип письмовості і усності.

Відомо, що в судочинстві у цивільних справах процесуальний матеріал надається суду і розробляється сторонами усно або письмово або ж частиною усно, частиною письмово. Проте національний законодавець має право зажадати, щоб сторони застосовували обов'язково тільки одну з цих форм. Можливо, звичайно, і одночасне застосування обох форм в різних поєднаннях.

Переходячи до розгляду наступного неуніфікованого, загального для цивільного процесу держав Європейського Союзу принципу, відзначимо, що в національних цивільно-процесуальних нормах більшості країн визнається обов'язок суду мотивувати ухвали, що виносяться. За винятком присяжних, від

яких не вимагається викладення мотивів їх вердиктів (рішень), суди зобов'язані в мотивах судових рішень обґрунтувати переконання, якими судді керувалися при оцінці доказів. При цьому вимагається така обґрунтованість оцінки доказів, щоб вона могла бути перевірена вищою судовою інстанцією. Але тільки в Бельгії і Нідерландах мотивованість визнана принципом цивільного процесу. Тим часом принцип мотивованості існує, наприклад, і у Франції. Крім того, в 1994 р. Європейський суд з прав людини, як наголошувалося, включив у ст. 6 Європейської конвенції про права людини обов'язок національних суддів мотивувати ухвали, що виносяться [3, 78]. У зв'язку з цим можливо стверджувати, що принцип мотивованості є одним з фундаментальних принципів для цивільного процесу держав, що приєдналися до Конвенції.

Таким чином, керуючись принципами, можливо оцінити діяльність суду, учасників процесу, оскільки їх діяльність повинна відповідати перш за все принципам. Одночасно вони є необхідною умовою вдосконалення діючого цивільного процесуального законодавства та діяльності судових органів.

#### Література

1. Штефан М. Й. Цивільний процес : підручник / М. Й. Штефан. — К., 2001.
2. Тимченко Г. П. Типи цивільного судочинства. Європейський досвід // Правова держава. — 2005. — Вип. 16.
3. Папкова О. Л. Принципы гражданского процесса в государствах — членах ЕС // Вестник Московского университета. Сер. 11. Право. — 2000. — № 3.
4. Право и практика Европейского суда по правам человека. Дополнение I. — 1992.
5. Кудрявцева Е. В. Реформа английского гражданского судопроизводства // Законодательство. — 2000. — № 1.

#### Анотація

*Ілюпол І. М.* Порівняльний аспект принципів цивільного процесуального права інших держав. — Стаття.

Стаття присвячена порівняльному аспекту конституційних принципів цивільного процесуального права України та інших держав.

*Ключові слова:* конституційні принципи, цивільно-процесуальне законодавство, неуніфікований принцип, мотивованість, систематизація принципів.

#### Анотация

*Илюпол И. М.* Сравнительный аспект принципов гражданского процессуального права других стран. — Статья.

Статья посвящена сравнительному аспекту конституционных принципов гражданского процессуального права Украины и других стран.

*Ключевые слова:* конституционные принципы, гражданско-процессуальное законодательство, неунифицированный принцип, мотивация, систематизация принципов.

#### Summary

*Iliopol I. M.* Comparative Aspect of Principles of the Civil Law of Procedure of Other Countries. — Article.

The article is devoted to the comparative aspect of the constitutional principles of civil proceedings law in Ukraine and other countries.

*Keywords:* constitutional principles, civil proceedings law, principle of non-unification, motivation, systematization of principles.

## ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ НОТАРІУСА У РОСІЙСЬКІЙ ФЕДЕРАЦІЇ

У статті досліджується чинне законодавство Російської Федерації про нотаріат щодо чіткого встановлення правового статусу нотаріуса.

Визначенням правового статусу нотаріуса у РФ займалися такі науковці, як О. Є. Кутафін, Л. А. Стешенко, Т. М. Шамба, І. В. Москаленко, В. В. Ярков, І. Г. Черемних, Г. Г. Черемних та інші.

На сучасному етапі розвитку правової системи Російської Федерації нотаріат не тільки бере участь у реалізації правоохоронної функції держави, забезпечує законність та правомірність дій учасників цивільного обороту, але й є достатньо економічним інститутом.

У Росії узаконений змішаний варіант організації нотаріальної діяльності відповідно до Основ законодавства РФ про нотаріат [1]. Цю подвійність неможливо оцінювати однозначно: занадто багато погроз, що ускладнюють розвиток законодавства про нотаріат елементами конкуренції й монополізму, непотрібними для нотаріальної діяльності [2].

Найбільш оптимальним уявляється все-таки варіант, що встановлює єдиний статус основного суб'єкта нотаріальної діяльності — нотаріуса, що припускає ліквідацію державних нотаріальних контор, відхід держави зі сфери нотаріального обслуговування із залишенням за собою функцій твердого контролю над його здійсненням. У той же час поспішних змін у цій сфері хотілося б уникнути — адже приватний нотаріат не створюється відразу. Приватних нотаріусів у Росії предосить, і вони, за свідченням проф. В. В. Яркова, уже скаржаться на перевищення пропозиції над попитом на ринку нотаріальних послуг [3, 3].

Але приватні нотаріуси всі разом ще не утворюють приватного нотаріату, як би того не хотілося окремим надмірно захопленим особам, готовим бачити в російському приватному нотаріаті втілення класичної моделі латинського нотаріату. Приватний нотаріат у Росії робить свої перші кроки, і очевидно, що сутність нотаріальної діяльності становлять зовсім не поповнення скарбниці й доходів нотаріусів, не інтер'єри нотаріальних контор і навіть не технічна їхня оснащеність, а вдосконалювання механізму реалізації цивільних прав і свобод, підвищення професійного й культурного рівня й доступності юридичного захисту, розширення юридичного обслуговування.

Реалізація публічного інтересу (зміст якого залежить від конкретно-історичних факторів, типу держави, розміщення політичних і соціальних сил у суспільстві) відбувається за допомогою діяльності державного апарата — сукупності державних органів, зв'язаних ієрархічною співвідпорядкованістю й привабливих необхідними організаційними й матеріальними засобами [4, 142; 5, 50, 281].

Орган держави — це відособлена частина державного апарата, наділена відповідною компетенцією для здійснення певної функції держави, що має відповідно до закону власну структуру (певним чином організовану групу людей) і органічно взаємодіюча з іншими частинами державного механізму [6, 99; 4, 161; 7, 100–101].

Ознаками державного органу, що відрізняють його від інших, недержавних, структур, є: виконання державним органом певних завдань і функцій держави; формування його з волі держави й здійснення їм своїх функцій від імені держави; виконання кожним державним органом строго певних, установлених у законодавчому порядку видів і форм діяльності; наявність у кожного державного органу юридично закріплених параметрів: організаційної структури, територіального масштабу діяльності, спеціального положення, що визначає його місце й роль у державному апараті, а також порядок його взаємин з іншими органами й організаціями; наділення державного органу повноваженнями державно-владного характеру [8; 4, 318–319].

Наявність державно-владних повноважень визнається основним, що конституює ознакою будь-якого державного органу, що відрізняють його від недержавних органів і організацій [9, 299].

У відповідності зі ст. 10 і 11 Конституції РФ [10] державна влада в Російській Федерації здійснюється на основі поділу на законодавчу, виконавчу й судову. Нотаріат не входить структурно в жодну з перерахованих галузей влади й не є організаційно державним органом.

Проте, усе більш широке визнання в науці теорії держави й права й у практиці державного будівництва одержує думка, відповідно до якої в окремих виняткових випадках недержавні структури й представники мають право по спеціальному дорученню держави здійснювати деякі функції держави.

Теорія можливості делегування окремих повноважень по здійсненню деяких державних функцій недержавним органам і організаціям одержала підтримку Конституційного Суду РФ. У Постанові від 19 травня 1998 р. [11] він указав, що «Конституція Російської Федерації не забороняє державі передавати окремі повноваження виконавчих органів влади недержавним організаціям, що беруть участь у виконанні функцій публічної влади».

Наявність публічного початку в правовій природі нотаріату деякими вченими зв'язується з тим, що засвідчені нотаріусами факти й документи здобувають офіційний підтверджений державою характер [12, 2].

Крім того, погоджування публічного початку в діяльності нотаріату з офіційним характером документів, засвідчених нотаріусом, переносить акцент у розгляді публічного змісту діяльності нотаріату із причини на наслідок: офіційний характер документа є лише результатом того, що вся діяльність нотаріуса є публічною [13, 20].

Приватний інтерес (інтерес конкретного індивіда) не повинен поглинатися інтересом публічним, а навпроти, повинен визначати зміст, зміст і застосування законів, діяльність усіх органів державної влади й недержавних органів і організацій. У відповідності до ст. 2 Конституції РФ права й волі людей є вищою

цінністю. Визнання, дотримання й захист прав і воль людини й громадянина — обов'язок держави. Даний обов'язок держава виконує за допомогою діяльності державних органів або шляхом делегування окремих повноважень недержавним органам і організаціям, таким як нотаріат.

Саме на нотаріат покладений обов'язок по захисту прав і законних інтересів громадян і юридичних осіб у приватноправовій сфері [14, 40].

Приватнопрактикуючий нотаріус обов'язково входить до складу колегіального органу — нотаріальної палати, що є необхідним принципом діяльності нотаріату латинського типу, тому що сприяє ефективності контролю над діяльністю нотаріусів, не обмежуючи при цьому принципів незалежності й неупередженості нотаріуса при здійсненні нотаріальних дій, оскільки нотаріальна палата не є органом держави, а являє собою некомерційне професійне самоврядне об'єднання, утворене на корпоративних початках.

Слід визнати, що якщо наявну рівність прав і обов'язків державних і приватнопрактикуючих нотаріусів доповнити вирівнюванням їх компетенції по здійсненню нотаріальних дій (а саме, позбавити нотаріусів, що працюють у державних нотаріальних конторах, виключного права на ведення спадкоємних справ), то можна прогнозувати значне підвищення ефективності діяльності приватнопрактикуючих нотаріусів у порівнянні з нотаріусами, що працюють у державних нотаріальних конторах.

### Література

1. Основы законодательства РФ о нотариате от 11.02.1993 г. № 4462-1.
2. Жан Доминик Матья. Нотариусы, журналисты и личная реклама. — Режим доступа: [http://www.notiss.ru/usring/pub.htm#\\_ftnl](http://www.notiss.ru/usring/pub.htm#_ftnl), § 29 ВНО; Schlüter M., Kmprenkötter H. Die Haftung des Notars. — Köln ; Berlin ; München : Heymann, 2004.
3. Ярко В. В. К проекту нового закона о нотариате // Нотариус. — 1999. — № 4. — С. 3–9.
4. Теория государства и права. Ч. 1 / под ред. А. Б. Венгерова. — М., 1996. — 256 с.
5. Общая теория государства и права / под ред. В. В. Лазарева. — М., 1997. — 472 с.
6. Теория государства и права : курс лекций / под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. — Саратов, 2001. — 662 с.
7. Хропанюк В. Н. Теория государства и права / В. Н. Хропанюк. — М., 1993. — 344 с.
8. Марченко М. Н. Теория государства и права / М. Н. Марченко. — М., 1996. — 432 с.
9. Государственное право Российской Федерации / под ред. О. Е. Кутафина. — М., 1996. — 584 с.
10. Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993 г.
11. Собрание законодательства РФ. — 1998. — № 22. — Ст. 2491.
12. Стешенко Л. А. Нотариат в Российской Федерации / Л. А. Стешенко, Т. М. Шамба. — М., 2001. — 416 с.
13. Москаленко И. В. Особенности правового статуса российского нотариата // Современное право. — 2006. — № 1. — С. 19–21.
14. Черемных И. Г. Сочетание публично-правовых и частноправовых аспектов в правовой природе института российского нотариата // Государство и право. — 2006. — № 3. — С. 37–45.

### Анотація

**Ільїна Ю. П.** Визначення правового статусу нотаріуса у Російській Федерації. — Стаття.

У статті досліджується чинне законодавство Російської Федерації про нотаріат щодо чіткого встановлення правового статусу нотаріуса. Правовий статус нотаріуса на сьогоднішній день чітко не визначений, він об'єднує в собі публічно-правовий і приватноправовий аспекти.

*Ключові слова:* нотаріат, державний нотаріус, публічно-правовий статус нотаріуса, приватнопрактикуючий нотаріус, приватноправовий статус нотаріуса.

### Аннотация

*Ильина Ю. П. Определение правового статуса нотариуса в Российской Федерации. — Статья.*

В статье исследуется действующее законодательство Российской Федерации о нотариате относительно четкого установления правового статуса нотариуса. Правовой статус нотариуса на сегодняшний день четко не определен, он объединяет в себе публично-правовой и частноправовой аспекты.

*Ключевые слова:* нотариус, государственный нотариус; публично-правовой статус нотариуса; частнопрактикующий нотариус; частноправовой статус нотариуса.

### Summary

*Irina Y. P. Determination of legal status of notary is in Russian Federation. — Article.*

In science of civil law of Russian Federation the special place is occupied by notariat. Legal status of notary to date expressly is not certain, he unites in itself public-legal and chastnopravovoy aspects.

*Keywords:* notary, state notary; public-legal status of notary; chastnopraktikuyuschiy notary; chastnopravovoy status of notary.

УДК 347.91/95:347.734:336.719.2

*Ю. Ю. Казаков*

## ПРОБЛЕМЫ РАСКРЫТИЯ ИНФОРМАЦИИ, СОДЕРЖАЩЕЙ БАНКОВСКУЮ ТАЙНУ

Банковская система в любой стране является важной составляющей хозяйственно-экономического механизма. С целью обеспечения ее стабильного и эффективного функционирования государство создает ряд гарантий банковской деятельности, значительное место среди которых занимает банковская тайна.

Сохранение банковской тайны, то есть конфиденциальность данных о денежных потоках и персональной информации контрагентов банка, является одной из первоочередных задач высшего руководства всех банковских структур. От надежности системы информационной безопасности банка и, в частности, четкости соблюдения правил работы с документами, содержащих банковскую тайну, зависит деловая репутация банка среди клиентов, уровень конкурентоспособности и устойчивости к рейдерским атакам со стороны других коммерческих банков [1, 344].

Вопрос обеспечения сохранения банковской тайны является предметом острых дискуссий как на законодательном уровне, так и среди непосредственных участников банковского рынка. В исследованиях ученых четко разграничены понятия коммерческой и банковской тайны, проанализирован перечень возможных случаев их раскрытия.

В Украине раскрытие банковской тайны как правомерное правовое действие может происходить исключительно на основаниях и в порядке, предусмотренных законом, согласно которому раскрытие банковской тайны осуще-

створяється непосредственно банками или на основании решения суда. Однако в законодательстве, регулирующем правовой порядок раскрытия банками информации, которая содержит банковскую тайну, имеет место некоторая несогласованность, противоречивость, что актуализирует изучение данных проблем.

Основными документами, гарантирующими тайну банковского счета, операций по счету и сведений о клиенте на Украине, являются ГК Украины [2, 356], Закон «О банках и банковской деятельности» от 7 декабря 2000 года и Правила хранения, защиты, использования и раскрытия банковской тайны, утвержденные постановлением Правления НБУ [5, № 267].

Банковской тайной, согласно статье 60 Закона Украины «О банках и банковской деятельности» (Закон о банках), является информация о деятельности и финансовом состоянии клиента, которая стала известна банку в процессе обслуживания клиента и взаимоотношений с ним или третьими лицами при предоставлении услуг банка и разглашение которой может причинить материальный или моральный ущерб клиенту [3, 30].

Перечень информации, составляющей банковскую тайну, определен ст. 60 Закона Украины «О банках и банковской деятельности»:

– сведения о банковских счетах клиентов, в том числе корреспондентские счета в НБУ;

– операции, осуществленные в интересах или по поручению клиента, заключенные им сделки;

– финансово-экономическое состояние клиентов;  
системы охраны банка и клиентов;

– информация об организационно-правовой структуре юридического лица — клиента, его руководителях и направлениях деятельности;

– сведения о коммерческой деятельности клиентов или коммерческой тайне любого проекта, изобретения, образцов продукции и другая коммерческая информация;

информация об отчетности по отдельному банку, за исключением той, которая подлежит опубликованию;

коды, используемые банками для защиты информации [4, 267].

Статьей 1076 ГК предусмотрено, что банк гарантирует тайну банковского счета, операций по счету и сведений о клиенте.

Сведения об операциях и счетах могут быть предоставлены только самим клиентам или их представителям. Другим лицам, в том числе органам государственной власти, их должностным и служебным лицам, такие сведения могут быть предоставлены исключительно в случаях и в порядке, установленных Законом «О банках и банковской деятельности».

Статья 61 Закона Украины «О банках и банковской деятельности» обязывает банки обеспечить сохранение банковской тайны путем:

1) ограничения круга лиц, имеющих доступ к информации, представляющей банковскую тайну;

2) организации специального делопроизводства с документами, содержащими банковскую тайну;

3) применения технических средств для предотвращения несанкционированного доступа к электронным и другим носителям информации;

4) отображения предостережений относительно сохранения банковской тайны и ответственности за ее разглашение в договорах и соглашениях между банком и клиентом.

Статья 62 Закона Украины «О банках и банковской деятельности» определяет, в каких случаях и на каких основаниях может быть раскрыта информация о юридических или физических лицах, составляющая банковскую тайну:

– на письменный запрос или по письменному разрешению собственника информации (в данном случае — заемщика);

– по письменному требованию суда или по решению суда;

– государственным органам, таким как прокуратура, СБУ, Министерство внутренних дел, Антимонопольный комитет Украины, налоговая служба — в отношении конкретного лица и за определенный промежуток времени;

– уполномоченному органу исполнительной власти по вопросам финансового мониторинга — относительно дополнительной информации об операции, ставшей предметом финансового мониторинга;

– органам государственной исполнительной службы — по письменному требованию относительно состояния счетов конкретного юридического лица или физического лица — субъекта предпринимательской деятельности [3, 30–60].

Банк в случае поступления письменного требования о предоставлении информации, содержащей банковскую тайну, обязан раскрыть эту информацию или дать мотивированный ответ о невозможности предоставления соответствующей информации на протяжении 10 рабочих дней со дня получения требования, если другие сроки не установлены законодательством Украины.

Действующее законодательство предусматривает ответственность за нарушение банковской тайны.

Часть 2 статьи 1076 ГК Украины предусматривает, что в случае разглашения банком сведений, которые составляют банковскую тайну, клиент имеет право требовать от банка возмещения причиненных убытков и морального вреда.

Закон о банках в части 10 статьи 62 устанавливает, что лица, виновные в нарушении порядка раскрытия и использования банковской тайны, несут ответственность в соответствии с законами Украины. Согласно статье 47 Закона Украины «Об информации», нарушение законодательства об информации влечет дисциплинарную, гражданско-правовую, административную или уголовную ответственность. Такая ответственность может наступать, в том числе, за «разглашение государственной или другой тайны, охраняемой законом, лицом, которое должно охранять такую тайну» [5, 650].

#### **Проблемы судебной практики**

В последнее время в банки часто поступают постановления суда о раскрытии банковской тайны.

При этом их форма не соответствует форме документа, в соответствии с которым может раскрываться банковская тайна, предусмотренной ст. 62 Закона Украины «О банках и банковской деятельности». В рамках возбужденных уголов-



ных дел по факту совершения преступления или в отношении должностных лиц предприятия сотрудники следственного органа иницируют в судах общей юрисдикции проведение такого следственного мероприятия, как выемка документов, подтверждающих движение денежных средств по счетам предприятия с указанием контрагентов предприятия, а также всех бухгалтерско-финансовых документов, находящихся в банковском учреждении, обслуживающем предприятие.

Существует практика, согласно которой суды выносят постановления о выемке вышеуказанных документов, связанных с движением денежных средств по счетам тех предприятий, в отношении которых не возбуждены уголовные дела и которые являются лишь контрагентами предприятий, проходящих по уголовным делам.

Аргументируя причины проведения выемки по предприятиям-контрагентам, суд в мотивировочной части постановления, как правило, отмечает, что предприятие-контрагент имело связь с предприятием, проходящим по уголовному делу, а это свидетельствует о преступной связи предприятия-контрагента, осуществляющего прикрытие незаконной деятельности.

Кроме того, судом принимаются постановления не просто о выемке документов, а о раскрытии банковской тайны, так как в соответствии со ст. 60 Закона Украины «О банках и банковской деятельности» движение по счету клиента, его финансово-экономическое состояние, информация об организационно-правовой структуре юридического лица — клиента и прочее является банковской тайной.

Таким образом, суд своим постановлением обязывает банковское учреждение раскрыть банковскую тайну, не учитывая при этом нормы ст. 62 Закона Украины «О банках и банковской деятельности», предусматривающие, что требование соответствующего государственного органа о получении информации, содержащей банковскую тайну, должно быть изложено на бланке государственного органа установленной формы и содержать предусмотренные этим Законом основания для получения соответствующей информации.

Постановления суда, получаемые банком, изложены не на бланке суда установленной формы и не содержат предусмотренных Законом «О банках и банковской деятельности» оснований для получения информации, содержащей банковскую тайну. Кроме того, суд выносит решения о производстве выемки документов, подтверждающих движение денежных средств по счетам с указанием всех контрагентов данных предприятий, что является банковской тайной таких контрагентов, о раскрытии которой не вынесено соответствующее решение суда [6, 650].

Также в последнее время участились случаи предоставления банкам для выполнения постановлений председателей апелляционных судов о раскрытии банковской тайны относительно клиентов банка по обращениям правоохранительных и контролирующих органов. При этом в качестве мотивации для раскрытия банковской тайны правоохранительным и контролирующим органам в постановлениях указываются формулировки типа «с целью расследования возможных фактов нарушения со стороны клиента», «с целью фиксирования фак-

тов нарушений» и т.п. К тому же постановления предусматривают предоставление информации о движении средств по счетам клиентов с расшифровкой контрагентов, их названия и кода ЕГРПОУ.

Пунктом 3.2 Правил № 267 определено, что банки обязаны выполнять письменные требования судов общей юрисдикции, а также принятые ими решения (постановления) о раскрытии информации, содержащей банковскую тайну, в порядке, установленном законодательством Украины [5, 256].

Согласно Закону Украины «О банках и банковской деятельности», информация относительно юридических и физических лиц, содержащая банковскую тайну, раскрывается банками по письменному требованию суда или по решению суда. При этом данная норма с точки зрения юридической науки является материальной [4, 62].

Процессуальной же нормой в данном случае является глава [3, 12], устанавливающая порядок рассмотрения судом в отдельном производстве дел о раскрытии банками информации, содержащей банковскую тайну относительно юридических и физических лиц. В частности, ст. 289 ГПК Украины определено, что дело о раскрытии банком информации, содержащей банковскую тайну, рассматривается в пятидневный срок со дня поступления заявления в закрытом судебном заседании с уведомлением заявителя, лица, относительно которого требуется раскрытие банковской тайны, и банка, а в случаях, когда дело рассматривается с целью охраны государственных интересов и национальной безопасности, — с уведомлением только заявителя.

То есть процессуальный порядок предусматривает участие банка и клиента в судебном заседании. Однако он не соблюдается при вынесении постановлений о раскрытии банковской тайны председателем апелляционного суда, поскольку при рассмотрении дела в заседании (если оно проводится) принимает участие только заявитель и председатель суда.

На практике бывают случаи, когда при рассмотрении дела о раскрытии банковской тайны в порядке главы ГПКУ [3, 12] в местном суде по иску Государственной налоговой инспекции к клиенту — юридическому лицу при наличии представителя этого лица в судебном заседании истцу отказывали в удовлетворении иска по причине необоснованности. Кроме того, как указано в резолютивной части постановлений, все постановления председателя апелляционного суда не подлежат обжалованию, в то время как, согласно статье ГПКУ [3, 290], лицо, относительно которого банк раскрывает банковскую тайну, или заявитель имеют право в пятидневный срок обжаловать принятое судом решение в апелляционном суде в установленном порядке.

Таким образом, дела отдельного производства о раскрытии банками информации, содержащей банковскую тайну относительно юридических и физических лиц, должны рассматриваться сначала местными судами, а не апелляционными. Таким образом, нарушается подведомственность рассмотрения дела, ведь обязательность судебного решения не лишает лиц, не принимавших участия в деле, возможности обратиться в суд, если принятым судебным решением нарушаются их права, свободы или интересы [3, 14].

Как считают специалисты, подобная практика раскрытия банковской тайны банком на основании такого рода постановлений может привести к потере со стороны клиентов доверия к банку как надежному хранителю банковской тайны и, как следствие, их оттоку из банковской системы. При таких обстоятельствах НБУ необходимо обратиться с запросом в Верховный Суд Украины относительно предоставления (в том числе апелляционным судам) разъяснения по данному вопросу [7, 37].

### Литература

1. Гетманцев Д. О. Банківське право України: підручник / Д. О. Гетманцев, Н. Г. Шукліна. — К.: ЦУЛ, 2007. — 344 с.
2. Гражданский кодекс Украины: принят Верховной Радой Украины 12 янв. 2003 г. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40-44. — Ст. 356.
3. Гражданский процессуальный кодекс Украины: принят 14 марта 2004 г. // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 40-41, 42. — Ст. 492.
4. О банках и банковской деятельности: Закон Украины от 7 дек. 2000 г. // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — №5-6. — Ст. 30.
5. Правила хранения, защиты, использования и раскрытия банковской тайны: утверждены постановлением Правления НБУ № 267 от 14 июля 2006 г. // Верховна Рада України: офіційний веб-сайт. — Режим доступа: <http://www.rada.gov.ua>.
6. Об информации: Закон Украины от 2 окт. 1992 г. // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 48. — Ст. 650.
7. Проскурня Т. Все тайны — в банке. Практика применения законодательства Украины относительно раскрытия информации, составляющей банковскую тайну // Юридическая практика. — 2006. — 23 янв.
8. Ниничук В. Угроза тайнственности банковской тайны. О правовых механизмах защиты банковской тайны и возможностях ее раскрытия // Юридическая практика. — 2007. — 25 сент.

### Анотація

**Казаків Ю. Ю.** Проблеми розкриття інформації, що містить банківську таємницю. — Стаття. У статті висвітлюються актуальні проблеми розкриття інформації, що містить банківську таємницю, і сучасні проблеми судової практики.

*Ключові слова:* банки, банківська система, банківська таємниця, конфіденційність, клієнти, НБУ, постанови суду.

### Анотация

**Казаків Ю. Ю.** Проблемы раскрытия информации, содержащей банковскую тайну. — Статья. В статье освещаются актуальные проблемы раскрытия информации, содержащей банковскую тайну, и современные проблемы судебной практики.

*Ключевые слова:* банки, банковская система, банковская тайна, конфиденциальность, клиенты, НБУ, постановления суда.

### Summary

**Kazakov Yu. Yu.** Problems of Disclosing of Tre Information Containing Bank Secret. — Article. The article highlights the urgent problems of disclosure of information containing bank secrecy, and contemporary problems of jurisprudence.

*Keywords:* banks, banking system, banking secrecy, confidentiality, clients, NBU, the court ruling.

### ЮРИДИЧНА ПРИРОДА ЦИВІЛЬНОГО ПОЗОВУ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

Незважаючи на те, що цивільний позов у кримінальному судочинстві має півторастарічну<sup>1</sup> історію і є доволі усталеним інститутом кримінального процесу, питання щодо його юридичної природи так і не отримало однозначного вирішення. Думки науковців з цього питання можуть бути зведені до двох прямо протилежних позицій. Згідно з першою з них, правила та принципи цивільного судочинства, пов'язані з відшкодуванням заподіяних збитків, не можна механічно «вживляти» у кримінальний процес, оскільки кожна з цих галузей права самостійна щодо свого предмета та методу регулювання [1]. Прибічники другої позиції вважають, що таке змішування норм двох галузей права у кримінальному судочинстві виправдано з точки зору доцільності, яку вони вбачають у «процесуальній економії» часу, пов'язаного з відшкодуванням збитків, заподіяних потерпілому злочинцем [2].

При цьому також зазначається, що «одночасний розгляд судом кримінальної справи й цивільного позову має низку суттєвих переваг, спрямованих на посилення захисту прав громадян та юридичних осіб, що зазнали шкоди від злочину, й більш швидке та повне її відшкодування, а саме: більш повно і всебічно розглядаються обставини справи, адже згідно зі ст. 64 КПК характер та розмір завданої злочинцем шкоди, а також розмір витрат, які понесли заклади охорони здоров'я на стаціонарне лікування потерпілого від злочину, є одними з обставин, що підлягають доказуванню в кримінальній справі; обов'язок доказування зазначених обставин, а також виявлення осіб, які несуть відповідальність за заподіяння шкоди, покладається на органи дізнання, слідчого та прокурора, які наділені значними повноваженнями та в розпорядженні яких є відповідні сили і засоби для здійснення цього; потерпілий від злочину звільняється від необхідності двічі брати участь у судовому розгляді, і відповідно, підлягати додатковим хвилюванням, викликаними дослідженням обставин скоєного злочину; свідки, перекладачі, експерти та інші особи звільняються від повторного виклику до суду; цивільний позивач та цивільний відповідач у кримінальній справі звільняються від сплати державного мита (ч. 5 ст. 28 КПК); неявка цивільного відповідача чи його представника до судового засідання не може бути підставою для відкладення розгляду цивільного позову в кримінальній справі; більшою мірою забезпечується виховне і попереджувальне значення кримінального судочинства, що сприяє найбільш ефективному впливу як на самого злочинця, попереджуючи можливість скоєння ним повторних злочинів, так і на інших осіб, сприяючи їх вихованню в дусі неухильного дотримання законів тощо; заощаджуються час і кошти завдяки усуненню дублювання в роботі судів, яке було б неминучим при окремому розгляді цивільного позову і кримінальної справи з одного і того ж факту вчиненого злочину» [3, 107].

Слід зазначити також, що у сучасній літературі здійснюються спроби синтезувати зазначені вище підходи. При цьому форма судочинства або наділяється статусом вирішального фактора при визначенні юридичної природи цивільного позову у кримінальній справі, або їй взагалі не надається принципового значення. Так, наприклад, автори підручника «Кримінально-процесуальне право України» за загальною редакцією проф. Ю.П. Аленіна вважають, що «цивільний позов у кримінальному процесі має подвійну правову природу: матеріальну і процесуальну. За матеріальною природою він є цивільним у широкому розумінні цього терміна, а за процесуальною — кримінально-процесуальним. Його матеріальна природа визначається галуззю матеріального права, норми якого регулюють спірні матеріально-правові відносини, що виникли між позивачем і відповідачем, з якого перший виводить свою вимогу до другого; процесуальна — процесуальною формою, за допомогою якої приводиться в дію матеріально-правова вимога позивача. Оскільки ж позов про відшкодування заподіяного злочином матеріального збитку пред'являється і розглядається в кримінальному процесі, то, природно, і процесуальна його природа може бути тільки кримінально-процесуальною» [3, 108].

Х. Рустамов, навпаки, закликаючи до боротьби з формалізмом у кримінальному процесі, зазначає, що вимагання скасувати вирок за одними лише формальними підставами веде до фетишизації форми. «Навіщо, — питає автор, — скасовувати справедливий за своєю суттю вирок через порушення форми судочинства, якщо достатньо винести з цього приводу окрему ухвалу» [4, 28–29]. Логічним завершенням такого ставлення до специфіки процесуальної форми є, на нашу думку, ідея про створення єдиного Великого судового кодексу України, проект якого у порядку законодавчої ініціативи був зареєстрований групою народних депутатів України у квітні 2003 р. П. Ф. Карпечкін, який всіляко підтримує ідею про створення судового права як самостійної галузі, хоча і зазначає, що такий кодифікований законодавчий акт повинен визначити особливості конституційного, кримінального, цивільного та адміністративного процесів [5, 10], все ж таки робить висновок, що ця галузь має комплексний характер, яка об'єднує у своєму складі норми як кримінального, так і цивільного права [5, 11]. «Їй будуть властиві особливий предмет правового регулювання — суспільні відносини у сфері конституційного, адміністративного, кримінального та цивільного судочинства; багатоманітність методів правового регулювання притаманна практично всім фундаментальним галузям національного права; спеціальний юридичний режим функціонування норм, який обумовлюється перевагою процесуальних норм над матеріальними; складна внутрішня система, обумовлена великою кількістю інститутів переважно процесуального характеру» [5, 12].

Ю. В. Курдубанов, аналізуючи у своєму дисертаційному дослідженні проблеми забезпечення прав цивільного позивача при розгляді кримінальних справ вже з позицій нового КПК Російської Федерації (введений в дію 1 липня 2002 р.), як і його попередники, теж приходять до висновку, що інститут цивільного позову у кримінальному процесі обумовлений не об'єктивними, а суб'єктивними

ми факторами, насамперед, міркуваннями доцільності [6, 34]. Як уявляється, саме на принципі доцільності базується і ідея про створення єдиного судового кодексу України.

Не вдаючись до полеміки з очевидних питань, услід за В. Бозровим зазначимо, що не доцільність застосування права, а саме право є найвищою істиною, та здійснимо спробу довести цю тезу.

Переважна більшість вчених, у тому числі і прибічників цивільного позову у кримінальному процесі, визначають кримінальне судочинство як діяльність органів дізнання, досудового слідства, прокурора і суду з порушення справи, досудового розслідування, судового розгляду, перегляду та виконання судових рішень, яка регулюється законом і спрямована на швидке і повне розкриття злочинів, викриття винних та забезпечення правильного застосування закону з тим, щоб кожний, хто вчинив злочин, був притягнутий до відповідальності і жоден невинний не був покараний [7, 16]. Не важко помітити, що в теоретичних висновках щодо змісту та призначення кримінального процесу мова йде лише про діяльність з розкриття злочинів та викриття винних у злочині і їх притягнення саме до кримінальної відповідальності. Про цивільно-правову чи будь-яку іншу відповідальність тут мова не йде. Однак, як відомо, з 1992 р. діючий КПК України серед завдань кримінального судочинства називає і охорону прав та законних інтересів фізичних і юридичних осіб, які брали у ньому участь (ст. 2 КПК). Поява цього положення була обумовлена об'єктивними факторами, насамперед, демократизацією суспільства та переорієнтуванням правової системи з визнанням найвищою соціальною цінністю людини, її прав та свобод, які і визначають зміст і спрямованість діяльності держави, а також міжнародно-правовими зобов'язаннями, які виникли внаслідок ратифікації Україною низки європейських конвенцій та рекомендацій (зокрема, «Про державну компенсацію шкоди жертвам насильницьких злочинів», «Про місце потерпілого у кримінальному та кримінально-процесуальному законодавстві», «Про допомогу жертвам злочинів та попередження віктимізації», Декларація ООН «Про основні принципи здійснення правосуддя для жертв злочинів та зловживання владою» та ін.). Обґрунтованість закріплення у КПК України пріоритету охорони прав і законних інтересів фізичних і юридичних осіб, які беруть участь у кримінальному процесі, не викликає жодних сумнівів. Але навряд чи є підстави стверджувати, що це є головним завданням кримінального судочинства, вирішення якого спрямовано, перш за все, на відшкодування шкоди, завданої потерпілому злочинцем, на чому наполягає Пленум Верховного суду України у п. 24 постанови від 2 липня 2004 р. «Про практику застосування судами законодавства, яким передбачені права потерпілих від злочинів».

Як і будь-якій іншій діяльності людини, кримінальному процесу притаманні такі категорії, як мета, завдання, функції, суб'єкти, засоби, спосіб, структура, форма, гарантії, терміни, витрати. Мета кримінального процесу — це бажаний результат провадження у кримінальній справі. Оскільки процес здійснюється в інтересах усіх його суб'єктів, його мету слід визначити як охо-

рону прав і законних інтересів фізичних і юридичних осіб, що беруть у ньому участь. Звідси випливає, що мета і завдання процесу — це різні категорії. І якщо зайняти позицію Пленуму Верховного Суду України, яка наведена вище, то, врешті-решт, доведеться визнати, що основною метою кримінального судочинства є відшкодування шкоди, завданої потерпілому. Такий підхід скидає злочин на рівень конфлікту приватного значення, незважаючи на те, що сучасне кримінально-процесуальне право розглядається як галузь публічного права, де використовується імперативне регулювання, тобто метод субординації. Неконтрольоване та безбережне проникнення приватноправових засад у кримінальне судочинство навряд чи є магістральним шляхом його розвитку. Окрема людина може пробачити злочинцю все. Але наскільки благородним є такий жест для окремої людини, настільки він непродуманий та небезпечний для держави, яка визначає в інтересах суспільства злочинність і караність діяння. Тому провідним принципом кримінального судочинства повинна залишатися публічність. А він, за умови існування цивільного позову у кримінальній справі, неминуче входить у разюче протиріччя з основним принципом цивільного процесу — принципом диспозитивності.

Ряд вчених-процесуалістів, підкреслюючи публічний характер цивільного позову у кримінальному процесі, вільно чи невільно, прямо чи опосередковано вимушені визнати непритаманність цього принципу для юридичної природи цивільно-правового спору. Підтвердженням того є неприпустимість у кримінальному процесі мирової угоди (за виключенням справ приватного обвинувачення), регресного позову, відшкодування упущеної вигоди, невизначеність критеріїв дієздатності цивільного позивача, часу подання форми позову, неврегульованість порядку оголошення у суді позовної заяви та форми закриття провадження тощо.

До того ж слід зазначити, що мета процесу — захист прав, свобод та інтересів фізичних і юридичних осіб — носить універсальний характер, оскільки проголошується і Кодексом адміністративного судочинства України (ст. 2), і Господарським процесуальним кодексом України (ст. 1), і Цивільним процесуальним кодексом України (ст. 1). Саме ЦПК України, на наш погляд, найбільш вдало вирішує проблему співвідношення мети та завдань процесу: завданнями цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави (ст. 1 ЦПК України).

Таким чином, проголошення метою кримінального судочинства охорони прав та законних інтересів осіб, що беруть у ньому участь, аж ніяк не перетворює його у судочинство цивільне та не обґрунтовує необхідність існування цивільного позову у кримінальній справі. Не змінює, на нашу думку, ситуацію і той факт (на нього найчастіше посилаються опоненти), що згідно зі ст. 64 КПК характер та розмір завданої злочинцем шкоди є однією з обставин, що підлягає доказуванню у кримінальній справі. Це цілком природно, оскільки наслідки злочину та причинний зв'язок між ними і дією чи бездіяльністю є обов'язко-

вими ознаками об'єктивної сторони у матеріальних складах і без їх встановлення правильна кваліфікація скоєного неможлива.

Існування інституту цивільного позову у кримінальному судочинстві суперечить і такому принципу останнього, як змагальність. Суть змагальності кримінального судочинства полягає: а) у розмежуванні основних кримінально-процесуальних функцій обвинувачення, захисту, вирішення справи і здійснення їх різними суб'єктами кримінального процесу; б) у рівності процесуально-правового статусу сторін судового розгляду: обвинувачення і захисту; в) в активному і незалежному становищі суду, якому винятково надається право ухвалювати рішення у справі [3, 85].

З позиції теорії процесуальних функцій при розгляді справи в суді функції обвинувачення, захисту і вирішення справи не можуть покладатися на один і той самий орган або на одну й ту саму посадову особу. У зв'язку з цим, дуже слушно уявляється пропозиція щодо закріплення у КПК норми, яка б забороняла наділяти один й той самий орган або одну й ту ж саму посадову особу різними процесуальними функціями [8, 30]. У той же час чинний КПК України наділяє суддю правом з власної ініціативи приймати заходи щодо забезпечення цивільного позову (п. 7 ч. 1 ст. 253) та вирішувати при постановленні вироку питання відшкодування збитків, заподіяних потерпілому, якщо цивільний позов не був заявлений (п. 7 ч. 1 ст. 324).

Пленум Верховного Суду України у п. 24 постанови від 2 липня 2004 року «Про практику застосування судами законодавства, яким передбачені права потерпілих від злочинів» особливо наполягає на тому, щоб суди гостро реагували на виявлені під час судового розгляду факти незабезпечення або несвоечасного забезпечення відповідними органами реального відшкодування шкоди, заподіяної потерпілому злочином і самі використовували надані їм законом повноваження з метою такого відшкодування.

Ці законодавчі положення та рекомендації Пленуму Верховного Суду України суперечать принципу розподілу функцій обвинувачення і захисту та відокремлення їх від розгляду справи по суті. Така ситуація не може не породити у суді певної тендеціозності, оскільки він знаходиться в умовах, коли вимушений брати на себе у процесі доведення цивільного позову функції обвинувачення (згідно з ст. 261 КПК України цивільний позивач належить до сторони обвинувачення). Слід погодитися з В. Бозровим, який зазначає, що в такий ситуації у підсудного виникає право на відвід судді, яке КПК не передбачено (ст. 56 КПК України), оскільки воно відторгається існуючим у кримінальному процесі порядком розгляду цивільного позову [8, 30].

Крім того, одночасно погіршується і становище потерпілого (цивільного позивача) у частині наданих йому законом прав щодо визначення ціни позову, надання додаткових доказів, заявлення клопотань, збільшення чи зменшення розміру позовних вимог тощо.

Існують й інші моменти у кримінально-процесуальній діяльності, які суперечать принципу змагальності та рівноправності сторін при розгляді цивільного позову. Зокрема, у ст. 263 КПК, що регламентує права підсудного, не має



згадки про те, розповсюджуються чи ні на нього права цивільного відповідача, передбачені ст. 51 КПК. Суворо дотримуючись вимог ст. 294 КПК, головуючий зобов'язаний роз'яснити підсудному лише ті права, які передбачені у ст. 263. Звідси випливає, що підсудний, до якого пред'явлений цивільний позов, на відміну від цивільного позивача, не повинен брати участь у судових дебатах, оскільки він не є цивільним відповідачем. Якщо ж обґрунтувати процесуальну тотожність підсудного і цивільного відповідача як єдиного суб'єкта кримінального процесу, то доведеться визнати, що права цивільного відповідача повинні автоматично ставати правами підсудного, а це повністю знімає проблему участі останнього у судових дебатах. Прибічники цієї позиції вважають можливим поширити на кримінальний процес правила ЦПК у тих випадках, коли у КПК відсутні норми, які регулюють порядок розгляду цивільних позовів (до речі, на цьому прямо наполягає Пленум Верховного Суду України у п. 5 постанови від 31 березня 1989 р., що діє у редакції від 12 грудня 1997 р. «Про практику застосування судами України законодавства про відшкодування матеріальної шкоди, заподіяної злочином, і стягнення безпідставно нажитого майна»). Але навіть подібна пропозиція неспроможна вирішити проблему у цілому, оскільки таке запозичення можливе лише за умови, якщо це не суперечить нормам КПК.

Так, згідно з ч. 1 ст. 50 КПК України цивільним позивачем визнається громадянин, підприємство, установа чи організація, які зазнали матеріальної шкоди від злочину і пред'явили вимогу про відшкодування збитків. Однак діюче цивільне законодавство передбачає обов'язкове відшкодування не тільки матеріальної, а й моральної шкоди, у тому числі заподіяної потерпілому злочином (ст. ст. 1167, 1168 ЦК України). У п. 17<sup>1</sup> постанови «Про судову практику у справах про відшкодування моральної (немайнової шкоди)» від 31 березня 1995 р. зі змінами від 27 лютого 2009 р. Пленум Верховного Суду України зазначає, що потерпілий, тобто особа, якій злочином заподіяно моральну шкоду (внаслідок посягання на здоров'я, честь, гідність, знищення майна, позбавлення годувальника тощо), має право пред'явити позов про її відшкодування у кримінальному процесі. У кримінальній справі вимоги про відшкодування моральної шкоди розглядаються і вирішуються судом за умови, що особу, якій її заподіяно, визнано в установленому законом порядку потерпілим та цивільним позивачем і що у справі є письмова заява, яка за змістом відповідає вимогам ст. 119 ЦПК України. Не важко помітити, що ця рекомендація Пленуму Верховного Суду України суперечить змісту ч. 1 ст. 50 КПК, де мова йде лише про матеріальну шкоду. У іншій постанові («Про практику застосування судами законодавства, яким передбачені права потерпілих від злочинів» від 2 липня 2004 р.) Пленум Верховного Суду України вказує, що особа, якій заподіяно шкоду і яка пред'явила вимогу про її відшкодування, визнається одночасно потерпілим та цивільним позивачем. Їй забезпечуються всі передбачені законом права як потерпілого, так і цивільного позивача (п. 7).

Навіть якщо припустити, що тут, всупереч діючому КПК, мається на увазі як матеріальна, так і моральна шкода, все ж таки доведеться визнати, що поза

увагою законодавця залишаються інтереси юридичних осіб, яким заподіяно моральну шкоду злочинном, оскільки на відміну, наприклад, від КПК РФ КПК України визнає потерпілим тільки фізичну особу (ст. 49). Таким чином, юридична особа, якій заподіяно моральну шкоду (втрати немайнового характеру, що настали у зв'язку з приниженням її ділової репутації, посяганням на фірмове найменування, товарний знак, виробничу марку, розголошення комерційної таємниці, а також вчиненням дій, спрямованих на зниження престижу чи довіри до її діяльності), не може бути визнана ані потерпілою, ані цивільним позивачем.

У КПК немає норм, які б регламентували порядок оголошення позову, поєднання функцій цивільного позивача і цивільного відповідача з функцією свідка у кримінальній справі, черговість виступу у дебатах цивільного позивача і цивільного відповідача, визначали б усну чи письмову форму розгляду цивільного позову у судовому слідстві. Слід цілком погодитися з І. Л. Петрухіним, який вважає, що механічне перенесення норм цивільного процесу у кримінальний процес буде суперечить таким принципам, як право підсудного на захист, свобода оскарження вироку та неприпустимість повороту до гіршого для підсудного, який оскаржив вирок [9, 149]. Проте у сучасній кримінально-процесуальній літературі пропонується не тільки широко використовувати норми ЦПК при розгляді цивільного позову у кримінальній справі, а й запозичити та закріпити у КПК інші способи захисту цивільних прав та інтересів судом, які передбачені ст. 16 Цивільного кодексу України [6, 43]. Наслідки реалізації такої пропозиції передбачити не складно.

При вирішенні питання щодо юридичної природи цивільного позову у кримінальному процесі слід звернути увагу ще на одну обставину. Відомо, що позиція потерпілого має суттєве, а подекуди (у справах приватного обвинувачення) і вирішальне значення при визначенні винному міри покарання. Таким чином, визнання або невизнання підсудним позовних вимог автоматично формує позицію потерпілого.

Інакше кажучи, підсудний, побоючись негативного ставлення до нього з боку потерпілого, вимушений у частині цивільного позову жертвувати своїми цивільно-правовими процесуальними інтересами. Такий процесуальний гніт повністю ліквідує одну з головних умов змагальності — рівноправність сторін, а разом з нею і саму змагальність.

Прибічники зберігання інституту цивільного позову у кримінальному судочинстві при обґрунтуванні своєї позиції, як правило, посилаються на високу оцінку цього інституту з боку засновників вітчизняної теорії кримінального процесу [6, 40–41]. Тому не зайвим буде привести позицію одного з них, проф. І. Я. Фойницького, який, порівнюючи німецьке та англійське законодавство, де існування поєданого процесу не допускалося з французьким (положення якого були запозичені вітчизняним законодавством), зазначав таке (мовою оригіналу): «Обращаясь к оценке этих двух систем, нельзя не указать, что французская система: 1) соединяет порядки глубоко различные между собою, вследствие чего один из них, имеющий значение добавочное (гражданский иск),

неминуемо подчиняється другому — главному; 2) дает почву нелепым, обременяющим уголовное правосудие обвинениям, измышляемым с той единственной целью, чтобы открыть потерпевшему доступ в уголовный суд и тем избежать трудностей процесса в порядке гражданского; 3) участие, открываемое в уголовном процессе лицу, которое объявляется не имеющим права голоса в уголовном преследовании, создает в высшей степени ненормальные положения в процессе обжалования. Так, при отмене в кассационном порядке оправдательного приговора уголовного суда по жалобе только гражданского истца наказание обвиняемому назначено быть не может, а между тем суд, которому передано дело, должен снова привлечь обвиняемого на скамью подсудимых, пригласить прокурора, присяжных заседателей и разрешать вопрос о виновности» [10, 75].

Підсумовуючи викладене, слід, на нашу думку, зазначити, що є всі підстави констатувати явну наукову та процесуальну суперечливість цивільного позову у кримінальному судочинстві. Він має виключно цивільно-процесуальну природу, у зв'язку з чим цей інститут у КПК України повинен бути скасований.

#### Примітка

1. Право особи, що потерпіла від злочину чи проступку, на звернення до суду з заявою про винагороду під час провадження у кримінальній справі (за умови, що особа не користувалася правами приватного обвинувача) передбачалося ще Статутом кримінального судочинства 1864 р. Ця особа визнавалася цивільним позивачем. Можливість застосування позовної форми захисту порушеного цивільного права у кримінальному процесі закріплювало і кримінально-процесуальне законодавство, що діяло за радянських часів (КПК союзних республік та Основи кримінального судочинства СРСР 1958 р.). Норми, які регулюють інститут цивільного позову у кримінальному судочинстві, містить і чинний КПК України.

#### Література

1. Кузнецова Н. В. Проблемы компенсации морального вреда в уголовном процессе. — Ижевск, 1999; Нарыжный С. В. Компенсация морального вреда в уголовном судопроизводстве России. — М.; СПб., 2001; Эрделевский А. М. Компенсация морального вреда в России и за рубежом. — М., 1997.
2. Горобец В. Особенности рассмотрения гражданского иска в уголовном процессе // Российская юстиция. — 2001. — № 1; Лившиц Ю. Назначение института гражданского иска в уголовном процессе / Ю. Лившиц, А. Тимошенко // Российская юстиция. — 2002. — № 6.
3. Кримінально-процесуальне право України: підручник / за заг. ред. Ю. П. Аленіна. — Х.: Одіссей, 2009.
4. Рустамов Х. У. Уголовный процесс / Х. У. Рустамов. — М., 1998.
5. Карпечкин П. Ф. Судова реформа в Україні: проблеми систематизації судового законодавства та формування судового права // Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2003. — № 8.
6. Курдубанов Ю. В. Обеспечение прав гражданского истца при рассмотрении уголовных дел судами: дис. ... канд. юрид. наук / Ю. В. Курдубанов. — М., 2002.
7. Лобайко Л. Н. Уголовно-процесуальное право: учеб. пособие: курс лекций / Л. Н. Лобайко. — Изд. 2-е. — Х.: Одиссей, 2008.
8. Бозров В. Гражданский иск в уголовном процессе неуместен // Российская юстиция. — 2001. — № 5.
9. Петрухин И. Л. Вправе ли кассационная инстанция изменить сумму гражданского иска по уголовному делу? // Советское государство и право. — 1966. — № 10.
10. Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. 2 / И. Я. Фойницкий. — СПб., 1996.

### Анотація

*Можаровська К. В.* Юридична природа цивільного позову у кримінальному судочинстві. — Стаття.

У статті аналізується низка проблем цивільно-процесуального характеру, що виникають під час розгляду судами справ про відшкодування матеріальної та моральної шкоди, завданої злочинном. Робиться висновок про неможливість належного забезпечення прав та інтересів сторін цивільно-правового спору у кримінальному процесі, а також про суперечливість пропозиції щодо широкого запозичення у цих випадках норм цивільно-процесуального законодавства таким принципам кримінального судочинства, як публічність та змагальність. У підсумку констатується, що позов має виключно цивільно-процесуальну природу, та пропонується скасувати відповідні положення у кримінально-процесуальному законодавстві України.

*Ключові слова:* позов, кримінальне судочинство, цивільне судочинство, публічність, змагальність, юридична природа.

### Аннотация

*Можаровская Е. В.* Юридическая природа гражданского иска в уголовном судопроизводстве. — Статья.

В статье анализируется ряд проблем гражданско-процессуального характера, возникающих во время рассмотрения судами дел о возмещении материального и морального вреда, причиненного преступлением. Делается вывод о невозможности надлежащего обеспечения прав и интересов сторон гражданско-правового спора в уголовном процессе, а также о противоречивости предложения широкого заимствования в таких случаях норм гражданско-процессуального законодательства таким принципам уголовного судопроизводства, как публичность и состязательность. В итоге констатируется всецело гражданско-правовая природа иска и предлагается исключить соответствующее положение из уголовно-процессуального законодательства Украины.

*Ключевые слова:* иск, уголовное судопроизводство, гражданское судопроизводство, публичность, состязательность, юридическая природа.

### Summary

*Mozharovska K.* The Legal Nature of the Civil Suit in Criminal Legal Proceedings. — Article.

In article a number of problems of the civil procedure character arising during consideration by courts of affairs about compensation of material and moral harm, caused by a crime is analyzed. The conclusion about impossibility of appropriate ensuring of the rights and interests of the parties of civil-law dispute in criminal trial, and also about antinomy of the offer of wide loan in such cases of norms of the civil procedure legislation to such principles of criminal legal proceedings as publicity and competitiveness becomes. As a result entirely civil-law nature of the claim is ascertained and it is offered to exclude corresponding position from the criminal procedure legislation of Ukraine.

*Keywords:* the claim, criminal legal proceedings, civil legal proceedings, publicity, competitiveness, the legal nature.

УДК 347.91/95(477).001.11

*Ю. В. Неклеса*

## ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРИНЦИПІВ ЗМАГАЛЬНОСТІ Й ДИСПОЗИТИВНОСТІ

В останні кілька десятиліть принципи цивільного процесу піддавалися серйозним змінам, які привели до зміни всього цивільного процесуального законодавства. У діючому ЦПК України принципи змагальності й диспозитивності

© Ю. В. Неклеса, 2010

одержали подальший розвиток. У ньому було запроваджено чимало нових, оновлених і раніше існуючих правових норм, що становлять зміст розглянутих принципів, з'явилися нові інститути, покликані розвинути їхній зміст. Наскільки обґрунтовані такі зміни в законодавстві і які питання реалізації зазначених принципів залишилися невирішеними, спробуємо висвітлити в рамках цього дослідження.

До позитивних моментів розвитку принципу диспозитивності в ЦПК України можна віднести: розширення розпорядницьких повноважень сторін, представника в цивільному процесі, розширення кола осіб, що мають право порушувати провадження в апеляційній і касаційній інстанціях тощо.

Однак головним у реалізації диспозитивності, на чому б хотілося зупинити свою увагу, є те, що попередній ЦПК 1963 року, обмежуючи розглянутий принцип, надавав суду широке право вийти за межі заявлених позивачем вимог. В 2001 році в результаті внесених у ЦПК змін, спрямованих на розширення принципу диспозитивності, можливість судового розсуду у вирішенні питання про право виходу суду за межі заявлених позивачем вимог була обмежена й встановлено, що суд розглядає цивільні справи в межах заявлених вимог і на підставі наданих сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі, доказів (ст. 15-1). Однак право суду присудити за своїм розсудом позивачеві більше, ніж він просив, усе ще зберігалося (ст. 66) [1].

Згідно з новим ЦПК такого права в суду немає й судовий розсуд у вирішенні цього питання повністю скасовано, що свідчить про подальше й значне розширення принципу диспозитивності й обмеження в цій сфері повноважень суду.

У той же час необхідно зазначити, що деякі процесуалісти вважають все-таки можливим застосування, як виключення із принципу диспозитивності процесуального права, норм матеріального права, що встановлюють можливість суду зменшити розмір позовних вимог і змінити предмет позову за власною ініціативою (ч. 3 ст. 551, ст. 616, ч. 4 ст. 1193 ЦК України, ч. 2 ст. 166 СК України).

У цьому зв'язку слід звернути увагу на ті суперечності, які можуть виникати у судовій практиці.

Так, ч. 3 ст. 551 ЦК України [2] дозволяє суду за власною ініціативою прийняти рішення про зменшення розміру неустойки, якщо він значно перевищує розмір збитків, та за наявності інших обставин, які мають істотне значення. Дуже часто на практиці судді використовують цю норму, зокрема посилаючись на те, що розмір неустойки значно перевищує розмір заподіяних невиконанням зобов'язання збитків.

Типовими є такі приклади рішень. Позивач звернувся до суду з позовною заявою, якою просить стягнути з відповідача борг по договору позики та неустойку в загальній сумі 112 035 грн. З'ясувавши обставини спору, дослідивши письмові матеріали та пояснення в суді сторін, суд дійшов висновку про задоволення заявлених вимог частково. При розгляді цієї справи суд, керуючись суддівським розсудом, знизив суму стягнення до 11 640 грн на підставі ч. 3 ст. 551 ЦК України [3].

У наступній справі позивач звернувся до суду із позовом про стягнення боргу згідно з договором купівлі-продажу. Просить стягнути із відповідача на його користь 477 грн боргу за товар та 1751 грн 18 коп. штрафних санкцій. Розглянувши матеріали справи, заслухавши сторони, суд, посилаючись на те, що позивач не надав доказів про розмір понесених ним збитків, вважає що позов підлягає частковому задоволенню. Згідно з ч. 3 ст. 551 ЦК України суд зменшує розмір неустойки до 477 грн, тобто суми, яка не перевищує розмір простроченого платежу [4]. Подібні рішення у судовій практиці неодинокі [5].

Однак, на нашу думку, це суперечить основам процесуального законодавства України, а зокрема, положенням принципу диспозитивності. Про це свідчить і судова практика.

Так, у рішенні від 14 жовтня 2009 р. апеляційний суд Чернігівської області відмітив такі факти.

Особа 1 звернулася до Деснянського районного суду м. Чернігова з позовом до фізичної особи — підприємця (Особа 2) про захист прав споживача, стягнення коштів в сумі 2000 грн, пені — 1940 грн та моральної шкоди. Рішенням суду першої інстанції від 8 липня 2009 р. заявлені вимоги задоволені частково. При розгляді цієї справи суд першої інстанції, керуючись ч. 3 ст. 551 ЦК України, знизив суму пені до 500 грн. Застосування зниження суми пені було здійснене судом за власною ініціативою, за відсутності клопотання Особи 1.

Не погодившись із прийнятим судовим рішенням у частині зниження суми пені, Особа 1 звернулася до апеляційного суду Чернігівської області з апеляційною скаргою, в якій просила зазначене рішення суду в частині вирішення позовних вимог про стягнення пені змінити, тому що вважала, що підстав для їхнього зменшення не було, оскільки розмір неустойки не перевищує розмір збитків, і інші обставини, які мають істотне значення для її зменшення, у справі відсутні.

Апеляційний суд, керуючись абз. 3 п. 20 постанови Пленуму Верховного Суду України № 05 від 12 квітня 1996 року з наступними змінами «Про практику розгляду цивільних справ за позовами про захист прав споживачів», вважає, що суд вправі зменшити розмір неустойки (штрафу, пені), що підлягає стягненню, враховуючи при цьому, зокрема, занадто високий її розмір порівняно зі збитками споживача, ступінь виконання зобов'язання, майновий стан сторін, їх майнові та інші інтереси, що заслуговують на увагу лише за клопотанням відповідача по справі.

За таких обставин оскаржуване рішення в частині вирішення позовних вимог про стягнення пені, на думку суду апеляційної інстанції, не можна вважати законним та обґрунтованим і воно підлягає зміні шляхом визначення до стягнення з відповідача на користь позивача 1940 грн пені, замість 500 грн, помилково визначених місцевим судом [6].

Крім того, слід розглянути ті суперечності, які виникають при застосуванні судами норм Сімейного кодексу України. Зокрема, у ч. 2 ст. 166 СК зазначається, що суд при вирішенні питання про позбавлення батьківських прав

особи може сам за власною ініціативою вирішити питання про стягнення аліментів на дитину [7].

Так, керуючись цією статтею, Волноваський районний суд Донецької області, розглянувши цивільну справу за позовом органу опіки та піклування в інтересах неповнолітніх осіб до Особи 1 про позбавлення батьківських прав, своїм рішенням задовольнив дану вимогу. Крім того, суд за власною ініціативою стягнув з Особи 1 аліменти на користь дитячої установи, де перебуватимуть діти, на утримання неповнолітніх осіб щомісячно у розмірі 1/2 частини з усіх видів заробітку та доходів, але не менше ніж 30 відсотків прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку, починаючи з 5 грудня 2006 року і до повноліття дітей [8].

Щодо цього положення, яке виявляється в ініціативі суду при ухваленні судового рішення про позбавлення батьківських прав, у теоретиків-процесуалістів зовсім протилежна точка зору, яку ми підтримуємо. Вважається, що вирішувати питання про стягнення аліментів за ініціативою суду неможливо, оскільки це положення суперечить як принципу диспозитивності цивільного процесу, так і процесуальному становищу суду, правам та обов'язкам судді [9, 90–91]. Інший висновок означав би, що процесуальні відносини можуть регламентуватися положеннями матеріального нормативного акта, що неприпустимо з точки зору самостійності галузей матеріального й процесуального права, особливостей їхнього предмета й методу правового регулювання.

Отже, суддя з власної ініціативи не може вирішувати питання про стягнення аліментів, він ухвалює рішення тільки на підставі заявлених вимог іншими особами, які звертаються з такими вимогами до суду.

Таким чином, аналізуючи вищезазначене, можемо зробити висновок, що суд може здійснювати права, передбачені матеріальним законодавством, тільки у відповідності й під пріоритетом норм процесуального законодавства. У випадку невідповідності або протиріччя процесуальних норм, що містяться у матеріальному праві, застосуванню підлягає норма процесуального права. Звідси зменшення неустойки, передбачене ч. 3 ст. 551 ЦК України, стягнення аліментів, передбачене ч. 2 ст. 166 СК України, і застосування інших матеріальних норм (ст. 616, ч. 4 ст. 1193 ЦК України) судом за власною ініціативою можливо тільки за згодою зацікавлених осіб.

Говорячи про розвиток принципу змагальності у ЦПК України, зазначимо, що суд наразі законодавчо виключений із суб'єктів процесу, що надають докази в справі, сторонам надано право обґрунтовувати належність конкретного доказу для підтвердження їхніх вимог або заперечень. Розширено перелік видів доказів: крім традиційних ЦПК виділив звуко- і відеозапис в самостійні види доказів, як самостійний засіб доказу передбачено пояснення представника тощо.

У той же час у ЦПК України недостатньо чітко визначені конкретні процесуальні права й обов'язки осіб, що беруть участь у справі, підстави застосування відповідальності за їхнє невиконання, процесуальні наслідки, що наступають у випадку неналежного виконання процесуальних обов'язків у сфері доказування.

Так, у зв'язку з необхідністю захисту прав і законних інтересів третіх осіб, які заявляють самостійні вимоги щодо предмета спору, процесуальне положення яких прирівняне до положення позивача (ст. 34 ЦПК), уявляється важливим внесення доповнень у ст. 175 ЦПК. Вважаємо більш правильною вказівку на те, що мирова угода укладається сторонами й третьою особою, що заявляє самостійні вимоги щодо предмета спору, якщо вона бере участь у мировій угоді, що укладається сторонами.

Взагалі необхідні чіткі правові гарантії укладення мирової угоди, детально встановлена процедура, особливо примусового виконання мирової угоди у випадку її невиконання сторонами. Це буде стимулювати сторони до укладення мирових угод та стане основою для подальшого розвитку різних способів врегулювання спорів [10].

Залишилися поза сферою правового регулювання інші примирливі процедури, наприклад посередництво (медіація). Правовою передумовою розширення застосування примирливих процедур є розвиток застосування принципу диспозитивності в цивільному процесуальному праві. Стаття 31 ЦПК України передбачає юридичні форми закріплення результатів примирливої процедури: зміна позовних вимог, відмовлення від позовних вимог, визнання позову й мирову угоду [11].

Що стосується сфери сімейних відносин, то Сімейний кодекс України також включає положення про примирливу процедуру (ст. 111). Проте ЦПК України не містить переліку заходів до примирення подружжя. Вони залежать від різних об'єктивних та суб'єктивних факторів, зокрема психологічних знань та навичок судді, його характеру та душевного стану в момент розгляду справи, від завантаженості розглядом інших справ тощо [12, 247].

Одним з видів примирливої процедури, що застосовується в сімейних відносинах та закріплена в ЦПК, є призначення подружжю строку для примирення (ст. 191). Її слід розцінювати на відміну від посередництва як інший вид примирливої процедури, а саме переговори: коли сторони самостійно досягають компромісу. Однак проблемним є те, що у ЦПК наразі не встановлено строку, на який суд може відкласти розгляд справи про розірвання шлюбу. Така новела видається помилковою, особливо з врахуванням того, що, відповідно до ст. 293 ЦПК, ухвала суду про відкладення розгляду справи у зв'язку з призначенням подружжю строку для примирення не підлягає оскарженню [12, 247].

Отже вважаємо, що розвиток положень цивільного процесуального законодавства в цій сфері є необхідним, оскільки, безумовно, застосування альтернативних методів вирішення спорів економічно й процесуально вигідно як самим учасникам спірних правовідносин, так і суспільству й державі. Показником професіоналізму судді є не стільки здатність правильно вирішити складну справу, скільки вміння примирити сторони й знайти підґрунтя для компромісу між ними.

У зв'язку з цим необхідно активізувати діяльність суддів на стадії проведення попереднього судового засідання. Зокрема, вони обов'язково повинні проводити співбесіду за участю обох сторін за так званими «розрахунковими



справами» (вимогами, що випливають із договорів підряду, купівлі-продажу, надання послуг, спорам про стягнення боргу, спорам, пов'язаним з невиконанням або неналежним виконанням зобов'язань за договором) з метою врегулювання суперечки миром [13]. Пропонується наділити суддів правом на проведення судового примирення за клопотанням сторін.

У сфері дії змагального принципу необхідно подальше вдосконалення інституту розкриття доказів, розширення суддівського розсуду в частині забезпечення змагальності провадження. Необхідно чітко регламентувати процесуальні обов'язки сторін з доказування й подання доказів, установити заходи процесуальної відповідальності за їхнє невиконання. У числі негативних наслідків процесуального характеру необхідно передбачити, наприклад: обмеження права посилатися на докази, надані з порушенням строків надання доказів, втрата особою права надавати такі докази, обмеження подання доказів, не зазначених у процесуальних документах тощо.

Таким чином, чинне цивільне процесуальне законодавство потребує подальшого вдосконалення з метою повної та реальної реалізації принципів змагальності і диспозитивності, що є запорукою ефективного забезпечення прав та свобод учасників цивільних процесуальних відносин.

#### Література

1. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18 лип. 1963 р. із змінами // Відомості Верховної Ради України. — 1963. — № 30. — Ст. 464.
2. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січ. 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40–44. — Ст. 356.
3. Архів Кіровоградського районного суду м. Кіровограда. — Справа № 2-4455/08.
4. Архів Бахмацького районного суду Чернігівської області. — Справа № 2-1136/08.
5. Архів Бахмацького районного суду Чернігівської області. — Справа № 2-100/09.
6. Архів Апеляційного суду Чернігівської області. — Справа № 22ц-1950/09.
7. Сімейний кодекс України : Закон України від 10 січ. 2002 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 21–22. — Ст. 135.
8. Архів Волноваського районного суду Донецької області. — Справа № 2-1800/07.
9. Цивільний процес України: академічний курс: [підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / [за ред. С. Я. Фурси]. — К. : Вид. Фурси С. Я., 2009. — 848 с.
10. Бортнік О. Г. Мирова угода у цивільному судочинстві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / О. Г. Бортнік. — Х., 2007. — 21 с.
11. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18 берез. 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 40–41, 42. — Ст. 492.
12. Сімейний кодекс України : наук.-практ. комент. / З. В. Ромовська. — 2-ге вид., переробл. і допов. — К. : Ін Юре, 2006. — 568 с.
13. Колясникова Ю. С. Примирительные процедуры в арбитражном процессе : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.15 / Ю. С. Колясникова. — Екатеринбург, 2009. — 35 с.

#### Анотація

**Некlesa Ю. В.** Цивільний процесуальний кодекс України: проблеми реалізації принципів змагальності й диспозитивності. — Стаття.

Статтю присвячено дослідженню проблем реалізації принципів диспозитивності й змагальності у цивільному процесі України. Аналізуються питання, пов'язані з встановленням тенденцій і перспектив розвитку цих принципів і вироблення на їх основі пропозицій з вдосконалення цивільного процесуального законодавства. Особливу увагу приділяється співвідношенню в межах

дії принципу диспозитивності норм процесуального права і процесуальних норм матеріального права.

*Ключові слова:* цивільне судочинство, суд, принципи, диспозитивність, змагальність.

### Анотація

*Некlesa Ю. В. Гражданско-процессуальный кодекс Украины: проблемы реализации принципов состязательности и диспозитивности. — Статья.*

Статья посвящена исследованию проблем реализации принципов диспозитивности и состязательности в гражданском процессе Украины. Анализируются вопросы, связанные с установлением тенденций и перспектив развития данных принципов и выработкой на их основе предложений по усовершенствованию гражданского процессуального законодательства. Отдельное внимание уделяется соотношению в рамках действия принципа диспозитивности норм процессуального права и процессуальных норм материального права.

*Ключевые слова:* гражданское судопроизводство, суд, принципы, диспозитивность, состязательность.

### Summary

*Neklesa U. V. Civil-Processing Code of Ukraine: Problems of Realization of Principles of Contentiousness and Non-Mandatoryness. — Article.*

The article is devoted research of problems of realization of principles of non-mandatoryness and contentiousness in civil procedure of Ukraine. Questions, related to establishment of tendencies and prospects of development of these principles and to making on their basis of suggestions on the improvement of civil procedure legislation, are analysed. Separate attention is spared correlation within the framework of action of principle of non-mandatoryness of norms of processing law and processing norms of materialising law.

*Keywords:* civil legal proceeding, court, principles, non-mandatoryness, contentiousness.

УДК 347.91/95(477).001.76:347.91/95(73)

*Ю. О. Полтавчук*

## ШЛЯХИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ НА ОСНОВІ ДОСВІДУ США

Актуальність дослідження питань, пов'язаних з правовим регулюванням цивільно-процесуальних відносин в Україні та Сполучених Штатах Америки, обумовлена тим колом проблем, які виникають на практиці — у правозастосовній діяльності і відповідно викликають інтерес у науковців, стимулюючи глибокий аналіз тих чи інших норм або інститутів права, або принципове переосмислення вже вивчених явищ, значною мірою сприяючи цим розвитку науки.

Наразі значний інтерес викликає такий інститут цивільно-процесуального права, як доказування.

Досліджуючи інститут доказування, виявляємо ряд моментів, які викликають інтерес в якості приводу для більш глибокого вивчення та вирішення поставлених проблем:

- Докази та доказування є ключовим інститутом цивільно-процесуального права, через призму якого деякою мірою виражається сама сутність цієї галузі

права, адже саме доказування є тим інструментом, за допомогою якого досягаються визначені законом задачі цивільного процесу;

- Стають помітними тенденції до уніфікації у деяких аспектах правового регулювання цивільно-процесуальних відносин як України, так і США, що, безперечно, потребує розуміння причин та наслідків таких процесів, особливо зважаючи на відносність держав до різних правових систем;

- Законодавство України як відносно молодій демократичній державі на даному етапі свого розвитку формується з озиранням на досвід та надбання інших держав зі значно багатшою історією державо- та правотворення. При такому підході надзвичайно важливо здійснювати глибокий аналіз реалізованих запозичень на предмет їх ефективності та допустимості у вітчизняних правових та соціально-економічних реаліях;

- Пізнання цивільно-процесуальних правовідносин може стати приводом для розвитку принципово нових ідей стосовно регулювання тих чи інших відносин, визначення шляхів подолання існуючих проблем.

Слід зазначити, що дослідження окреслених проблем у цивільно-процесуальних правовідносинах в Україні та США неможливе без з'ясування хоча б у загальних рисах класичних систем правосуддя, в рамках яких формувалися системи цивільного судочинства України та США.

Під впливом численних різноманітних факторів сформувались дві системи правосуддя, відомі в історії як інквізиційна (слідча) та змагальна [1, 1].

Слідча система, відома як континентальна, завдячує своєю назвою домінуючому поширенню у континентальній Європі.

Змагальна система є характерною для Великобританії, США та інших країн загального права.

Континентальна система, ґрунтуючись у першу чергу на романо-германському типі права, має такі характерні риси: провадження ґрунтується на принципах верховенства закону, кодифікації процесуального законодавства, односторонньої залежності судової практики від норм закону.

Змагальний процес у свою чергу вирізняється значно більш активною процесуальною позицією сторін, відсутністю кодифікації, значною вагою судового прецеденту [2, 2].

Розглядаючи найбільш яскравого представника змагальної системи — Сполучені Штати Америки, звертаємо увагу, по-перше, на те, що у різних штатах судова процедура має свої відмінності, але взагалі хід судового процесу регулюється Федеральними правилами цивільного судочинства (*Federal Rules of Civil Procedure — FRCP*), затвердженими 1938 року. Ті штати, які не визнали FRCP, адаптували свої власні положення та правила до федеральних, вирішивши таким чином проблему реалізації принципів рівності та однакового розуміння і застосування закону [3, 2].

Спеціальним законом у сфері доказування виступають Федеральні правила про докази для судів та магістратів США (*Federal Rules of Evidence for United States Courts and Magistrates — FREUSCM*) [1, 2].

FRCP та FREUSCM подібно до вітчизняних норм права встановлюють певні

стандарти цивільного процесу, як, наприклад, питання допустимості доказів, допиту свідків, кола фактів, що потребують доказування, без яких за жодної правової системи неможливе провадження з цивільних справ.

Слід зазначити, що доказове право створене за умов значного впливу прецедентів, що не тільки пояснюють, а й доповнюють його, тому право Сполучених Штатів є досить складним для сприйняття через досить казуальний характер.

Розглядаючи проблему застосування рішення суду як джерела права для вирішення подібних категорій справ, слід зазначити, що судовий прецедент виконує подвійну роль:

- формулює положення, які відсутні в існуючих нормативних актах; інтерпретує та роз'яснює норми діючого закону, а за необхідності і змінює їх.

Тобто річ у тому, що суспільні відносини безупинно рухаються вперед, розвиваються під впливом різноманітних факторів, відповідно нормативна регламентація майже завжди забезпечується вже внаслідок багаторазового виникнення таких відносин. Вирішуючи спір саме стосовно таких відносин, суд формує судовим прецедентом, використовуючи різні правові механізми, як наприклад аналогія закону, нову норму права, що буде застосовуватись у подальшому для вирішення подібних категорій справ.

У вітчизняному праві судовий прецедент у такому сенсі, як відомо, не застосовується. У той же час слід звернути увагу на такий результат діяльності судової системи України, як постанови Пленуму Верховного Суду України (ПВСУ).

Постанови ПВСУ шляхом роз'яснення змісту правових норм, заповнення прогалин відіграють значну роль у забезпеченні однакового розуміння і застосування правових норм при вирішенні судами цивільних справ. Однак проблема полягає в юридичній силі таких постанов, а точніше в її відсутності. На практиці особи, які беруть участь у справі, часто посилаються на ті чи інші постанови ПВСУ, однак судом та іншою зі сторін таке посилання в більшості випадків не сприймається. Аргументом є той факт, що постанови ПВСУ не мають юридичної сили, незважаючи на те, що кожним таким рішенням Верховний Суд України постановляє зобов'язати суди здійснювати чи утримуватись від певних дій. Надання постановам ПВСУ законної сили стало би значним кроком вперед у розвитку судочинства, і при цьому постанови не стали б лише чимось подібним американському судовому прецеденту, а зайняли б своє місце у системі підзаконних актів у сфері судочинства, адже поняття прецеденту і постанов ПВСУ, незважаючи на зовнішню схожість, мають різну сутність. Постанови Пленуму виносяться на основі узагальненої судової практики, а не є рішенням по конкретній справі з обов'язковим застосуванням його у майбутньому при вирішенні аналогічних справ.

Важливим питанням, що принципово відрізняє цивільний процес та, у тому числі, інститут доказування України та Сполучених Штатів, є також статус суду [4, 3].

Для континентальної правової системи, до якої відноситься і вітчизняна, характерною є активна позиція суду на фоні відносної пасивності сторін про-

цесу. Слідча (інквізиційна) система правосуддя не зникла, вона за допомогою значних запозичень трансформувалась у систему, схожу ззовні із змагальною, але вони не є ідентичними за змістом.

Отже, із самої дефініції слідчої системи випливає, що процес організовується, керується певним органом/особою, яка здійснює дослідження протягом усього перебігу процесу.

Дійсно, порівнюючи вітчизняний та американський цивільний процес, помічаємо наскільки більш активним є втручання українських судів у перебіг процесу. Слід розібратися, у чому саме воно полягає.

По-перше, розглянемо осіб, які беруть участь у справі.

Найпомітнішою ознакою американського цивільного процесу є активна діяльність представників сторін — адвокатів. Адвокати опосередковують абсолютно усі процесуальні відносини, що виникають між сторонами. Не суд, а саме представники сторін самі ведуть матеріали справи, які передають один одному та надають суду протягом процесу [1, 3].

Чому таким важливим уявляється інститут представництва? Тому що особа, яка звертається до суду за захистом прав, не маючи юридичної освіти, не володіючи прийомами судових дебатів, по-перше, просто стане «жертвою» адвоката іншої сторони, по-друге, буде вимушена шукати допомоги на тих чи інших стадіях процесу. Виникає питання про те, хто у даному випадку може надати правову допомогу. Ніхто... крім самого суду. А тоді постає питання про об'єктивність судочинства, адже, враховуючи навіть хоча б тільки людський фактор, вже не можна з впевненістю говорити про неупереджений розгляд справи. Аналізуючи положення нормативних актів, можна зробити висновок, що на роз'ясненні сторонам прав «допомога» формально закінчується.

На відміну від судів США, у континентальній системі, представленій у даному випадку Україною, суд знайомиться самостійно з матеріалами справи, які йому надійшли, з яких вивчає вимоги сторін, представлені засоби доказування і т.д. При цьому у суду, природно, складається завчасне враження про учасників спору та про спірні правовідносини. Це важливий момент, тому що мова йде про дотримання принципу усності процесу, особливо в американському варіанті його розуміння [5, 3].

Згідно з нормами FRCP, у США позивач зобов'язаний зареєструвати свою скаргу у секретаря суду, яка повинна містити:

- обґрунтований опис причин подання позову;
- стислий опис справи;
- вирок, якого вимагає позивач.

Після реєстрації позивач організовує передачу повістки до суду та копії позову відповідачу, який має належним чином відреагувати (шляхом подання відповіді або клопотання про відхилення позову) [3, 4].

Усі детальні пояснення по справі сторонами надаються лише безпосередньо у суді у вигляді промов адвокатів. Адвокати сторін забезпечують надання доказів у вигляді показань свідків. Показання свідків є одним з основних засобів доказування, більш того рівень майстерності американських адвокатів нерідко

перетворює допит у майже театральне дійство, під час якого сторони намагаються сформувати позитивне враження на суд.

Дуже важливим є той факт, що суддя практично не вмішується у процес допиту свідка, надаючи сторонам повну свободу дій. Це виражається у тому, що:

- сторони, відбираючи запитання для допиту, фактично самі формують предмет доказування;
- сторони можуть застосовувати перехресний допит, завдяки якому свідчення свідка протилежної сторони за певних обставин просто нівелюються;
- сторони активно взаємодіють між собою, фактично вирішуючи спір, тоді як суд надає лише остаточну оцінку.

Сторони взагалі мають широкі права стосовно всього, що стосується доказування, що виражається у тому числі у можливості давати численні пояснення, виголошувати заготовлені промови. За великим рахунком такі ж права передбачені вітчизняним процесуальним правом, але справа у даному випадку не в самому праві, а у його повноцінній реалізації.

Окремою темою є вищезгаданий перехресний допит свідка. Перехресний допит є одним з найяскравіших символів змагальної системи судочинства. Слід підкреслити, що допит ведеться не судом, а саме сторонами. Саме сторони готують найбільш вигідні для себе та незручні для опонента питання, вибудовують тактику проведення. Відомі випадки, коли перехресний допит однієї особи тривав більше доби. Перехресному допиту передують прямий допит, тобто спілкування свідка та адвоката, який його безпосередньо викликав. Після цього починається перехресний допит, тобто адвокатом сторони-опонента ставиться ряд запитань, мета яких змусити свідка плутатись у власних твердженнях, однозначно відповідати на запитання, які можна неоднозначно тлумачити та інше. Тобто метою цього прийому є не доказування фактичних обставин, що підтверджують вимоги сторони, а представлення доводів опонента як таких, що не можуть бути доказами, є помилковими, є лише припущеннями і т.д.

Узагальнюючи вищезазначене, можна зробити такі висновки:

#### 1. Процесуальний статус сторін та суду.

Якщо в країнах зі змагальною системою судочинства сторони володіють широким колом прав, що забезпечує їх повну процесуальну незалежність, ініціативу по веденню справи, контроль за судовим розглядом, то в країнах континентальної системи ситуація дещо відрізняється. Сторонам належить обмежена ініціатива, тобто вони володіють ініціативою з приводу розпорядчих дій, деяких процесуальних дій (заява клопотань). У той же час сторони не впливають на допит свідка, який проводить суддя, пояснення сторін, і вступають у дебати лише з дозволу та у спосіб, визначений судом на противагу американському процесу, який повністю проводиться самими сторонами, а суд є лише спостерігачем, який слідкує за дотриманням процесуального порядку та оцінює доводи сторін, виносячи рішення по справі. Сторони не здійснюють повноцінний обмін матеріалами справи, доказами, обмежуючи тим самим себе у володінні необхідною інформацією.

Вирішенням даної проблеми вбачається навіть не стільки зміна положень процесуального закону, скільки зміни у свідомості правників у питанні оцінки доказів, принципах отримання та подання доказів, тактики проведення допитів, спілкування з опонентом і найголовніше — усвідомлення ролі суду не як певною мірою слідчого, а як інституту, що стоїть над процесом та має єдину функцію — здійснити об'єктивну оцінку аргументам сторін та вирішити спір.

## 2. Судовий прецедент.

Судовий прецедент виявився дійсно ефективним інструментом у реаліях американської та британської правової системи, слугуючи доповненням та роз'ясненням одночасно численних норм казуального характеру США та Великобританії. Стосовно вітчизняної судової практики, слід у першу чергу звернути увагу на постанови ПВСУ, які є більш інформативними і дієвими, як результат узагальнення судової практики країни, але за умови надання їм юридичної сили, що зробить їх джерелом права, тобто обов'язковими для врахування при посиленні сторін на положення таких постанов, що на сьогоднішній день ігнорується судами.

## 3. Одноособний та колегіальний розгляд справи.

Довгий час суд присяжних вважався однією з класичних ознак змагальної системи судочинства, однак наразі спостерігається тенденція до відмови від цього інституту [6, 6]. При розгляді цивільних справ у Великобританії суд присяжних практично більше не застосовується, у Сполучених Штатах можливість розглядати справу судом присяжних через особливості історичного розвитку американської судової системи залежить від предмета позову. Більш того, значний вплив на правила судочинства має федеративний устрій країни, наприклад, питання стосовно кількості голосів присяжних, необхідних для прийняття рішення по справі, у кожному штаті вирішується по-різному.

Навряд можна всерйоз говорити про інтеграцію інституту присяжних у вітчизняне судочинство з тих причин, що таке нововведення без сумнівів не покращить якість судочинства, у той же час створить значну кількість проблем як фінансового, так і організаційного характеру. Враховуючи завантаженість загальних судів України, що не сприяє розгляду справ у встановлені законом строки, запровадження суду присяжних може взагалі розтягнути вирішення цивільних справ до не виправдано значних, неприпустимих строків.

Взагалі можна сказати, що, незважаючи на час, обставини, історичні та інші особливості формування систем судочинства, кожна з них має свої суттєві переваги та недоліки. Однак помітною є одна тенденція, яка виражається в спрощенні правил та уніфікації. Дійсно, правила цивільного судочинства покликані забезпечувати швидко, неупереджене, об'єктивне вирішення справ, тому цілком логічним є прагнення законодавців країн світу зробити цивільне судочинство більш зручним, зрозумілим інструментом для захисту громадянами своїх прав та свобод.

## Література

1. Решетникова И. В. Доказательственное право в Англии и США / И. В. Решетникова. — М. : Городец, 1999. — 284 с.
2. Боботов С. В. Введение в правовую систему США / С. В. Боботов. — М. : НОРМА, 1997. — 332 с.
3. Бернхем В. Вступ до права та правової системи США : пер. з англ. / В. Бернхем. — К. : Україна, 1999. — 554 с.
4. Артамонова Е. Защита публичных интересов в рамках гражданского судопроизводства в США // Законность. — 2003. — № 12. — С. 37–40.
5. Шумилов В. М. Правовая система США : учеб. пособие / В. М. Шумилов. — М. : ДеКа, 2003. — 400 с.
6. Лебедева Н. Роль суда в процессе доказывания по гражданским делам // Юрист. — 2004. — № 7. — С. 47–51.

## Анотація

**Полтавчук Ю. О. Шляхи вдосконалення цивільно-процесуального права України на основі досвіду США. — Стаття.**

Стаття присвячена дослідженню деяких проблемних аспектів цивільного процесу України. На основі аналізу нормативних актів та правозастосовної практики США автор намагається дати відповідь на питання про те, які норми та стандарти цивільного процесу США могли б стати корисними і бути запровадженими у вітчизняному праві. Призначено для науковців, студентів та всіх, хто цікавиться актуальними проблемами цивільно-процесуального права.

*Ключові слова:* цивільний процес, доказування, суд присяжних, реформування, судовий прецедент, суд, США, свідок, допит, адвокат.

## Аннотация

**Полтавчук Ю. О. Пути усовершенствования гражданского процессуального права Украины на основе опыта США. — Статья.**

Статья посвящена исследованию некоторых проблемных аспектов гражданского процесса Украины. На основе анализа нормативных актов и правоприменительной практики США автор пытается дать ответ на вопрос о том, какие нормы и стандарты гражданского процесса США могли бы стать полезными и быть введены в отечественном праве. Предназначено для ученых, студентов и всех, кто интересуется актуальными проблемами гражданского процессуального права.

*Ключевые слова:* гражданский процесс, доказывание, суд присяжных, реформирование, судебный прецедент, суд, США, свидетель, допрос, адвокат.

## Summary

**Poltavchuk Y. O. Ways of Improvement of the Civil Procedure Law of Ukraine on the Basis of Experience of the USA. — Article.**

The article is devoted to the research of some problem aspects of the civil process of Ukraine. On the basis of the analysis of statutory acts and the practice of applying of law in the USA, the author tries to answer the question about the norms and standards of civil process of the USA, which could become useful and be entered in the domestic law. It is intended for scientists, students and all who is interested in actual problems of a civil-procedural law.

*Keywords:* civil process, USA, witness, questioning, lawyer, court.



### ПРАВОВИЙ СТАТУС ПРОКУРОРА ЩОДО СПРАВ ПРО ПОЗБАВЛЕННЯ БАТЬКІВСЬКИХ ПРАВ (ОКРЕМІ АСПЕКТИ)

Українська держава, ратифікувавши Конвенцію ООН про права дитини, взяла на себе зобов'язання забезпечити кожній дитині реалізацію «права на особливий захист та турботу» і створити умови «для повного та гармонійного розвитку її особистості», та виховання у «сімейному оточенні, в атмосфері щастя, любові та розуміння» [1]. Самою природою батькам призначена роль піклуватися та захищати дітей. Внаслідок того, що багато батьків не виконують своїх обов'язків щодо виховання, освіти, захисту і утримання дітей та ін., в Україні з кожним роком кількість дітей, позбавлених батьківського піклування, та таких, які потребують уваги та захисту, зростає.

Науковим дослідженням процесуальних особливостей розгляду справ щодо позбавлення батьківських прав займалися багато вчених, таких як О. Т. Боннер, Л. А. Кондрат'єва, В. М. Кошкін, А. Я. Агабабовян, С. Я. Фурса, Т. М. Цепкова, К. К. Червяков, Ю. С. Червоний та ін.

У сучасних умовах, на теоретичному і практичному рівнях, участь прокурора у справах про позбавлення батьківських прав є надзвичайно важливим і актуальним питанням і таким, що потребує подальшого вирішення на законодавчому рівні та єдиного наукового обґрунтування у теорії цивільного процесуального права.

Основною метою даної статті є виявлення, постановка та вирішення проблем щодо участі прокурора та його правового статусу у справах про позбавлення батьківських прав, виходячи із досягнень науки цивільного процесуального права та вивчення судової практики, застосування матеріально-правових норм.

У зв'язку з поставленою метою необхідно вирішити такі завдання: визначення форми участі прокурора у цивільному процесі; визначення правового статусу прокурора у справах про позбавлення батьківських прав; розкриття прав та обов'язків прокурора у цивільному судочинстві щодо справ про позбавлення батьківських прав.

Справи про позбавлення батьківських прав розглядаються судами у порядку позовного провадження. Право на звернення до суду з позовом про позбавлення батьківських прав, відповідно до ст. 165 Сімейного кодексу України [2], мають один з батьків, опікун, піклувальник, особа, в сім'ї якої проживає дитина, заклад охорони здоров'я, навчальний або інший дитячий заклад, в якому вона перебуває, орган опіки та піклування, прокурор, а також сама дитина, яка досягла чотирнадцяти років.

Отже, як вбачається з норм даної статті, прокурор має право на звернення до суду з заявою про позбавлення батьківських прав. Право прокурора пред'являти позов про позбавлення батьківських прав також впливає із змісту ч. 3

ст. 36-1 Закону України «Про прокуратуру» [3], відповідно до положення даної статті прокурор має право звертатися до суду з позовом або заявами про захист прав і свобод фізичної особи.

Здійснення прокуратурою представництва в суді інтересів громадянина або держави поставило ряд проблем процесуального характеру щодо юридичної природи представництва. Деякі автори вважають, що становище прокурора в цивільному процесі нічим не відрізняється від процесуального становища сторони чи третьої особи, інші стверджують, що представництво прокуратурою інтересів держави чи громадянина в суді є одним з видів судового представництва.

Зазначені позиції щодо суті представництва прокурора в суді викликають заперечення з огляду на те, що підставою пред'явлення позову прокурором є порушення закону, що торкається інтересів держави чи громадянина. Прокурор сам вирішує питання щодо звернення до суду, в той час як представник діє в суді незалежно від свого розсуду на підставі довіреності (чи в силу закону) на виконання своїх функцій і в інтересах того, кого представляє. Прокурор же діє від імені державного органу — прокуратури, на яку законодавством покладені такі обов'язки. Всі види представництва в суді, що закріплені цивільно-процесуальним законодавством, передбачають в обов'язковому порядку правові відносини між представником і особою, яку він представляє. Для підтвердження своїх повноважень прокурору не потрібно надавати суду ніяких документів, довіреностей, так як він виконує обов'язки, надані йому законом.

Д. Д. Луспенник зазначає, що представництво прокурора в суді є самостійним інститутом цивільного процесуального права. Позивачем за позовом, пред'явленим прокурором, який відповідно до ст. 45 ЦПК України звернувся до суду в інтересах інших осіб, є та фізична особа, на захист прав і законних інтересів якої заявили позов [4].

ЦПК України визначає прокурора самостійним суб'єктом цивільних процесуальних правовідносин — учасником розгляду цивільних справ в суді (ст. 45 ЦПК України) і включає його до складу осіб, які беруть участь у справі (ст. 26 ЦПК України). Правило ч. 3 ст. 104 ЦПК України, 1963 р., за яким особа, в інтересах якої розпочато справу, може взяти участь у процесі як позивач поряд з особою, яка подала заяву, дало підставу визначити в теорії процесу прокурора у цих випадках позивачем, стороною в процесуальному розумінні. Прокурора розглядали в ролі представника сторони, наділеного спеціальними повноваженнями, або представника держави. Однак цивільна процесуальна правосуб'єктність прокурора відрізняється від сторони тим, що він захищає сторону, а сторона — свої матеріальні права й інтереси. На підставі чого можна дійти висновку, що прокурор у цивільному процесі є самостійним суб'єктом цивільних процесуальних відносин, учасником розгляду цивільних справ у суді, який бере участь у справі з метою захисту прав і законних інтересів громадян чи держави.

Прокурор, який подає позов про позбавлення батьківських прав, користується процесуальними правами та обов'язками позивача відповідно до положення ст. 46

ЦПК України, за винятком тих, які належать позивачу як суб'єкту спірного правовідношення. Зокрема, прокурор може заявляти клопотання про залучення до участі у справі всіх заінтересованих осіб і витребувати необхідний доказовий матеріал, подавати заяви про забезпечення доказів і позову, оголошувати розшук відповідача. Прокурор має право знати про день, час і місце проведення огляду, місце судового засідання розгляду справи, прізвища осіб складу суду, експерта, перекладача, секретаря судового засідання, спеціаліста і заявляти за наявності підстав їм відводи (ст. ст. 20, 22 ЦПК України). Він може підтримувати або змінювати заяви, з якими він звернувся до суду на захист прав та законних інтересів дітей, які позбавляються батьківських прав. Прокурор може висловлювати свої міркування з окремих питань, що виникають при розгляді справ, а також по суті справи в цілому. Такі міркування і висновки мають бути мотивованими, юридично обґрунтованими на об'єктивному аналізі фактичних обставин справи, встановленому у судовому засіданні, та визначати позицію прокурора з приводу вирішення справи по суті.

Прокурор має право знайомитися з технічним записом судового засідання і журналом судового засідання, подавати щодо нього свої зауваження і брати участь у їх розгляді; подавати заяви про виправлення описок і арифметичних помилок у рішенні, про винесення додаткового рішення і про роз'яснення рішення та брати участь у їх розгляді (ст. ст. 199, 219-221 ЦПК України), а також наділений іншими правами.

Прокурор, перш ніж пред'явити позов, повинен в'яснити низку матеріально-правових і процесуальних питань, а не перекладати їх на суд, а саме: визначити осіб, які будуть виступати в ролі відповідача по справі; заінтересованих в результаті вирішення справи осіб; підсудність справи; коло доказів на підтвердження позову; відповідність позову формі та змісту, встановлених ЦПК України, та інше.

Практичне значення має також питання щодо участі прокурора в цивільному процесі у справах про позбавлення батьківських прав для дачі висновків по справі. Прийнятий 18 березня 2004 року ЦПК України [5] докорінно змінив роль прокуратури у цивільному процесі взагалі і при розгляді справ про позбавлення батьківських прав зокрема.

Аналіз положень ч. 1, 2 ст. 45 ЦПК України дає підстави виділити такі форми участі прокурора: 1) відкриття провадження у справі; 2) вступ у розпочатий процес, наприклад, коли прокурор не брав участі у розгляді справи в попередніх інстанціях, подає апеляційну або касаційну скаргу.

Відповідно до положень ч. 2 ст. 36-1 Закону України «Про прокуратуру» підставою представництва у суді інтересів громадянина є його неспроможність через фізичний чи матеріальний стан або з інших поважних причин самостійно захистити свої порушені права. До даної категорії осіб належать і неповнолітні особи. Щодо участі прокурора у справі для надання висновків, за власною ініціативою або ініціативою суду, то дана прерогатива збережена лише за органами державної влади і органами місцевого самоврядування (ч. 3 ст. 45 ЦПК України).

Однак відповідно до положень ст. 281 ЦПК України передбачено, що участь прокурора є обов'язковою щодо справ про надання психіатричної допомоги у примусовому порядку чи про припинення надання амбулаторної психіатричної допомоги, про госпіталізацію у примусовому порядку. Фактично цим передбачається вступ прокурора в цивільний процес для дачі висновку в справі (ст. 35 Закону України «Про прокуратуру»), хоча безпосередньо ст. ст. 45,46 ЦПК України такої форми участі прокурора в цивільному процесі не передбачають.

На відміну від ЦПК України 2004 року ЦПК України 1963 року, окрім права прокурора на звернення до суду із заявою на захист прав і свобод інших осіб, передбачав і можливість його залучення до участі у справі для надання висновків, що було обов'язковим у випадках, передбачених законом, або коли суд визнає необхідним (ст. 121 ЦПК України). На необхідність обов'язкової участі прокурора при розгляді справ про позбавлення батьківських прав вказувала і ч. 2 ст. 71 Кодексу про шлюб та сім'ю України. На сьогодні СК України не містить норм щодо обов'язкової участі прокурора в цій категорії справ.

У правовій доктрині та судовій практиці питання про необхідність участі прокурора у цивільному процесі та визначення його процесуального статусу, в тому числі, і у справах про позбавлення батьківських прав активно дискутуються.

Так, наприклад, І. А. Приходько вважає, що участь прокурора у розгляді судами цивільних справ повинна бути мінімізована й розглядатися, скоріш, як виключення, яке обумовлене або необхідністю захисту публічного інтересу, або неможливістю для особи самотійно звернутися до правосуддя за захистом своїх прав й отримати такий захист [6]. Цей підхід віднайшов свій прояв, наприклад, ЦПК Грузії на підставі принципів диспозитивності й змагальності зовсім відмінив участь прокурора в цивільних справах [7].

Таку ж думку підтримує В. В. Комаров, який вважає, «що участь прокурора в цивільному судочинстві необхідно розглядати як виняток із загального правила, оскільки держава в особі своїх органів не повинна втручатися у приватне життя й взаємовідносини громадян, оскільки це суперечить сутності правової держави і, навпаки, може призвести до порушення вимог рівності та справедливого балансу, що зовсім не буде сприяти забезпечення доступності правосуддя» [8].

Протилежну точку зору висловлює А. А. Власов, який зазначає, що участь прокурора не повинна обмежуватися, оскільки вона сприяє підвищенню доступності й ефективності правосуддя [9].

Отже, умовно можна виділити два підходи у вирішенні даної проблеми: 1) участь прокурора у розгляді судами цивільних справ повинна бути мінімізована; 2) участь прокурора у цивільному судочинстві не повинна обмежуватися.

На наш погляд, участь прокурора у цивільному судочинстві не повинна обмежуватися, оскільки участь прокурора в цивільному процесі — це правова гарантія непорушності встановлених Конституцією прав і свобод громадян, встановлення істини у справі, ухвалення законного рішення. Необхідно також зазначити, що органи прокуратури відіграють важливу роль у захисті прав

дітей. Так, захист прав неповнолітніх у порядку цивільного судочинства та забезпечення обов'язкової участі прокурора у розгляді справ про позбавлення батьківських прав, з метою удосконалення діяльності органу прокуратури, є одними із основних його завдань (наказ Генерального прокурора № 6/1 гн від 15 квітня 2004 р. «Про організацію діяльності органів прокуратури щодо захисту прав і свобод неповнолітніх»).

Проведений аналіз дає змогу дійти висновку, що участь прокурора щодо справ про позбавлення батьківських прав для дачі висновку є обов'язковою. Прокурор, виступаючи з висновком по суті справи в цілому, висловлюється про законність та обґрунтованість вимог, що заявлені, та надає висновки про те, як відповідно до закону необхідно вирішити справу.

### Література

1. Конвенція ООН про права людини : ратифікована постановою Верховної Ради України від 27 лют. 1991 р. № 789-ХІІ // Збірник нормативно-правових актів у сфері функціонування дитячих будинків сімейного типу та прийомних сімей / упоряд.: О. В. Лясковська, Л. М. Палій. — К., 2004.
2. Сімейний кодекс України: — Х. : Одіссей, 2008. — Ст. 292.
3. Про прокуратуру : Закон України від 5 листоп. 1991 р. № 1789-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 53. — Ст. 793.
4. Луспенік Д. Д. Застосування новел ЦК і ЦПК України в судовій практиці / Д. Д. Луспенік. — Х. : Харків юрид., 2005. — С. 276–277. — (Серія «Судова практика»).
5. Цивільний процесуальний кодекс України. — Х. : Одіссей, 2009. — Ст. 415.
6. Приходько І. А. Допустимость правосудия в гражданском и арбитражном процессе. Основные проблемы // Российский судья. — 2001. — № 5. — С. 27.
7. Хоперия Н. А. Процессуальное законодательство Грузии // СНГ: форма гражданского процессуального права : материалы Междунар. конф. / под общ. ред. М. М. Богуславского и А. Трунка. — М. : Городец-издат, 2002. — С. 156.
8. Комаров В. Актуальные проблемы реформы гражданского и арбитражного процессуального законодательства Украины // СНГ: реформа гражданского процессуального права : материалы Междунар. конф. / под общ. ред. М. М. Богуславского и А. Трунка. — М. : Городец-издат, 2002. — С. 102.
9. Власов А. А. Участие прокурора в гражданском и арбитражном судопроизводстве как фактор, способствующий повышению эффективности правосудия / А. А. Власов. — М. : Юрид. фирма «Лиджист», 2001. — С. 182–184.

### Анотація

**Самборська Ю. В.** Правовий статус прокурора щодо справ про позбавлення батьківських прав (окремі аспекти). — Стаття.

У статті висвітлюється питання визначення правового статусу прокурора та про необхідність його участі у цивільному процесі щодо справ про позбавлення батьківських прав.

*Ключові слова:* позбавлення батьківських прав, захист прав, прокурор, дитина, неповнолітня особа, цивільне судочинство.

### Аннотация

**Самборская Ю. В.** Правовой статус прокурора относительно дел о лишении родительских прав (отдельные аспекты). — Статья.

В статье освещаются вопросы установления правового положения прокурора и о необходимости его участия в гражданском процессе относительно дел о лишении родительских прав.

*Ключевые слова:* лишение родительских прав, защита прав, прокурор, ребенок, несовершеннолетнее лицо, гражданское судопроизводство.

### Summary

*Samborska Y. V. Legal Status of the Public Prosecutor in Affairs About Deprivation of the Parental Rights. — Article.*

The article highlights the issue of legal status of the prosecutor and the necessity of his participation in the civil proceedings for cases of parental rights deprivation.

*Keywords:* parental rights deprivation, protection of the rights, the prosecutor, the child, a minor person, the civil proceedings.

УДК 347.948:340.63

*О. М. Соломахіна*

### ДОСЛІДЖЕННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ОСОБЛИВОСТЕЙ ПРИЗНАЧЕННЯ І ПРОВЕДЕННЯ СУДОВО-ПСИХІАТРИЧНОЇ ЕКСПЕРТИЗИ

Відповідно до ст. 239 ЦПК України при розгляді судом справ про обмеження цивільної дієздатності фізичної особи, визнання фізичної особи недієздатною та при поновленні цивільної дієздатності фізичної особи судом призначається експертиза. Відповідно до ч. 1 ст. 239 ЦПК України суд за наявності достатніх даних про психічний розлад здоров'я фізичної особи призначає судово-психіатричну експертизу для встановлення психічного стану цієї особи.

Як зазначив Пленум Верховного Суду України в постанові «Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах» від 30 травня 1997 р. № 8 (зі змінами та доповненнями), судово-психіатрична експертиза призначається, коли вирішення цивільної справи залежить від визначення психічного стану особи, її спроможності усвідомлювати значення своєї поведінки внаслідок психічної хвороби або тимчасового розладу душевної діяльності. Ознаками такої поведінки можуть бути немотивовані, неадекватні чи неконтрольовані дії особи. Також Пленум Верховного Суду України зазначає, що судово-психіатрична експертиза обов'язково призначається:

для визначення психічного стану особи в справах про визнання громадян недієздатними;

у справах про поновлення громадянина в дієздатності.

Друга частина ст. 239 ЦПК України містить положення, що у виняткових випадках, коли особа, щодо якої відкрито провадження у справі про обмеження її у цивільній дієздатності чи визнання її недієздатною, явно ухиляється від проходження експертизи, суд у судовому засіданні за участю лікаря-психіатра може постановити ухвалу про примусове направлення фізичної особи на судово-психіатричну експертизу.

Судово-психіатрична експертиза при розгляді судом справ про обмеження цивільної дієздатності фізичної особи, визнання фізичної особи недієздатною та при поновленні цивільної дієздатності фізичної особи судом призначається також відповідно до положень ст. 144 ЦПК України. Експертиза призначається ухвалою суду, де зазначаються: підстави та строк для проведення експерти-

зи; з яких питань потрібні висновки експертів, ім'я експерта або найменування експертної установи; об'єкти, які мають бути досліджені; перелік матеріалів, що передаються для дослідження, а також попередження про відповідальність експерта за завідомо неправдивий висновок та за відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків.

Відповідно до ч. 4 ст. 144 ЦПК України, якщо цього вимагають особливі обставини справи, суд може заслухати експерта щодо формулювання питань, які потребують з'ясування. Зокрема, у постанові Пленуму Верховного Суду України від 28 березня 1972 р. № 3 (із змінами та доповненнями) зазначається, що встановлений Цивільним кодексом судовий порядок вирішення питання про визнання громадянина обмежено дієздатним чи недієздатним є важливою гарантією захисту прав і законних інтересів громадян, тому в ухвалі суду про призначення експертизи на вирішення експертів мають бути поставлені такі запитання:

1. Чи хворіє даний громадянин на психічну хворобу?
2. Чи розуміє він значення своїх дій та чи може керувати ними?

Л. Є. Гузь вважає, що коли експерт в змозі відповісти на питання чи хворіє даний громадянин на психічну хворобу, то бажано уточнення, з якого саме часу хворіє громадянин, а також експерту може бути поставлене питання чи він (громадянин) страждає на «недоумство та в чому це полягає» [1].

У випадках, коли громадянин явно ухиляється від проходження експертизи, він за ухвалою суду може бути направлений на експертизу в примусовому порядку. Питання про таке направлення на експертизу розглядається в судовому засіданні з обов'язковою участю лікаря-психіатра (ч. 2 ст. 239 ЦПК України), також обов'язкове призначення експертизи базується на положеннях ст. 145 ЦПК України, якщо у справі необхідно встановити психічний стан особи.

Пленум Верховного Суду України від 30 травня 1997 р. № 8 (зі змінами та доповненнями) у постанові «Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах» з метою усунення недоліків і роз'яснення питань, що виникають у судовій практиці при призначенні та проведенні експертиз, зауважив, що при розгляді справ суди не мають права приймати рішення без проведення експертизи, якщо за законом її призначення є обов'язковим. Так, Пленум Верховного Суду України зазначає, що судова експертиза як один із засобів доказування сприяє всебічному, повному і об'єктивному дослідженню обставин справи, ухваленню законних і обґрунтованих судових рішень.

Порядок проведення судово-психіатричної експертизи затверджений наказом Міністерства охорони здоров'я України № 397 від 8 жовтня 2001 р.

Судово-психіатрична експертиза, призначена судом, проводиться з метою відповіді на запитання, що виникають під час провадження цивільної справи з приводу психічного стану особи.

Експертиза проводиться в Українському науково-дослідному інституті соціальної і судової психіатрії та наркології МОЗ України, а також центрах судово-психіатричних експертиз (у Києві та Донецьку), відділеннях, які є струк-

турними підрозділами психоневрологічних (психіатричних) лікарень, психоневрологічних диспансерів [1]. Експертизу у вищенаведених експертних установах виконує лікар — судово-психіатричний експерт одноособово або у складі амбулаторних (стаціонарних) судово-психіатричних експертних комісій, також експертиза може проводитись у судовому засіданні.

Судово-психіатрична експертиза може бути:

1) первинна, яка призначається у даній справі з даних питань уперше (ст. 143 ЦПК України);

2) додаткова, яка призначається для вирішення окремих питань, які не були поставлені при первинній експертизі, а також у разі неповноти або недостатньої якості первинної експертизи, і проведення її доручається експертам у тому самому або іншому складі (ч. 1 ст. 150 ЦПК України);

3) повторна, якщо висновок первинної експертизи суперечить матеріалам справи, викликає сумніви щодо його правильності і визнаний судом (суддею) необґрунтованим. Призначення повторної експертизи повинно бути мотивоване, а її проведення доручається іншому, більш кваліфікованому складу експертів (ч. 2 ст. 150 ЦПК України).

Об'єктом судово-психіатричної експертизи є особа, стосовно якої вирішується питання про її дієздатність; матеріали цивільної справи, медична документація, аудіовізуальні матеріали та інша інформація про психічний стан особи, відносно якої проводиться експертиза.

Амбулаторна експертиза може проводитись у суді, експертній установі. Виклик експерта на вимогу судових органів здійснюється згідно з вимогами чинного законодавства. Термін проведення амбулаторної експертизи становить 30 діб з моменту отримання всіх відповідних матеріалів. Залежно від ступеня складності експертизи і обсягу її об'єктів, поданих на дослідження, цей термін може бути продовжений за узгодженням з судовим органом, що призначив експертизу. При проведенні експертизи в суді експерт оголошує акт експертизи в судовому засіданні і дає роз'яснення з питань, які виникли в учасників процесу.

Стаціонарна експертиза проводиться в експертній установі. Термін її проведення — до 30 діб. Залежно від обсягу та складності експертизи термін її проведення може бути продовжений.

По закінченні експертизи складається акт експертизи, що складається із:

1. Вступної частини, яка містить:

- дату проведення експертизи;
- дату експертизи, її номер, чи є вона додатковою, повторною, комісійною або комплексною, форму проведення (амбулаторна, стаціонарна);
- прізвище, ім'я та по батькові особи, яка призначила експертизу;
- прізвище експерта (експертів), фах, посаду, експертний стан, кваліфікаційний клас, ранг, науковий ступінь, вчене звання;
- ким і коли винесено рішення про призначення експертизи;
- прізвище присутніх при експертизі;
- перелік об'єктів, поданих на експертизу;



запитання, поставлені перед експертом (експертами);

– підпис експерта (експертів) під попередженням про відповідальність.

2. Досліджуваної частини акта експертизи, яка містить:

– факти, які отримані при дослідженні поданих на експертизу об'єктів, що стосуються психічного стану особи, у різні періоди часу та їх пояснення;

– дані клінічного дослідження особи, виявлені під час проведення експертизи (психічний, соматичний, неврологічний стан тощо).

3. Мотивувальної частини акта експертизи, яка містить обґрунтоване пояснення даних про психічний стан особи та фактів, які встановлені і виявлені при дослідженні об'єктів експертизи.

4. Висновок експерта повинен бути обґрунтованим і містити відповіді на поставлені перед ним питання у межах його компетенції, мати конкретний характер. У разі виявлення експертом важливих фактів, з приводу яких йому не були поставлені запитання, він дає відповідь з власної ініціативи.

Акт експертизи підписується експертом, членами комісії і засвідчується печаткою експертної установи. При комісійній експертизі у разі незгоди експертів щодо відповідей на поставлені запитання кожен з них складає і підписує окремий акт або частину спільного акта, яка відображає хід і результати досліджень, проведених ним особисто:

1) при проведенні комісійної експертизи експерт, призначений головою комісії, не має переваг перед іншими членами комісії. Як голова комісії він виконує лише організаційні функції проведення експертизи. У разі розходження думок між експертами однієї комісії, у разі розходження висновків первинної та повторної експертизи жоден з висновків немає заздальгідь установленої сили;

2) акт складається у двох примірниках, один з яких направляється в суд, другий залишається в експертній установі.

Судово-психіатрична експертиза, як вже вказувалось вище, проводиться тільки в державних експертних установах. Судово-психіатрична експертиза проводиться амбулаторно, стаціонарно, в суді, заочно (посмертно).

Посмертна судово-психіатрична експертиза, яка є найбільш складною для експертів-психіатрів, завжди пов'язана з вирішенням питання психічного стану суб'єкта під час вчинення конкретних дій. Вона, як правило, проводиться в цивільному судочинстві, і складність її полягає перш за все, в тому, що якість і кількість матеріалів, які характеризували б дії і особистість покійного, обмежені. Посмертна судово-психіатрична експертиза покликана усунути наслідки хворобливих діянь хворого, яка викликає необхідність оцінювати психічний стан підекспертного ретроспективно (після його смерті). В цьому полягає складність вказаних експертиз, оскільки експертний висновок базується на вивченні матеріалів справи медичної документації (якщо вона наявна) і показаннях свідків. Приводом для призначення посмертної судово-психіатричної експертизи є, наприклад, судові позови про визнання недійсним заповіту (договору дарування, інших правочинів), оформленого особою, в психічній повноцінності якої виникли сумніви.

У вищезазначених випадках експертам-психіатрам допомагає обґрунтову-

вати висновки про психічний стан особи вивчення показань свідків. У той самий час наявність суперечностей в цих показаннях, як правило, має наслідком виникнення необхідності безпосередньої участі експерта у судовому засіданні. При допиті експерт-психіатр отримує інформацію, яку, усвідомлено чи ні, може надати свідок. Наприклад, ця інформація може стосуватися особливостей поведінки підекспертного в період вчинення конкретних дій (наприклад, заповідача в період оформлення заповіту), особливостей взаємовідносин підекспертного з позивачем (відповідачем) при психічних порушеннях (безглуздих вчинках).

Відповідно до сформульованих в ухвалі суду питань в стані підекспертного в період здійснення тої чи іншої юридичної дії можливо декілька варіантів експертних висновків, особливістю проведення експертизи є ретроспективна оцінка психічного стану особи на період закінчення правочину чи іншої юридичної дії. Здійснювати цю оцінку завжди складно через відсутність медичної документації, показань свідків, які відносяться до періоду, що досліджується.

Як показує практика, експертизи досить часто призначаються у відношенні осіб з органічними психічними розладами.

Як приклад можна навести таке спостереження.

Хворий О. 82 роки проживав один і не мав близьких родичів. На обліку у психіатра він не знаходився. Психічний розлад, після визначення як сенільна деменція, що не уточнена, почалась зі зростання мністичних розладів і інтелектуального зниження порушенням критичних функцій, адаптаційних можливостей. І характеризувалась з попереднім перебігом хвороби.

У психіатричній лікарні, де був поставлений вище вказаний діагноз, відмічалось, що хворий дезорієнтований, не розуміє суті простих питань. Після судово-психіатричної експертизи рішенням суду громадянин О. був визнаний недієздатним.

Таким чином, при проведенні судово-психіатричної експертизи враховувалась сукупність клінічних, соціальних, індивідуально-психологічних і психогенних факторів, що здійснюють вплив на поведінку особи. При винесенні експертного висновку враховувались: ступінь вираженості інтелектуально-мністичних та емоціонально-вольових розладів, порушення критичних і прогностичних функцій, особові, індивідуально-психологічні особливості.

Отже, можна зробити висновок, що основними задачами, що вирішуються судово-психіатричною експертизою по даній категорії справ, є визначення психічного стану особи, по відношенню до якої розглядається справа про її цивільну дієздатність, і вирішення питання про здатність цієї особи по стану психічного здоров'я розуміти значення своїх дій чи керувати ними.

Приблизний перелік питань, рекомендований судово-психіатричною експертизою:

1. Чи страждала раніше, чи страждає на даний момент особа, що оглядається, якимось психічним захворюванням, якщо так, то яким саме і з якого часу?
2. Чи може особа за своїм психічним станом правильно сприймати обстави-

ни, що мають значення для справи і давати стосовно них правильні показання?

В цивільному судочинстві найбільш поширені звернення до судової психіатричної експертизи у випадках при визнанні особи недієздатною і необхідності встановлення над нею опіки, а також, наприклад, при визнанні правочину недійсним (купівлі-продажу, актів дарування, обміну житлової площі та ін.); в позові про визнання шлюбу недійсним (наявність у одного із шлюбів психічного захворювання в період укладення шлюбу); при позові у справі про розірвання шлюбу при психічному захворюванні одного із подружжя, при цьому мова йде про можливість впливу гострих психічних розладів у вигляді маячні, ревності, переслідуванні та ін.; при позові про відшкодування заподіяння шкоди; при спорах про виховання дітей; при визначенні часу настання недієздатності; при прогнозі психічного стану та ін.

У зв'язку з прийняттям Закону України «Про психіатричну допомогу» необхідність залучення експертів-психіатрів до розгляду цивільних справ значно зросла. Причинами є: регулювання прав осіб, що страждають психічним захворюванням; необхідність встановлення цивільної процесуальної дієздатності і можливості участі у судовому процесі; конфлікти і мотиви, пов'язані з недобровільною госпіталізацією в психічні стаціонари (для проведення лікування, експертиз, обстежень та ін.); оцінка дій медичних працівників, посадових чи інших осіб із надання психічної допомоги та ін. [2].

### Література

1. Клименко Н. І. Судова експертологія: курс лекцій : навч. посіб. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / Н. І. Клименко. — К. : Ін Юре, 2007. — С. 50.
2. Россинская Е. Р. Судебная экспертиза в гражданском, арбитражном, административном и уголовном процессе / Е. Р. Россинская. — М. : Норма, 2005. — С. 526–531.
3. Судова експертиза: нормативно-правове регулювання та наукові коментарі : навч.-довід. посіб. — Х. : Одісей, 2004. — С. 96.
4. Судові експертизи в Україні : зб. нормат. актів. — К. : Юрінком інтер, 2002.
5. Про судову експертизу : Закон України від 25 лют. 1994 р. № 4038. — С. 5.
6. Про психіатричну допомогу : Закон України від 22 лют. 2000 р. № 1489 — С. 22.
7. Інструкція про призначення та проведення судових експертиз : затв. наказом Міністерства юстиції України від 8 жовт. 1998 р. № 53/5. — С. 29.
8. Положення про кваліфікаційні класи лікарів — судово-психіатричних експертів : затв. наказом Міністерства охорони здоров'я України від 31 жовт. 1995 р. № 199. — С. 199.
9. Порядок проведення судово-психіатричної експертизи : затв. наказом Міністерства охорони здоров'я України від 8 жовт. 2001 р. № 397. — С. 308.

### Анотація

*Соломахи́на О. М.* Дослідження процесуальних особливостей призначення і проведення судово-психіатричної експертизи. — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню процесуальних особливостей призначення і проведення судово-психіатричної експертизи при розгляді цивільних справ у порядку окремого провадження. Проаналізовані особливості призначення експертизи, формування питань до експерта, затверджений порядок проведення судово-психіатричної експертизи (медичні аспекти).

*Ключові слова:* окреме провадження, призначення експертизи, проведення експертизи, психічний стан особи, об'єкт судово-психіатричної експертизи, акт експертизи, висновок експерта.

### Анотація

*Соломаха О. М.* Исследование процессуальных особенностей назначения и проведения судебно-психиатрической экспертизы. — Статья.

Статья посвящена исследованию процессуальных особенностей назначения и проведения судебно-психиатрической экспертизы при рассмотрении гражданских дел в порядке особого производства. Проанализированы особенности назначения экспертизы, формулировка вопросов к эксперту, утверждён порядок проведения судебно-психиатрической экспертизы (медицинские аспекты).

*Ключевые слова:* особое производство, назначение экспертизы, проведение экспертизы, психическое состояние лица, объект судебно-психиатрической экспертизы, акт экспертизы, заключение эксперта.

### Summary

*Solomahina O. M.* Research of Remedial Features of Appointment and Carrying Out of Judicial-Psychiatric Examination. — Article.

The following article is dedicated to the research of procedural peculiarities of the appointment and conducting of the judicial — psychiatric examination while considering civil cases in a court in the order of special proceeding. Are analyzed the main features of appointment of the judicial — psychiatric examination, statement and formulation of the questions made to an expert, order confirmation of conducting of the judicial — psychiatric examination (medical aspects).

*Key words:* special proceeding, appointment of the examination, conducting of the examination, mental condition of the person, the object of the judicial — psychiatric examination, the act of examination, the expert's statement.

УДК 347.942/943:347.626.6

*Ю. Ю. Цал-Цалко*

### СУДОВІ ДОКАЗИ У СПРАВАХ ЩОДО ПОДІЛУ СПІЛЬНОГО МАЙНА ПОДРУЖЖЯ

Зважаючи на те, що основним завданням і обов'язком суду при розгляді і вирішенні справ щодо поділу спільного майна подружжя є з'ясування реальних (дійсних) взаємовідносин сторін, а також захист і охорона порушеного, невизнаного або оспорюваного права чи інтереса осіб саме шляхом винесення законного і обґрунтованого рішення, то відповідно з'ясування цих взаємовідносин можливе лише шляхом дослідження та обов'язкової оцінки доказів стосовно даної категорії справ, які надаються суду безпосередньо учасниками цього процесу.

Висновок про наявність чи відсутність певних обставин справи й пов'язаних з ними суб'єктивних прав та обов'язків сторін досягається судом шляхом дослідження й використання ним у судовому процесі передбачених процесуальним законодавством інструментів судового доказування: доказів, засобів доказування [1, 56].

Перецінити значення доказів у сучасному цивільному судочинстві дуже складно, оскільки належне і достатнє підтвердження всіх юридичних обставин — це запорука подальшого об'єктивного вирішення справи.

© Ю. Ю. Цал-Цалко, 2010

Відповідно до ч. 1 ст. 57 ЦПК України доказами є будь-які фактичні дані, на підставі яких суд встановлює наявність або відсутність обставин, що обґрунтовують вимоги і заперечення сторін, та інших обставин, які мають значення для вирішення справи. Ці дані відповідно до ч. 2 ст. 57 ЦПК України встановлюються на підставі пояснень сторін, третіх осіб, їхніх представників, допитаних як свідків, показань свідків, письмових доказів, речових доказів, зокрема звуко- і відеозаписів, висновків експертів, тобто за допомогою засобів доказування. Доречно зауважує П. А. Лупинська, що засоби доказування не виступають як докази, за їх допомогою встановлюються або спростовуються певні факти, які виконують роль доказів [2, 121].

Джерелом відомостей про факти і обставини, що мають значення для справ про поділ спільного майна подружжя, можуть бути пояснення сторін або представників сторін, третіх осіб або їхніх представників, допитаних як свідків про відомі їм обставини, що мають значення для справи. Як зазначає Д. Д. Луспенник, жоден з доказів не має більшого інформаційного навантаження, ніж пояснення сторін, що, у свою чергу, дозволяє ширше застосовувати даний засіб доказування та більше довіряти цим поясненням і, знявши мотив до перекручування фактів на свою користь під загрозою відповідальності, суд зможе визнавати такі пояснення сторін чи третіх осіб достатнім доказом на підтвердження будь-якої обставини [3, 32]. Саме сторонам і третім особам, безпосереднім учасникам подій, які обговорюються в судовому процесі, краще, ніж будь-кому, відомі обставини, які повинен установити суд. Проте суттєво важливим моментом є те, що доказове значення для суду мають не всі пояснення сторін і інших осіб, що беруть участь у справі, а лише ті пояснення, які містять в собі відомості про обставини і факти, що мають значення безпосередньо для справ щодо поділу спільного майна подружжя. Таким чином, на нашу думку, цілком правильно зазначає М.А. Гурвич, що як доказ може розглядатися не все те, що говорить сторона в процесі, а тільки та частина їхніх пояснень, в якій сторони сповіщають суду відомості про факти, що мають юридичне або доказове значення [4, 117].

Судове рішення не може вважатися обґрунтованим, якщо воно ухвалене з посиланням лише на пояснення сторін, які не проаналізовані в сукупності з іншими доказами [5, 169].

У розгляді справ щодо поділу спільного майна подружжя суттєву роль відіграють показання свідків. Показання свідка відповідно до ст. 63 ЦПК України — це повідомлення про відомі йому обставини, які мають значення для справи. Свідки не є юридично зацікавленими в результаті справи особами, але вони повинні бути здатні правильно сприймати і відтворювати факти, що мають значення для правильного вирішення справи. Як правило, у справах щодо поділу спільного майна подружжя показання свідків зводяться щодо складу майна, що знаходилося у володінні, користуванні і розпорядженні подружжя. Фактичні дані, повідомлені свідками у справах щодо поділу спільного майна подружжя, відносяться до особистих доказів, разом з поясненнями сторін, третіх осіб і їхніх представників.

При розгляді справ щодо поділу спільного майна подружжя, напевно, найважливішим є надання суду суб'єктами цього процесу і дослідження судом письмових доказів. Дослідження письмових доказів є перевіркою достовірності доказу, перевіркою з погляду як його належного оформлення, так і змісту по суті.

У справах щодо поділу спільного майна подружжя письмовими доказами, тобто документами, які містять відомості про обставини, які мають значення безпосередньо для розгляду справ даної категорії, можуть бути: свідоцтво (копія) про реєстрацію шлюбу, у разі його припинення — свідоцтво про припинення шлюбу, копії свідоцтв про народження дітей, якщо у подружжя є спільні діти; особливо важливе значення для судового розгляду спорів щодо поділу майна подружжя мають правовстановлювальні документи, зокрема, договори купівлі-продажу, довічного утримання, міни, дарування, кредитні договори, договори про виділ в натурі частки нерухомого майна, про поділ майна, свідоцтва про право власності, свідоцтва про право на спадщину; дублікати правовстановлювальних документів, виданих державними та приватними нотаріусами, місцевими органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування, органами приватизації, копії архівних документів, видані державними архівами; довідки щодо розміру заробітку та інших доходів, довідки органів державної реєстрації прав на нерухоме майно і операції з ним, про приналежність окремих об'єктів нерухомості, генеральні довіреності, бухгалтерські і платіжні документи, зокрема, довідки про внесення пайових внесків, квитанції про сплату податків і зборів, про внесені страхові і комунальні платежі, квитанції про придбання певних речей; документи органів державної технічної реєстрації: акти про прийом об'єктів нерухомості в експлуатацію, паспорти технічних засобів; акт опису майна із зазначенням його вартості й часу придбання. До письмових доказів також відносяться рішення і ухвали суду, вироки, протоколи здійснення процесуальних дій, протоколи судових засідань.

Письмові докази відносяться до особистих доказів, на їх формування впливають особисті якості людини: освіта, спеціальність, вік, спостережливість, заінтересованість, розвиненість органів чуття, душевний стан. Сукупність цих фактів і визначає об'єктивність і повноту отримання і закріплення відомостей [6, 11].

Речовими доказами відповідно до ч. 1 ст. 65 ЦПК України є предмети матеріального світу, що містять інформацію про обставини, які мають значення для справи. Речовими доказами у справах щодо поділу спільного майна подружжя можуть бути безпосередньо всі предмети (об'єкти) матеріального світу, які належать подружжю на праві спільної сумісної власності і підлягають поділу (квартира, будинок, ключі від такої нерухомості, земельна ділянка, гараж, картина, автомобіль, телевізор, антикварна річ, фотографії даних об'єктів та інші).

В процесі дослідження доказів і встановлення обставин, які мають значення для справ щодо поділу спільного майна подружжя, суд може зштовхнутися з необхідністю отримання відомостей про факти і обставини, які мають зна-

чення для справи від кваліфікованих фахівців. Аналіз цих відомостей може бути найбільш достовірно здійснений експертом, фахівцем в тій галузі науки, техніки, мистецтва або ремесла, спеціальні знання якої необхідні для даних справ. Відповідно до ст. 66 ЦПК України висновок експерта — це докладний опис проведених експертом досліджень, зроблені в результаті них висновки та обґрунтовані відповіді на питання, задані судом. Від того, наскільки правильно буде проведена експертиза і зафіксовані її висновки, багато в чому залежить обґрунтованість судового рішення.

У справах щодо поділу спільного майна подружжя експертизу може бути призначено судом за заявою осіб, які беруть участь у даних справах. У судовій практиці доволі часто виникає необхідність проведення судово-товарознавської експертизи, оскільки за загальним правилом вартість майна зазначається позивачем у змісті позовної заяви, а у разі виникнення спору щодо вартості цього майна або окремих речей виникає потреба у проведенні товарознавської експертизи і у результаті її проведення отримання відповідного висновку щодо встановлення дійсної (ринкової) вартості спірного майна. Також при вирішенні даної категорії справ може виникнути питання про проведення судово-технічної експертизи документів та почеркознавчої експертизи для встановлення давності складання розписок та інших документів, внесення до них змін. А у разі якщо до складу спірного майна входить житловий будинок — може виникнути необхідність ініціювати питання про проведення будівельно-технічної експертизи.

Необхідно відмітити, що у судовій практиці при поділі спільного майна подружжя часто виникає проблема, пов'язана з фальсифікацією доказів. Як відмічають у літературі, особа, яка фальсифікує докази при поділі спільного майна подружжя, найчастіше має дві мети: це виключити спільне майно із розподілу шляхом доказування, що майно ніколи не існувало, або воно було відчужене до поділу одним з подружжя в інтересах сім'ї, викрадено або іншим чином витрачено, або не є спільно нажитим і належить одному з подружжя або третім особам та зменшити реальну частку одного з подружжя в спільному майні шляхом доказування, що у подружжя є спільні борги, які погашаються одним з подружжя, що майно, яке належить одному з подружжя, є спільним, а також шляхом заниження вартості майна, на яку претендує один з подружжя (зацікавлений), і завищення вартості іншої частини спірного майна [7, 39].

Для запобігання фальсифікації доказів у справах щодо поділу спільного майна подружжя необхідно у першу чергу забезпечити позов, тобто накласти арешт на спірне майно. На практиці суди не завжди приймають міри для забезпечення позову, незважаючи на заяву позивача (відповідача). Інколи в процесі накладання арешту на майно допускаються порушення закону (не попереджують сторону про можливу кримінальну відповідальність за розтрату майна, не роблять в акті опису детального опису майна, яке забезпечує його ідентифікацію), які сприяють в майбутньому хованню майна зацікавленою стороною і фальсифікації доказів у справі. Для встановлення факту фальсифікації доказів у випадку пред'явлення стороною фіктивних платіжних документів не-

обхідно направляти запити до податкових органів для з'ясування факту існування організацій і осіб, які видали платіжні документи, їх місцезнаходження і сфери діяльності. При цьому необхідно враховувати, що деякі організації, які реалізують цінне майно (меблі, побутову техніку, антикваріат та ін.), ведуть облік покупців по дисконтних картках або покупці скористалися доставкою товару додому, таким чином ці дані також можливо витребувати і надати їм оцінку поряд з іншими доказами у справах щодо поділу спільного майна подружжя.

Отже, цивільне процесуальне законодавство зобов'язує суд повно, всебічно, об'єктивно виявляти дійсні обставини справи і надає суду можливість зробити кінцевий висновок щодо всіх пред'явлених та досліджених доказів у справі. Відповідно до ст. 212 ЦПК України суд оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням, при цьому жоден доказ не має для суду наперед встановленого значення. Беручи до уваги той факт, що процес оцінювання доказів є логічною, інтелектуальною діяльністю судді, важливе значення має рівень його правосвідомості. При оцінюванні доказів суддя повинен володіти особливим правовим мисленням та, не перевищуючи межі наданого процесуальним законом права дискреції, постановити мотивоване, законне та справедливе рішення [8, 43]. Аналогічної думки дотримується і О. В. Барабикіна, яка зазначає, що з точки зору психології, пізнавальна діяльність судді включає у себе осмислювання безпосередньо прийнятих та досліджених доказів та винесення на їх основі обґрунтованого рішення [9, 113]. Таким чином, результати оцінки доказів суд відображає в рішенні, в якому наводяться мотиви їх прийняття чи відмови у прийнятті.

### Література

1. Тертишніков Р. В. Співвідношення доказів і засобів доказування у цивільному судочинстві // Проблеми законності. — 2007. — Вип. 92. — С. 55–60.
2. Лупинская П. А. О проблемах теории судебных доказательств // Советское государство и право. — 1960. — № 10. — С. 121.
3. Луспенік Д. Д. Допит сторін, третіх осіб, їх представників як свідків (під присягою) у цивільному процесі: проблеми теорії і судової практики та шляхи їх вирішення // Вісник Верховного Суду України. — 2007. — № 3. — С. 28–34.
4. Гурвич М. А. Лекции по советскому гражданскому процессу / М. А. Гурвич. — М.: ВЮЗИ, 1950. — 436 с.
5. Треушников М. К. Судебные доказательства / М. К. Треушников. — М., 2004. — 272 с.
6. Коломыцев В. И. Письменные доказательства по гражданским делам / В. И. Коломыцев. — М.: Юрид. лит., 1978. — 194 с.
7. Чурилов Ю. Фальсификация доказательств по делам о разделе общего имущества супругов // Законность. — 2006. — № 2. — С. 39–40.
8. Ющенко Т. В. Дискреційні повноваження суддів та їх роль у цивільному процесі // Вісник Верховного Суду України. — 2009. — № 2. — 2009. — С. 41–44.
9. Барабикіна О. В. Повышение эффективности доказывания в гражданском судопроизводстве // Вестник Саратовской государственной академии права. — 2007. — № 3. — С. 112–115.

### Анотація

*Цал-Цалко Ю. Ю.* Судові докази у справах щодо поділу спільного майна подружжя. — Стаття. У статті автор аналізує значення судових доказів у справах щодо поділу спільного майна



подружжя, зазначає певні засоби доказування та їх особливості у рамках розглядаємої категорії справ. Особливу увагу звертається на проблему фальсифікації доказів у справах щодо поділу спільного майна подружжя та пропонуються шляхи її вирішення.

*Ключові слова:* подружжя, спільне майно, поділ майна, судові докази, засоби доказування, фальсифікація доказів.

### Аннотация

**Цал-Цалко Ю. Ю.** Судебные доказательства по делам относительно раздела общего имущества супругов. — Статья.

В статье автор анализирует значение судебных доказательств по делам относительно раздела общего имущества супругов, отмечает некоторые средства доказывания и их особенности в рамках рассматриваемой категории дел. Отдельное внимание обращается на проблему фальсификации доказательств по делам относительно раздела общего имущества супругов и предлагаются пути ее решения.

*Ключевые слова:* супруги, общее имущество, раздел имущества, судебные доказательства, средства доказывания, фальсификация доказательств.

### Summary

**Tsal-Tsalko Y. Y.** Court's Evidences in Affairs About Sectioning of the Common Property of Married Couple. — Article.

In the article the author examines the significance of evidence in court cases concerning the division of joint property of spouses, some means of proof and features within category of cases that are discussed are pointed. Special attention is drawn to the problem of falsification of evidence in cases concerning the division of joint property of spouses, ways of its solving are proposed.

*Keywords:* judgement, marriage, common property, division of property, court evidence, means of proof, evidence tampering.



|

Розділ 3

**ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА**



### ДЕЯКІ ПИТАННЯ РОЗМЕЖУВАННЯ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ТА ІНФОРМАЦІЙНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Високий рівень розвитку науки і техніки спричинив протягом останніх десятиріч зростання ролі інформації в еволюційному процесі людства. Тому цілеспрямований розвиток інформаційних відносин у всіх сферах життя є процесом об'єктивним, що супроводжується також інтенсивним розвитком інформаційних технологій та інформаційних мереж. Як наслідок, виникає нагальна потреба у відповідному правовому регулюванні відносин, що виникають.

Оскільки категорія інформаційних відносин є порівняно новою для вітчизняної правової науки, вона викликає жвавий інтерес з боку цивілістів, як теоретиків, так і практиків.

Інформаційні відносини пропонується розуміти як відносини, пов'язані з пошуком, отриманням, передачею, виробництвом, поширенням, перетворенням і споживанням інформації [1, 6]. Зазначається, що за своєю природою такі правовідносини є приватноправовими і можуть характеризуватися через предмет і метод цивільного права. Водночас інформаційним цивільним правовідносинам притаманні певні особливості, такі як широке коло суб'єктів та їх юридична рівність, специфічність об'єктів, можливість встановлення змісту ряду правовідносин за згодою сторін, розмаїття підстав виникнення, зміни і припинення правовідносин, специфіка способів здійснення і захисту суб'єктивних цивільних прав тощо. І, нарешті, висувається теза про те, що за змістом інформаційні правовідносини включають і правовідносини інтелектуальної власності.

Таким чином, інформаційні правовідносини є правовідносинами особливого роду, які не включаються до складу правовідносин інтелектуальної власності, оскільки поняття інформації є ширшим за своїм змістом від поняття твору як результату творчої діяльності, а поняття інформаційної інтелектуальної діяльності людини ширше за творчу діяльність [1, 14].

Необхідним у цьому контексті є з'ясування сутності інформації. Законодавче поняття інформації міститься, зокрема, у ЦК України та у Законі України «Про інформацію». Відповідно до ЦК України (ст. 200) інформацією є документовані або публічно оголошені відомості про події і явища, що мали або мають місце у суспільстві, державі та навколишньому середовищі. Закон України «Про інформацію» містить аналогічне визначення інформації. Основною характерною рисою інформації є її нематеріальний характер по відношенню до матеріального носія. Вона має кількісну визначеність та можливість багаторазового використання [2, 10].

З метою співвіднесення правовідносин інтелектуальної власності та інформаційних правовідносин необхідно вдатися до аналізу правовідносин інтелектуальної власності.

Попри ту обставину, що права інтелектуальної власності неодноразово були предметом наукових розвідок вітчизняних та зарубіжних правознавців, аналіз їх з погляду теорії правовідносин, практично, не проводився. На тлі розгляду загальних властивостей прав інтелектуальної власності та характеристики їх як правового інституту очевидною виглядає фактична відсутність системного аналізу правовідносин інтелектуальної власності. Така ситуація, на наш погляд, є невиправданою, оскільки якщо йдеться про «права інтелектуальної власності», то їй має бути чітко визначеним правовий зв'язок, елементом якого є такі права, його елементи, підстави виникнення, зміни та припинення тощо.

Отже, розглянемо правовідносини інтелектуальної власності як вид загальної категорії правовідносин, взявши за основу визначення останніх як передбачених юридичною нормою (або обумовлених конкретно-історичними загальними принципами об'єктивного юридичного права) ідеологічних суспільних відносин, які виражаються у взаємних юридичних правах і обов'язках суб'єктів права [3, 133].

Оскільки сутність та властивості правовідносин значною мірою визначаються їх видовими особливостями, почати їх аналіз здається доцільним з деяких зауважень щодо класифікації правовідносин. Слід зазначити, що, хоча проблема класифікації правовідносин у вітчизняному правознавстві вже розглядалася, але значна кількість її аспектів залишається дослідженою недостатньо. Це зумовлює доцільність звернення до цих питань з метою екстраполяції надалі загальних положень теорії правовідносин до того їхнього виду, зокрема, правовідносин інтелектуальної власності, що виникає та існує на рівні цивільно-правового регулювання.

Важливим критерієм поділу правовідносин є сфера права, у якій вони виникають. Звідси випливає, що відповідно до розмежування сфери приватного та публічного права необхідно, передусім, розрізнити приватні та публічні правовідносини. При цьому варто застеретти, що хоча право в цілому має офіційний, державний і у цьому сенсі «публічний» характер, поняття «публічне» може застосовуватися у юриспруденції також і в більш вузькому значенні. У цьому значенні поняття «публічне» стосується лише тієї частини права, котра пов'язана з функціонуванням держави як суб'єкта правовідносин. Крім того, маємо враховувати, що публічне та приватне право — це не галузі права у їхньому традиційному розумінні, а, радше, сфери, зони права, котрі можна назвати «супергалузями» або «надгалузями». Будучи супергалузями загально-го феномена права, що існують на наднаціональному рівні, вони охоплюють групу галузей національного права. Зокрема, до сфери публічного права відносять адміністративне право, фінансове право, кримінальне право, процесуальні галузі права тощо; до приватного — цивільне та деякі інші галузі права [4, 24-25]. Сфера публічно-правова враховує інтереси, перш за все, публічні, загальні, а отже такі, що з деякою мірою умовності можуть бути названі «державними». У цій сфері суб'єктивне право формується за нормативним, вольовим принципом. Тому, коли йдеться про публічне право, саме держава за допомогою законодавчих актів визначає публічний інтерес. Він домінує у цих відносинах. Тут

виражається воля держави і за допомогою правових норм відбувається узгодження індивідуальних інтересів у синтезованому інтересі публічному. На цьому підґрунті вимальовуються специфічні властивості публічно-правових та приватноправових відносин як таких, що акцентують увагу, передусім, на обов'язках суб'єктів (публічно-правові відносини) або на правах уповноважених учасників (приватноправові відносини).

Враховуючи ту обставину, що нормативною основою правовідносин інтелектуальної власності, у переважній більшості, слугують норми цивільного законодавства, які складають книгу четверту ЦК України та містяться у інших актах цивільного законодавства, проаналізуємо далі їх особливості, як виду цивільних правовідносин. При цьому під цивільними правовідносинами маємо на увазі правовий зв'язок між юридично рівними суб'єктами, що є носіями цивільних прав та обов'язків [5, 48].

Отже, розглянемо далі властивості цивільних правовідносин, які складаються у галузі інтелектуальної власності, маючи при цьому на увазі, що вони мають ознаки, загальні для всіх видів цивільних правовідносин, та ознаки, властиві лише для цивільних правовідносин інтелектуальної власності.

Зокрема, загальними ознаками, спільними для всіх цивільних правовідносин, є:

- 1) юридична рівність їх суб'єктів;
- 2) регулювання суспільних відносин нормами цивільного законодавства;
- 3) надання нормами цивільного законодавства учасникам цивільних відносин цивільних (юридичних) прав та обов'язків.

Але, крім того, цивільні правовідносини інтелектуальної власності, як зазначалося, мають ознаки, властиві тільки для них. Такими спеціальними їх ознаками є:

- 1) спеціальна підстава виникнення — створення об'єкту, який охороняється або здатен охоронятися нормами законодавства про інтелектуальну власність;
- 2) поєднання імперативного та диспозитивного елементів для визначення прав та обов'язків суб'єктів правовідносин інтелектуальної власності;
- 3) можливість поєднання речових та зобов'язальних елементів у правовідносинах інтелектуальної власності;
- 4) цільовий характер правовідносин інтелектуальної власності: забезпечення використання об'єктів інтелектуальної власності та їх правової охорони.

Об'єктом правовідносин інтелектуальної власності є результати інтелектуальної, творчої діяльності та інші об'єкти права інтелектуальної власності (ст. 199 ЦК, книга четверта ЦК). Зокрема, продуктами творчої діяльності є твори науки, літератури, мистецтва незалежно від форми, призначення цінності, а також способу відтворення.

За своїм характером результати інтелектуальної, творчої діяльності є комплексним об'єктом, котрий включає як немайнові, так і майнові права (право на авторство, право на опублікування твору, право на авторський гонорар тощо).

Результати інтелектуальної, творчої діяльності, за загальним правилом, стають об'єктами регулятивних цивільних правовідносин, після того як отри-

мають матеріальне втілення (картина, книга, креслення) або іншим чином виражені в об'єктивній формі (відеозапис, фонограма тощо), тобто стають доступними для сприйняття іншими особами. При цьому результати інтелектуальної, творчої діяльності та речі, в яких вони втілені матеріально, є самостійними об'єктами регулятивних цивільних правовідносин. Наприклад, право власності на картину переходить до покупця, у той час, як авторське право зберігається за художником, що створив цю картину.

Твори літератури, науки і мистецтва стають об'єктами цивільних правовідносин з моменту їхнього створення; винаходи, промислові зразки, раціоналізаторські пропозиції — з моменту кваліфікації їх як результатів інтелектуальної праці у встановленому порядку відповідними органами.

Звернемося тепер до аналізу інформаційних цивільних правовідносин, враховуючи при цьому, що основною їх кваліфікуючою ознакою є специфіка об'єкту.

Об'єктом інформаційних відносин є інформація — задокументовані або публічно оголошені відомості про події та явища, які мали або мають місце у суспільстві, державі та навколишньому середовищі, і які становлять реальну чи потенційну «особистісну» (як інформація про особу) або «комерційну цінність» (як інформація про майнове становище особи).

Слід зазначити, що вид цивільних правовідносин, які виникають стосовно інформації, залежать від виду останньої. Так, фізичні та юридичні особи, які володіють інформацією професійного, ділового, виробничого, банківського, комерційного та іншого характеру, одержаною за власні кошти, або яка є предметом їх професійного, ділового, виробничого, банківського, комерційного та іншого інтересу, як правило, самостійно визначають режим доступу до неї, включаючи належність її до категорії конфіденційної, та встановлюють систему захисту. Тобто, у зазначених випадках можуть виникати конкретні регулятивні цивільні правовідносини. Права і обов'язки, що виникають стосовно об'єкту, тут визначаються у диспозитивному порядку.

Разом із тим, це правило не стосується інформації, яка відповідно до закону є таємницею — державною, комерційною, службовою, професійною тощо. При цьому державна та службова таємниці взагалі вилучені з кола об'єктів цивільних правовідносин і регулюються нормами публічноправового характеру. Разом із тим вони можуть бути об'єктом охоронних цивільних правовідносин (наприклад, при завданні моральної шкоди у результаті їхнього розголошення).

У літературі була висловлена точка зору, відповідно до якої оскільки об'єкти права інтелектуальної власності можна розуміти через поняття інформації, як інформацію, створену в результаті творчої інтелектуальної діяльності, яка характеризується оригінальністю і неповторністю, творча інтелектуальна діяльність може розумітися як створення нової інформації найвищого рівня. При цьому низку правовідносин інтелектуальної власності, зокрема, правовідносини у сфері відкриття, комерційної таємниці, засобів індивідуалізації учасників товарного обігу, товарів і послуг пропонується розглядати як суто



інформаційні, оскільки об'єкти зазначених відносин значною мірою відрізняються від «класичних» об'єктів прав інтелектуальної власності [1, 16].

Однак слід зазначити з цього приводу, що між правовідносинами інтелектуальної власності та інформаційними правовідносинами існує низка відмінностей. Зокрема, далеко не всі результати творчої діяльності несуть інформаційне навантаження. Тому хибним, на нашу думку, було б стверджувати, що правовідносини інтелектуальної власності «поглинаються» інформаційними правовідносинами. Вони певним чином перетинаються, але одні не є підвидом других.

Крім цього, коло підстав виникнення правовідносин інтелектуальної власності є набагато ширшим, ніж інформаційних правовідносин. До того ж, існування правовідносин інтелектуальної власності обмежене певним строком, встановленим у законі, що не має місця стосовно строку дії інформаційних правовідносин. Момент виникнення тих та інших правовідносин також не співпадає.

Підсумовуючи викладене вище, можна зробити висновок, що, безумовно, цивільні правовідносини інтелектуальної власності та інформаційні цивільні правовідносини є категоріями, які мають багато спільного. Разом із тим це дві різні категорії цивільного права, що мають власні ознаки і потребують окремого правового регулювання та наукового дослідження, що не заперечує, звичайно, доцільності їх порівняльного аналізу.

#### Література

1. Кохановська О. В. Цивільно-правові проблеми інформаційних відносин в Україні : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / О. В. Кохановська. — К., 2006.
2. Северин В. А. Правовой механизм регулирования коммерчески значимой информации в торговом обороте // Юрист. — 2002. — № 10.
3. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави : навч. посіб. / П. М. Рабінович. — Вид. 9-те, зі змінами. — Л. : Край, 2007.
4. Алексеев С. С. Частное право : науч.-публицист. очерк / С. С. Алексеев. — М. : Статут, 1999.
5. Харитонов Є. О. Цивільні правовідносини : навч. посіб. / С. О. Харитонов, О. І. Харитонova. — К. : Істина, 2008.

#### Анотація

*Харитонов Є. О., Харитонova О. І.* Деякі питання розмежування цивільних правовідносин інтелектуальної власності та інформаційних правовідносин. — Стаття.

В статті розглядаються питання поняття цивільних правовідносин інтелектуальної власності та інформаційних цивільних правовідносин, визначається їх характерні ознаки, спільні риси та особливості; а також місце в системі цивільних правовідносин.

*Ключові слова:* розмежування, цивільні правовідносини, інтелектуальна власність, інформаційні правовідносини.

#### Аннотация

*Харитонов Е. О., Харитонova Е. И.* Некоторые вопросы разграничения гражданских правоотношений интеллектуальной собственности и информационных правоотношений. — Статья.

В статье рассматриваются вопросы понятия гражданских правоотношений интеллектуальной собственности и информационных гражданских правоотношений, определяется их характерные признаки, общие черты и особенности; а также место в системе гражданских правоотношений.

*Ключевые слова:* разграничение, гражданские правоотношения, интеллектуальная собственность, информационные правоотношения.

### Summary

*Haritonov Ye. O., Haritonova E. I. Some questions of differentiation of civil matters of intellectual property and informational legal relations. — Article.*

The article examines the issues of the concept of intellectual property civil matters and information civil matters and determines their specific features, similarities, peculiarities and the place in the civil matters.

*Keywords:* delimitation, civil matters, intellectual property, information legal relations.

УДК 347.55

*Т. С. Ківалова*

### ОСОБЛИВОСТІ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ, ЩО ВИНИКАЮТЬ З НАБУТТЯ, ЗБЕРЕЖЕННЯ МАЙНА БЕЗ ДОСТАТНЬОЇ ПРАВОВОЇ ПІДСТАВИ

Передбачена ст. 16 ЦК України можливість отримати відшкодування завданої майнової та немайнової (моральної) шкоди для учасників цивільних відносин є одним із важливих засобів захисту їх цивільних прав та інтересів. Таке відшкодування шкоди може мати місце як при договірних відносинах, так і за відсутності останніх. При цьому можливість отримати відшкодування «недоговірної» шкоди, тобто шкоди, завданої порушенням не договору, а абсолютних цивільних прав, має навіть більше значення, оскільки йдеться про більш універсальний захист прав та інтересів учасників цивільних відносин.

Враховуючи ту обставину, що концепція регулювання відповідних відносин у процесі останньої кодифікації цивільного законодавства в Україні зазнала певних змін, доцільно звернутися до розгляду її основних рис та характеру втілення у нормах ЦК України. Зокрема, доцільно розглянути особливості регулювання зобов'язань, що виникають з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави, що зазнало певних змін з прийняттям нового Цивільного кодексу України.

Слід зазначити, що наукова розробка загальних проблем деліктних та суміжних з ними зобов'язань у юридичній літературі певний час велась досить активно, хоча й на іншому законодавчому матеріалі (праці А. М. Белякової [1], Д. В. Бобрової [2], А. І. Загорулько [3], М. С. Малєїна [4], В. П. Маслової [5], С. Д. Русу [6], В. Т. Смирнова і О. А. Собчака [7], М. Я. Шимінової [8], К. К. Яічкова [9] та ін.). Але значна кількість питань усе ще залишається недослідженою, що особливо помітно у контексті оновлення вітчизняного цивільного законодавства.

На підставі викладеного можна зробити висновок, що питання наукового аналізу правового регулювання зобов'язань, які виникають з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави, є актуальними з теоретичної та практичної точок зору, що зумовлює доцільність розгляду відповідної проблеми.

Зміст та сфера застосування зобов'язань, що виникають з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави, визначені у ст. 1212 ЦК Украї-

ни, згідно з якою особа, котра набула майно або зберегла його у себе за рахунок іншої особи (потерпілого) без достатньої правової підстави (безпідставно набуте майно), зобов'язана повернути потерпілому це майно. Особа зобов'язана повернути майно і тоді, коли підстава, на якій воно було набуте, згодом відпала.

Зазначені положення застосовуються незалежно від того, чи безпідставне набуття або збереження майна було результатом поведінки набувача майна, потерпілого, інших осіб чи наслідком події. Вони застосовуються також до вимог про:

- 1) повернення виконаного за недійсним правочином;
- 2) витребування майна власником із чужого незаконного володіння;
- 3) повернення виконаного однією із сторін у зобов'язанні;
- 4) відшкодування шкоди особою, яка незаконно набула майно або зберегла його у себе за рахунок іншої особи.

Із врахуванням положень цивільного законодавства зобов'язання, що виникають з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави, визначають як такі правовідносини, в яких особа, що набула майно або зберегла його у себе за рахунок іншої особи (потерпілого) без достатньої правової підстави (або підстави, яка згодом відпала), зобов'язана повернути потерпілому це майно або відшкодувати вартість набутого чи збереженого майна [10, 23].

Зобов'язання, що виникають з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави, мають деякі спільні риси із зобов'язаннями відшкодування шкоди, які полягають, передусім, у такому:

- 1) і одні, й другі зобов'язання є недоговірними, тобто виникають незалежно від наявності зустрічної узгодженої волі учасників цивільних відносин;
- 2) підставою виникнення тих та інших зобов'язань є завдання шкоди потерпілому;
- 3) відшкодування шкоди потерпілому відбувається, як правило, за рахунок особи, чіями діями завдана шкода.

Проте між зобов'язаннями, що виникають внаслідок набуття, збереження майна без достатньої правової підстави, та зобов'язаннями з відшкодування шкоди існують відмінності, до дослідження яких неодноразово зверталися автори, які досліджували ті або інші із вказаних зобов'язань у цілому або їх окремі аспекти. Саме ці відмінності дозволяють визначити особливості зобов'язань, що виникають внаслідок набуття, збереження майна без достатньої правової підстави, тому доцільно зупинитися на їх аналізі більш детально.

Разом із тим, варто зазначити, що, як правило, предметом аналізу була *конкуренція* (тут і далі виділено мною. — *Т. К.*) зобов'язань (або ж позовів), а також проблема визначення припустимості зміни підстав позовних вимог [11, 138]. Причому йшлося не про зобов'язання відшкодування шкоди, а про *деліктні зобов'язання*, що надавало порівняльному аналізу відповідного характеру і спрямування і відповідно звужувало предмет дослідження [12; 13; 14, 136–145].

Зокрема, більшість дослідників зазначеної проблеми називали як основний критерій розмежування цих зобов'язань врахування суб'єктивної сторони по-

ведінки порушника (боржника), вказуючи, що за наявності його вини слід висувати деліктний позов, а за відсутності — позов про безпідставне збагачення [15, 47]. При цьому іноді уточнювалося, що враховуватися має не кожна вина порушника, а лише навмисна вина відповідача [16, 120].

Слід зазначити, що запропонований критерій, дійсно, може використовуватися для розмежування правовідносин, які виникають внаслідок завдання шкоди і внаслідок набуття, збереження майна без достатньої правової підстави.

Разом із тим необхідно зауважити, що при його використанні може йтися не про розмежування зобов'язань відшкодування шкоди, як цілісної правової категорії, та зобов'язань з безпідставного збагачення, а лише про відмежування останніх від правовідносин деліктної відповідальності, які складають лише частину (спеціальний випадок) зобов'язань відшкодування шкоди. Саме у випадках винного протиправного завдання шкоди, коли настає деліктна відповідальність, яка виражається у компенсації порушником завданої ним шкоди, враховується вина останнього.

Однак зобов'язання відшкодування шкоди можуть виникнути і внаслідок події, і внаслідок завдання шкоди правомірними діями за відсутності вини особи у завданні шкоди. Це дозволяє зробити висновок, що врахування суб'єктивного ставлення боржника не може слугувати критерієм, який дозволяє достатньо точно розмежувати зазначені зобов'язання у всіх випадках їхнього виникнення.

Так само не може слугувати універсальним критерієм розмежування досліджуваних тут зобов'язань, як то пропонувалося деякими правознавцями, врахування наявності на боці боржника майнової вигоди [17, 19]. Як слушно зазначалося у літературі, ознака майнової вигоди може слугувати для розмежування зобов'язань завдання шкоди (тобто зобов'язань відшкодування шкоди у вузькому значенні. — *Т. К.*) та зобов'язань з безпідставного збагачення лише у вузьких межах, оскільки майнова вигода на боці боржника у зобов'язаннях із безпідставного збагачення має бути завжди, а у зобов'язаннях внаслідок завдання шкоди її може і не бути [18, 10].

Враховуючи зазначене, розглянемо далі, які ж критерії розмежування зобов'язань відшкодування шкоди та зобов'язань з безпідставного збагачення можуть бути визначені як достатньо надійні для того, щоб відрізнити зазначені зобов'язання у теорії та на практиці.

По-перше, таким критерієм, на нашу думку, може слугувати характер завданої шкоди, яка підлягає відшкодуванню.

Якщо зобов'язання відшкодування шкоди, передбачені главою 82 ЦК України, стосуються випадків завдання як майнової, так і моральної шкоди, то у главі 83 ЦК України йдеться лише про набуття, збереження *майна* (виділено мною. — *Т. К.*) без достатньої правової підстави. При цьому моральна шкода, яка завдана безпідставним збагаченням потерпілому, на нашу думку, має відшкодовуватися на підставах відповідальності за завдану моральну шкоду, встановлених ст. 1167 ЦК України.

Отже, зобов'язання відшкодування шкоди є ширшим поняттям, ніж зобов'язання набуття, збереження майна без достатньої правової підстави.

По-друге, зобов'язання відшкодування шкоди навіть стосовно майна потенційно мають підставою більш широке коло випадків завдання шкоди. Якщо нормами глави 83 ЦК України охоплюються лише *набуття та збереження майна* (виділено мною. — Т. К.) без достатньої правової підстави, то під дію норм глави 82 ЦК України підпадають також випадки знищення майна, його пошкодження тощо.

По-третє, різним є фактичний склад, який слугує підставою виникнення одних та інших зобов'язань.

Зобов'язання відшкодування шкоди мають підставою завдання шкоди, а умовами — причинний зв'язок між поведінкою боржника та шкодою, яка виникла. У випадку протиправного завдання шкоди підставою виникнення відносин деліктної (недоговірної) відповідальності є цивільне правопорушення, яке включає такі елементи, як:

- 1) протиправність поведінки порушника;
- 2) причинний зв'язок між поведінкою порушника і шкодою, яка виникла у потерпілого;
- 3) вина особи, яка завдала шкоди.

Стосовно зобов'язань, що виникають внаслідок набуття, збереження майна без достатньої правової підстави, основою їхнього виникнення є юридичний склад, який включає:

- 1) виникнення шкоди у потерпілого (кредитора);
- 2) набуття або збереження майна іншою особою (боржником);
- 3) причинний зв'язок між шкодою, яка завдана потерпілому, та набуттям або збереженням майна у боржника [19, 38].

По-четверте, суттєві відмінності є у визначенні суб'єктного складу зазначених зобов'язань. Так, суб'єкти зобов'язань, що виникають внаслідок набуття, збереження майна без достатньої правової підстави, визначаються максимально просто: боржник — особа, яка набула майно або зберегла його у себе за рахунок іншої особи (потерпілого); кредитор (потерпілий) — особа, за чий рахунок інша особа (боржник) набула майно або зберегла його у себе (ч. 1 ст. 1212 ЦК України).

У зобов'язаннях відшкодування шкоди особи кредитора і потерпілого, боржника і особи, яка завдала шкоду, можуть не збігатися. Наприклад, у випадку смерті фізичної особи завдана шкода за наявності умов, встановлених законом, відшкодовується її чоловікові (дружині), батькам (усиновлювачам), дітям (усиновленим), а також особам, які проживали з нею однією сім'єю (ст. ст. 1168, 1200 ЦК України). Отже потерпілою є фізична особа, яка загинула, а кредиторами — особи, вказані у законі.

Так само можуть не збігатися особи заподіювача шкоди і боржника. Наприклад, згідно зі ст. 1172 ЦК України юридична або фізична особа відшкодовує шкоду, завдану їхнім працівником під час виконання ним своїх трудових (службових) обов'язків; замовник відшкодовує шкоду, завдану іншій особі підрядником, якщо він діяв за завданням замовника; підприємницькі товариства, кооперативи відшкодовують шкоду, завдану їхнім учасником (членом)

під час здійснення ним підприємницької або іншої діяльності від імені товариства чи кооперативу. У цих випадках порушником норм законодавства та цивільних прав потерпілого є той, хто заподіяв шкоду. Але боржником виступає не він, а особа, вказана у законі: роботодавець, замовник, підприємницькі товариства, кооперативи, членом яких є той, хто завдав шкоду, тощо.

Зазначене стосується і випадків відшкодування шкоди державою, Автономною Республікою Крим, органом місцевого самоврядування (ст. ст. 1173 1175 ЦК України), відшкодування шкоди, завданої малолітньою особою (ст. 1178 ЦК України), недієздатною фізичною особою (ст. 1184 ЦК України) тощо.

Ще однією відмінністю зобов'язань відшкодування шкоди та зобов'язань, які виникають внаслідок набуття, збереження майна без достатньої правової підстави, є те, що останні можуть розглядатися як довірчі (фідуціарні) правовідносини [20, 427 434]. Така позиція, хоча й виглядає, на перший погляд, не зовсім логічною, але підкріплюється досить переконливими аргументами.

Так, Р. А. Майданик, зазначаючи, що фідуціарний обов'язок — це обов'язок діяти в інтересах третьої особи, підпорядковуючи власні інтереси інтересам цієї особи, слушно, на нашу думку, звертає увагу на те, що суть фідуціарних відносин полягає не стільки в тому, на яких підставах вони встановлені, а в тому, що, будучи встановленими, вони вимагають від зобов'язаної особи непохитної сумлінності, дбайливості у виконанні зобов'язань, відданості інтересам довірителя понад всі інші мотиви своєї поведінки. Порушення даного пріоритету відданості та дбайливості вважається протиправним і тягне для порушника негативні правові наслідки, навіть якщо стосовно своїх справ він проявляв не більше уваги, ніж до справ довірителя, якщо він ужив для збереження свого майна ті ж заходи, що і для збереження майна довірителя. Саме фідуціарно-правовою природою кондикційних зобов'язань пояснюється встановлення підвищеної відповідальності набувача майна [21, 465].

Оцінюючи зобов'язання, що виникають внаслідок набуття, збереження майна без достатньої правової підстави, під таким кутом зору, логічно припустити, що вони виступають у певних випадках підставою виникнення зобов'язань відшкодування шкоди, тобто можуть слугувати правовідносинами — юридичним фактом, якими ніколи не виступають зобов'язання відшкодування шкоди, взяті у точному (вузькому) значенні цього поняття.

Підсумовуючи викладене вище, можна зробити висновок, що відшкодування «безпідставного збагачення» у випадку, коли воно сталося внаслідок поведінки учасника цивільних відносин, є окремим випадком зобов'язань відшкодування шкоди.

Присвячені їм норми можуть застосовуватися за таких умов завдання шкоди:

- 1) шкода завдана майну;
- 2) завдання шкоди полягає у набутті або збереженні майна, але не його знищенні;
- 3) набуття або збереження майна у однієї особи відбувається за рахунок іншої особи.

При цьому припускається, що право вибору того, який позов подавати —

кондикційний чи деліктний, належить потерпілій особі, яка може не тільки подати якийсь з них окремо, але й має право «додати» один позов до іншого. Наприклад, крім позову про повернення майна, набутого без достатньої правової підстави, може бути поданим також позов про відшкодування шкоди, завданої погіршенням або пошкодженням цього майна [22, 88].

У разі, коли якась із названих умов відсутня, то мають застосовуватися норми глави 82 ЦК України про відшкодування шкоди (але за умови, що наявні підстави виникнення згаданих зобов'язань).

### Література

1. Белякова А. М. Возмещение причиненного вреда. Отдельные вопросы / А. М. Белякова. — М. : МГУ, 1972. — 104 с.
2. Боброва Д. В. Права граждан на возмещение вреда / Д. В. Боброва. — К. : КГУ, 1990. — 120 с.
3. Загорулько А. И. Обязательства по возмещению вреда, причиненного субъектами гражданского права / А. И. Загорулько. — Х. : Консум, 1996. — 112 с.
4. Малсин Н. С. Возмещение вреда, причиненного личности / Н. С. Малсин. — М. : Юрид. лит., 1965. — 229 с.
5. Маслов В. Ф. Обязательства из причинения вреда : учеб. пособие / В. Ф. Маслов. — Х., 1961. — 103 с.
6. Русу С. Д. Делікти в цивільному праві України : навч. посіб. / С. Д. Русу. — Хмельницький : Вид-во НАПВУ, 2001. — 164 с.
7. Смирнов В. Т. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве : учеб. пособие / В. Т. Смирнов, А. А. Собчак. — Ленинград : Изд-во Ленинград. ун-та, 1983. — 152 с.
8. Шиминова М. А. Компенсация вреда гражданам. Гражданско-правовое регулирование / М. А. Шиминова. — М. : Наука, 1979. — 184 с.
9. Яичков К. К. Права, возникающие в связи с потерей здоровья / К. К. Яичков. — М. : Наука, 1964. — 168 с.
10. Ніколаєнко О. В. Концепція та поняття зобов'язань, які виникають внаслідок набуття або збереження майна без достатньої правової підстави в цивільному законодавстві України // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. — О., 2006. — Вип. 28.
11. Толстой Ю. К. Проблема соотношения требований о защите гражданских прав // Правоведение. — 1999. — № 2.
12. Флейшиц Е. А. Обязательства из причинения вреда и из неосновательного обогащения / Е. А. Флейшиц. — М. : Гос. изд-во юрид. лит., 1951. — 236 с.
13. Єрємєнко Г. В. Порівняльна характеристика деліктів з інститутом набуття, збереження майна без достатньої правової підстави (безпідставне збагачення) та іншими зобов'язаннями по захисту цивільних прав // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. — Хмельницький, 2002. — № 2. — С. 190–200.
14. Берестова І. Є. Зобов'язання з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави : дис. ... канд. юрид. наук / І. Є. Берестова. — К., 2004.
15. Иоффе О. С. Обязательства по возмещению вреда / О. С. Иоффе. — Ленинград : Изд-во ЛГУ, 1952.
16. Калмыков Ю. Х. Возмещение вреда, причиненного имуществу / Ю. Х. Калмыков. — Саратов : Изд-во Саратов. ун-та, 1965.
17. Тархов В. А. Ответственность по советскому гражданскому праву / В. А. Тархов. — Саратов : Изд-во Саратов. ун-та, 1973.
18. Чернышев В. И. Обязательства из неосновательного приобретения или сбережения имущества : учеб. пособие / В. И. Чернышев. — Ярославль : ЯГУ, 1977.
19. Толстой В. С. Понятие обязательства по советскому гражданскому праву // Ученые записки ВЮЗИ. — 1971. — Вип. 19.
20. Руденченко Н. А. Обязательства, возникающие из неосновательного приобретения или сбережения имущества : дис. ... канд. юрид. наук / Н. А. Руденченко. — М., 1974.

21. Майданик Р. А. Проблеми довірчих відносин в цивільному праві / Р. А. Майданик. — К. : Київ. ун-т, 2002. — 502 с.
22. Толстой Ю. К. Проблема соотношения требований о защите гражданских прав // Ежегодник российского права. — М. : НОРМА, 2000.

### Анотація

*Кивалова Т. С.* Особливості зобов'язань, що виникають з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави. — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню особливостей правового регулювання зобов'язань, що виникають з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави. Визначено зміст та сферу їх застосування. Запропоновано критерії розмежування зобов'язань, що виникають з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави, із зобов'язаннями відшкодування шкоди. Зроблено висновок, що зобов'язання з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави є окремим випадком зобов'язань відшкодування шкоди.

*Ключові слова:* зобов'язання, відшкодування, шкода, недоговірні зобов'язання, безпідставність набуття, безпідставність збереження, відсутність правової підстави набуття (збереження).

### Анотация

*Кивалова Т. С.* Особенности обязательств, которые возникают с приобретения, сохранения имущества без достаточного правового основания. — Статья.

Статья посвящена исследованию особенностей правового регулирования обязательств, которые возникают с приобретения, сохранения имущества без достаточного правового основания. Определено содержание и сферу их использования. Предложены критерии разграничения обязательств, которые возникают с приобретения, сохранения имущества без достаточного правового основания с обязательством возмещения ущерба. Сделан вывод, что обязательства с приобретения, сохранения имущества без достаточного правового основания являются отдельным случаем обязательств возмещения ущерба.

*Ключевые слова:* обязательства, возмещение, ущерб, договорные обязательства, безосновательность приобретения, безосновательность сохранения, отсутствие правового основания приобретения (сохранения).

### Summary

*Kivalova T. S.* Features of Obligations Arising from Acquisition and Preservation of Property Without Sufficient Legal Ground. — Article.

The article is dedicated to the features of legal regulation of obligations arising from acquisition and preservation of property without sufficient legal ground. The content and scope of their application are defined. The criteria of differentiation of obligations arising from acquisition and preservation of property without sufficient legal ground with obligations of damages compensation are proposed. It is concluded that investigated obligations are the special cases of obligations of damages compensation.

*Keywords:* obligations, compensation, damage, non-contractual obligations, groundlessness of acquisition, groundlessness of preservation, absence of legal ground of acquisition (preservation).



### СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «ПОСЛУГА» І «ОБСЛУГОВУВАННЯ» У СФЕРІ ТУРИЗМУ

Правове регулювання стосунків по наданню послуг в Україні здійснюється за допомогою норм Цивільного кодексу України, а також нормативних актів, що приймаються відповідно до нього. Деяким послугам, зокрема перевезенню, страхуванню, вітчизняний законодавець присвятив окремі глави ЦК України. Послуги, опису яких не знайшлося місця в окремих главах ЦК України, підлягають регулюванню нормами його глави 63 «Послуги. Загальні положення». Відповідно до п. 2 ст. 901 ЦК України положення глави 63 застосовуються до усіх договорів про надання послуг, якщо це не суперечить суті зобов'язань. Отже, може застосовуватися і до відносин по туристському обслуговуванню. У зв'язку з цим виникає питання про співвідношення понять «послуга» і «обслуговування».

Незважаючи на велику кількість наукових праць та статей щодо питання визначення поняття «послуга» (маємо на увазі праці таких вчених, як, наприклад, О. А. Красавчиков, О. Ю. Кабалкін, Є. Д. Шешенін, Н. О. Барінов та інші) сучасний стан деяких правовідносин та його суперечливе тлумачення й правове регулювання дозволяє зробити висновок про неоднотайне розуміння цього поняття та можливість його розповсюдження на окремі правовідносини.

У радянській юридичній літературі поняття «обслуговування» включало будь-яку діяльність, спрямовану на задоволення чийх-небудь потреб. Професор О. А. Красавчиков вважає, що усі цивільно-правові договори можуть опосередкувати діяльність, спрямовану на задоволення потреб третіх осіб, тобто оформляти процес обслуговування [1, 6]. В той же час професор А. Ю. Кабалкін висловлюється за таке ж широке розуміння терміна «послуги» [2, 38-48].

Одним з вчених-цивілістів, що дослідили проблему співвідношення вказаних понять, є Є. Д. Шешенін. У своїй роботі він пише, що сфера послуг не тотожна сфері обслуговування. До сфери послуг, на його думку, відносяться тільки ті економічні стосунки, в яких громадяни для задоволення своїх потреб отримують «особливу споживну вартість» у вигляді діяльності обслуговуючої організації. Обслуговування ж включає усі сфери задоволення духовних і матеріальних потреб громадян. До сфери обслуговування Є. Д. Шешенін відносить у тому числі і туристське обслуговування [3, 4-43].

Нині роботи, присвячені співвідношенню даних понять, практично не проводяться. Деякі автори дотримуються погляду, прийнятого за радянських часів, згідно з яким обслуговування є задоволенням будь-яких потреб однієї особи за рахунок іншої [4, 185-186]. В той же час професор Н. О. Барінов визначає сферу обслуговування як галузь діяльності людей, де виробляються послуги і здійснюється їх доведення до споживача в цілях задоволення матеріальних і духовних потреб громадян [5, 21]. Тим самим Н. О. Барінов виключає зі сфери

обслуговування відношення купівлі-продажу, найму житла, а також інші стосунки, що не відносяться, на його думку, до категорії послуг. При цьому термін «послуга» вживається як економічна категорія, тобто включає не лише послуги в їх традиційному розумінні, але і роботи.

Деякі вчені, керуючись Законом України «Про захист прав споживачів» (у редакції від 1 грудня 2005 р. № 1023-12), роблять висновок про розширювальне розуміння законодавцем терміна «послуга». Із цього приводу професор В. Ф. Попондопуло відмічає, що у вказаному Законі законодавець розширює поняття «послуга» до будь-яких дій з обслуговування споживачів, включаючи продаж товарів, виконання робіт, а не тільки надання послуг у вузькому значенні слова\*. Такого роду послуги опосередковують не лише договорами платного надання послуг, але і іншими, якими: купівлі-продажу, підяду, страхування [6, 482]. Тим самим В. Ф. Попондопуло, наслідуючи точку зору А. Ю. Кабалкіна, розширює поняття «послуги» до поняття «обслуговування».

У розумінні терміна «обслуговування» можуть допомогти Правила побутового обслуговування населення (затверджені Постановою КМ України від 16 травня 1994 р. № 313, з послід. змінами і доповненнями, далі — Правила). Вони становлять інтерес постільки, оскільки з їх сенсу виходить поняття побутового обслуговування, яке може бути взято до уваги у відсутність законодавчого закріплення загального терміна «обслуговування». З сенсу Правил виходить, що сфера побутового обслуговування охоплює стосунки між споживачем і виконавцем, впливаючи з договорів побутового підяду або відшкодувального надання послуг. У свою чергу, стосунки, що виникають між виробником і споживачем у сфері роздрібного купівлі-продажу, знаходяться за межами регламентації Правил і підлягають регулюванню правилами торгівлі.

При розгляді обслуговування у сфері туризму виникає декілька основних питань, передусім визначення поняття туристського обслуговування і його зміст.

Н. В. Сірик, аналізуючи поняття «обслуговування» і «послуга» стосовно сфери туризму, вважає, що обслуговування є збиральною категорією, що використовується для характеристики діяльності, спрямованої на задоволення різних потреб громадян. Здійснюючи цю діяльність, організації роблять послуги, виконують роботи, продають у роздріб товари. Таким чином, поняття «обслуговування» є ширшим, ніж поняття «послуга» (останнє є складовою частиною першого) [7]. А оскільки, на думку автора, договір надання туристських послуг оформляє тільки одне зобов'язання, через яке виконавець зобов'язався надати туристові увесь комплекс послуг з перевезення, розміщення, харчування, то для позначення дій, спрямованих на задоволення потреб туристів, доцільно використовувати термін «туристські послуги», а не «послуги з туристського обслуговування». В результаті Н. В. Сірик доходить висновку про те, що договір, що оформляє стосунки по наданню туристові комплексної туристської послуги, повинен називатися договором надання туристських послуг.

Цікаве положення містить ст. 783 ЦК РФ, відповідно до якої до стосунків по оплатному наданню послуг можуть застосовуватися загальні положення про підряд і положення про побутовий підряд (глава 37 ЦК РФ), що дає підстави

вважати, що туристське обслуговування підлягає регулюванню нормами глави 39 ЦК РФ, що включає як надання послуг, так і виконання робіт [8]. Нормативне закріплення можливості субсидіарного застосування положень про підряд до відносин по оплатному наданню послуг викликане не лише і не стільки відсутністю у законодавця чіткої позиції з приводу розмежування послуг і робіт (як пише В. Ф. Попондопуло), а, швидше, неоднорідністю самих послуг.

У зв'язку з цим інтерес становить класифікація послуг, запропонована Є. Д. Шешеніним. Стосовно туризму вона виглядає так:

нематеріальні послуги, тобто послуги, що не ведуть до створення матеріального результату, до яких в туризмі відносяться послуги турфірм, перевезення туриста в місце відпочинку і назад, трансфер, надання туристові платних автостоянок, телефонного зв'язку і багато інших;

матеріальні послуги (роботи), які як самостійний вид послуг туристові практично не використовуються;

змішані послуги, що поєднують в собі як матеріальний, так і нематеріальний елементи, проте традиційно відносяться до нематеріальних послуг. До них, зокрема, відносяться готельні послуги і послуги харчування [3, 43–44].

Те, що туризм є категорією сфери послуг, обумовлює найбільше поширення тут нематеріальних і змішаних послуг. Саме для правової регламентації надання змішаних послуг може виявитися необхідним субсидіарне застосування норм підряду.

Окрім відносин по наданню послуг і виконанню робіт в туризмі набули поширення відносини, пов'язані з придбанням сувенірів і товарів туристського призначення, тобто стосунки по роздрібному купівлі-продажу. У зв'язку з цим виникає питання: чи можливе включення вказаних стосунків в юридичне поняття «туристське обслуговування»?

Згідно із Законом України «Про туризм» від 15 вересня 1995 р. № 324/95, який відносить до виконавців послуг осіб, які створюють туристичний продукт, надають туристичні послуги (перевезення, тимчасового розміщення, харчування, екскурсійного, курортного, спортивного, розважального та іншого обслуговування) чи здійснюють посередницьку діяльність із надання характерних та супутніх послуг, таке включення можливе. Проте вказане положення з позиції ЦК України виглядає невірним, оскільки діяльність по продажу товарів туристського призначення підлягає самостійному регулюванню нормами роздрібного купівлі-продажу і наврядчи може охоплюватися нормами, регулюючими надання послуг.

При визначенні поняття «туристське обслуговування» необхідно враховувати той факт, що багато що з туристських послуг регулюється іншими, ніж главою 63 ЦК України, нормами. Типовим прикладом може послужити така послуга, як перевезення, що підлягає регулюванню положеннями глави 64 ЦК України. Як інший приклад можна навести найм туристом транспортного засобу в країні відвідування (в Україні вона регулюється главою 58 ЦК України). І навіть надання готельних послуг називається інакше — готельні послуги (готельне обслуговування), але не туристське обслуговування.

Сказане дає основу для висновку про те, що туристське обслуговування є комплексним, тобто що включає різноманітні послуги (перевезення, розміщення, харчування і багато інших). І тільки послуги, пропоновані туристові в сукупності, підлягають регулюванню нормами глави 63 ЦК України. Подібне туристське обслуговування (чи надання комплексної туристської послуги) повинне надаватися спеціалізованою організацією — туроператором.

Вимагає вирішення питання і про мінімальну кількість послуг, що є змістом туристського обслуговування або комплексної туристської послуги. Надання комплексної туристської послуги регулюється законодавством деяких зарубіжних країн. Наприклад, п. 1 § 651a Німецького цивільного укладення (НЦУ) використовує поняття «туристське обслуговування», в яке входить сукупність усіх послуг з організації подорожі. Проте необхідний перелік послуг, що підлягають включенню в подорож, в Законі відсутній.

В Акті Великобританії про пекидж-тури (1992 р.) використовується поняття туру, що означає заздалегідь сформовану комбінацію, як мінімум, з двох нижченаведених компонентів, які продані або пропонуються до продажу за загальну ціну (період надання таких послуг складає більше 24 годин або передбачає ночівлю): транспорт; розміщення; інші туристські послуги, що не відносяться до транспорту або розміщення і становлять значну частину в пропорційному відношенні. Аналогічні положення містить французький Закон від 13 липня 1992 р. № 92-645 [9, 9 10].

В Європейському Союзі прийнята Директива ЄС про комплексні тури (далі — Директива), положенням якої відповідають положення внутрішнього законодавства країн ЄС. Відповідно до Директиви в комплексну туристську послугу підлягають обов'язковому включенню дві послуги, що робляться за загальну ціну, якщо період надання послуг перевищує 24 години або передбачає ночівлю: перевезення; розміщення; інша туристська послуга, не пов'язана з першими двома і що становить значну частину в пропорційному відношенні.

З сенсу Міжнародної конвенції за контрактом на подорож (далі — Конвенція), що не набула чинності і тому має рекомендаційний характер, також можна вивести поняття комплексної туристської послуги, званої в документі подорожжю. Під подорожжю розуміється комплекс послуг, що робляться за загальну ціну, включаючий транспорт, розміщення або будь-які інші послуги, що відносяться до подорожі [9, 10]. На відміну від Директиви Конвенція не містить вимог до змісту комплексної туристської послуги, тобто кількості туристських послуг, що входять до її складу.

Як вже було зазначено, згідно із Законом України «Про туризм» під туристичним продуктом розуміють туристичні послуги (перевезення, тимчасового розміщення, харчування, екскурсійного, курортного, спортивного, розважального та іншого обслуговування) та посередницьку діяльність із надання характерних та супутніх послуг. Законодавець обмежується приблизним переліком туристських послуг, які можуть складати зміст туристського обслуговування, проте кількість таких послуг, що підлягають включенню в тур, в документі не вказано.

Аналогічні положення містять ст. 29 Ввідного закону до НЦУ і ст. 5 Римської конвенції про право, застосоване до договірних зобов'язань (далі — Римська конвенція), прийнятої в країнах ЄС. Проте метою вказаних норм є не визначення поняття туристського обслуговування, а надання іноземному споживачеві захисту його національними нормами в правовідносинах, ускладнених іноземним елементом. При цьому для надання споживачеві захисту нормами його національного права потрібно дотримання ряду умов.

По-перше, такий захист поширюється лише на правовідносини, ускладнені іноземним елементом, коли турист укладає договір у сфері туристського обслуговування, відповідно до якого придбання за загальну ціну підлягають, як мінімум, перевезення і розміщення. В той же час подібний захист не поширюється на випадки, коли споживач придбаває туристські послуги окремо, наприклад, укладає договір готельного обслуговування. В цьому випадку застосовуються загальні правила про вибір сторонами застосовного права, а за відсутності такого вибору договір підкоряється праву тієї держави, з яким він має найбільш тісний зв'язок.

По-друге, захист національними нормами права надається лише так званому пасивному споживачеві. Це означає, що він поширюється на випадки, коли ініціатором укладення договору (в даному випадку по туристському обслуговуванню) в тій або іншій формі виступає контрагент споживача. Дані закони вказують на декілька таких випадків: якщо укладенню договору передувала в країні споживача оферта, адресована споживачеві, або реклама і споживач зробив в цій країні дії, необхідні для укладення договору; якщо замовлення від споживача було отримане іншою стороною або її агентом в країні споживача (ст. 29 Ввідного закону до НЦУ, ст. 5 Римської конвенції).

Окрім цього, ст. 29 Ввідного закону до НЦУ і ст. 5 Римської конвенції згадують ще один випадок, коли споживач є пасивним: якщо договір стосується продажу товарів і споживач з однієї держави приїхав в іншу державу і зробив там своє замовлення і якщо така поїздка була ініційована продавцем з метою спонукання споживача до укладення договору.

Аналіз зарубіжного і вітчизняного законодавства по туристському обслуговуванню, а також законодавства по міжнародному приватному праву свідчить про те, що при усій ідентичності розуміння туристського обслуговування як комплексу туристських послуг, що робляться за загальну ціну, нормативні документи по-різному підходять до його змісту. На наш погляд, така послуга повинна складатися, як мінімум, з двох послуг, одним з яких є перевезення або розміщення. При цьому в ст. 1 Закону «Про туризм» перераховані можливі їх види: розміщення, перевезення, харчування, екскурсійні послуги, послуги гідів та ін. В Конвенції також є перелік послуг, аналогічний переліку Закону, проте нічого не сказано про кількість послуг, що підлягають включенню в туристське обслуговування.

В той же час вітчизняний і зарубіжні закони про міжнародне приватне право трохи інакше підходять до змісту туристського обслуговування, яке складається, як мінімум, з перевезення і розміщення, незалежно від включення

в договір інших туристських послуг. В результаті виявляється, що певна сукупність туристських послуг є туристським обслуговуванням в сенсі внутрішнього законодавства про туристське обслуговування, включаючи Російську Федерацію і країни ЄС, тоді як з позицій міжнародної частки права і Римської конвенції така туристським обслуговуванням не є.

В результаті можна дійти такого висновку. Туристське обслуговування є комплексом туристських послуг, що робляться за загальну ціну. При укладенні договору по туристському обслуговуванню з іноземним контрагентом, що здійснює діяльність в ЄС, вітчизняному споживачеві слід придбавати за загальну ціну перевезення і розміщення, якщо він прагне отримати захист нормами вітчизняного права на випадок виникнення суперечки і його розгляду в іноземному суді.

В той же час при визначенні змісту туристського обслуговування, в належному вигляді доки не закріпленого у вітчизняному законодавстві, можна піти двома шляхами. По одному з них йде законодавець в Законі «Про туризм». У такому разі змістом туристського обслуговування буде наявність не менше двох послуг, що робляться за загальну ціну, одним з яких є перевезення або розміщення, а також інші туристські послуги. Слідуючи іншим шляхом, можна відмовитися від обов'язкового включення в зміст туристського обслуговування послуг з розміщення і (чи) перевезення, а дозволити, розширивши перелік туристських послуг, вітчизняному туроператорові і туристові вибирати склад туристського обслуговування із закріпленого в законі переліку туристських послуг, куди увійшли б послуги з перевезення, розміщення, харчування, екскурсій, послуги гідів, послуги розваг, трансфер, прокат. При цьому послуг, що придбавалися за загальну ціну, повинно бути, як мінімум, дві. Подібний зміст туристського обслуговування також відповідатиме нормам глави 63 ЦК України.

#### Примітка

\* В даному випадку йдеться про російський аналог національного закону «Про захист прав споживачів».

#### Література

1. Красавчиков О. А. Сфера обслуживания: гражданско-правовой аспект // Гражданское право и сфера обслуживания. — Свердловск, 1984. — С. 6.
2. Кабалкин А. Ю. Сфера обслуживания: гражданско-правовое регулирование / А. Ю. Кабалкин. — М., 1972.
3. Шешенин Е. Д. Классификация гражданско-правовых обязательств по оказанию услуг // Гражданское право и сфера обслуживания : межвуз. сб. науч. тр. — Свердловск, 1984. — С. 4–43.
4. Дроздов И. А. Обслуживание вещей в системе гражданско-правовых отношений обслуживания // Журнал международного права. — 2002. — С. 185–186.
5. Баринов Н. А. Услуги (социально-правовой аспект) / Н. А. Баринов. — Саратов, 2001.
6. Попондопуло В. Ф. Коммерческое (предпринимательское) право : учебник / В. Ф. Попондопуло. — М., 2003.
7. Гражданский кодекс РФ. — Режим доступа : <http://www.interlaw.ru/law/docs>.
8. Сирик Н. В. Договор на оказание туристских услуг в гражданском праве России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Н. В. Сирик. — М., 2001.

9. Вальвач Я. В. Гражданско-правовые способы защиты прав и интересов туриста по туристскому договору // Туризм: право и экономика. — 2005. — № 5. — С. 9–14.

### Анотація

*Адамова О. С.* Співвідношення понять «послуга» і «обслуговування» у сфері туризму. — Стаття.

Досліджується проблема співвідношення понять «послуга» і «обслуговування» з огляду на правове регулювання туристських правовідносин на національному та міжнародному рівні. Аналізується сукупність послуг, що може бути включено до розуміння поняття «туристська послуга», та характеристика діяльності, спрямованої на задоволення різних потреб громадян-споживачів даних послуг.

*Ключові слова:* послуга, обслуговування, туризм, споживач, виконавець, підряд, турист, продукт, перевезення, екскурсія.

### Аннотация

*Адамова О. С.* Соотношение понятий «услуга» и «обслуживание» в сфере туризма. — Статья.

Исследуется проблема соотношения понятий «услуга» и «обслуживания», учитывая правовое регулирование туристских правоотношений на национальном и международном уровне. Анализируется совокупность услуг, которая может быть включена в понятие «туристская услуга», и характеристика деятельности, направленной на удовлетворение разных потребностей граждан-потребителей данных услуг.

*Ключевые слова:* услуга, обслуживание, туризм, потребитель, исполнитель, подряд, турист, продукт, перевозка, экскурсия.

### Summary

*Adamova O. S.* Correlation of Concepts «Service» and «Facilities» in Tourism Sphere. — Article.

The problem of correlation of concepts is investigated «favour» and «services», taking into account the legal adjusting of tourist legal relationships at national and international level. The aggregate of services, which can be plugged in a concept «tourist services», and description of activity, sent to satisfaction of different necessities of citizens-consumers of these services, is analysed.

*Keywords:* favour, service, tourism, consumer, performer, contract, tourist, product, transportation, excursion.

УДК 347.77.03(477)

*Є. Ш. Гарєєв*

## ПОНЯТТЯ ВІНАХОДУ У ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМИ ТА НЕДОЛІКИ

Процеси, які відбуваються у цивільному законодавстві зараз, більшість фахівців називає оновленням. З прийняттям Цивільного кодексу України ці процеси значною мірою торкнулися й патентного законодавства, зокрема норм, які регулюють патентування винаходів. Проте досі Закон України «Про охорону прав на винаходи та корисні моделі» (далі — Закон) не приведений у відповідність із ЦК. Окрім цього багато суперечок ведеться навколо проблеми об'єкта патентування. Досі не існує єдиної думки з приводу патентування пев-

них процесів, медичних винаходів — процесів діагностування та лікування, об'єктів генної інженерії. Останнім часом багато розмов ведеться про можливість патентування комп'ютерних програм або алгоритмів, на підставі яких вони створені. Усе це обґрунтовує існування чіткого підходу до визначення поняття «винахід», визначення об'єктів, які можуть бути запатентовані у якості винаходу. Особливо актуальною ця проблема здається у призмі суттєвого збільшення патентування так званими «винахідниками» усього, що можливо запатентувати, лише заради отримання певної вигоди.

Метою цієї статті є аналіз існуючого у сучасному законодавстві визначення винаходу та надання правової оцінки цьому визначенню. Для цього потрібно виконати такі завдання:

- проаналізувати визначення винаходу;
- окреслити основні ознаки винаходу;
- визначити, які ознаки винаходу не відображені у його визначенні;
- запропонувати визначення винаходу, виходячи із його суттєвих ознак.

Слід відзначити, що до проблеми визначення винаходу, суттєвих його ознак, об'єктів, які можуть бути у ньому втілені, звертали свою увагу вітчизняні та іноземні фахівці-цивілісти, такі як Г. О. Андрощук, Ю. І. Буч, В. Н. Медведєв, В. А. Мещеряков, О. П. Орлюк, О. О. Пиленко, О. С. Кравченко, Р. Б. Шишка та інші.

Слово «винахід» є багатозначним. Винаходами називають як процеси створення чогось нового, раніше невідомого, так і результати цього процесу, які можуть бути різноманітними за своїм характером. На відміну від загальноприйнятого розуміння винаходу, у патентному праві цей термін має строго визначене значення, оскільки його норми поширюють свою дію не на будь-які винаходи, а тільки на ті, що мають деякий соціально-економічний інтерес. Одні винаходи, які відповідають вимогам, передбаченим законом, стають офіційно визнаними об'єктами правової охорони, інші, які не відповідають цим вимогам або відповідають, але не оформлені належним чином, законом не охороняються, хоча і не перестають бути внаслідок цього винаходами.

Вітчизняне патентне законодавство дає своє визначення винаходу. Так, відповідно до ст. 1 Закону України «Про охорону прав на винаходи та корисні моделі» [1] винахід (корисна модель) — це результат інтелектуальної діяльності людини у будь-якій сфері технології. Варто проаналізувати надане визначення.

Взагалі, вітчизняне патентне законодавство характерне наявністю визначень винаходу, на відміну від патентних законів багатьох розвинених країн світу, а також міжнародних нормативних актів. Сучасне поняття винаходу замінило поняття, яке містила попередня редакція закону, яка вважала винаходом технічне (технологічне) вирішення, що відповідає умовам патентоздатності. Технічним вирішенням визнавало винахід ще Положення СРСР 1973 року. І вже з того часу стояло питання про доцільність такого розуміння винаходу. Цілком природно, що це питання набуло актуальності з моменту появи визначення винаходу як технічного вирішення в українському законодавстві.



Справа в тому, що відсутність у законодавстві визначення технічного вирішення могло призвести до розмивання меж самого поняття, що створює умови для суб'єктивної оцінки при віднесенні рішення до технічного. У дійсності надати визначення поняттю «технічне вирішення» є дуже проблематичним у зв'язку з тим, що існує велика кількість визначень поняття «техніка».

На сьогоднішній день українські законодавці пішли іншим шляхом, визнавши винахід результатом інтелектуальної діяльності, створеним у будь-якій галузі технології. Окрім закону «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», те ж саме визначення містить п. 2.1 Правил складання і подання заявки на винахід та заявки на корисну модель, затверджених наказом МОН України від 22 січня 2001 р. № 22 [2]. Слід зазначити, що до цього часу не приведені у відповідність до Закону Правила розгляду заявки на винахід та заявки на корисну модель, затверджені наказом МОН України від 15 березня 2002 р. № 197, п. 1.2 яких визначає винахід як технологічне (технічне) вирішення, що відповідає умовам патентоздатності [3]. Більше того, в Законі також використовується термін «технологічне (технічне) вирішення». Так, ст. 31 встановлює, що будь-яка особа має право попереднього користування, якщо до відповідної дати використовувала технологічне (технічне) вирішення, тотожне заявленому винаходу. Термінологія закону повинна бути однозначною, адже результат діяльності у будь-якій галузі технології і технологічне (технічне) вирішення поняття ніяк не тотожні. І хоча закон не містить визначень ні першого, ні другого, але все ж використання цього терміна може викликати неоднозначне розуміння положень закону.

Взагалі, не зовсім зрозуміло використання поняття «у будь-якій галузі технології», незважаючи на усі існуючі недоліки визначення винаходу як «технічного вирішення». Супротивники цього терміна посилялися на те, що його використання значно звужує коло об'єктів патентування. Пов'язано це з тим, що багато об'єктів, які патентуються в сучасний період, важко віднести до технічних вирішень у загальноновизнаному розумінні, такі, наприклад, як способи лікування, діагностики або біологічний матеріал. Але ще в радянській літературі існувала думка, що термін «технічне вирішення» застосовується в широкому розумінні саме як практичний засіб задоволення певних потреб [4]. Словник іноземних слів визначає техніку як сукупність засобів людської діяльності, створених для здійснення процесів виробництва і обслуговування невиробничих потреб суспільства [5]. Інакше кажучи, технічне вирішення — це вирішення, досягнуте за допомогою яких-небудь технічних засобів, інструментів, об'єктів техніки. Другим значенням техніки є сукупність прийомів, методів, які застосовуються у якійсь справі, майстерності. Як вважає багато фахівців, термін «технічне вирішення» використовується і в цьому значенні теж, що значно розширює коло об'єктів патентування. Так, наприклад, деякі способи лікування навряд чи можна віднести до технічних у першому значенні. Але вони припускають застосування певних лікувальних засобів у строго встановлених дозах, протягом конкретного часу, з дотриманням певного порядку, тобто вимагається виконання рекомендованих прийомів, режиму. Все це можна

назвати технікою лікування. У цьому сенсі способи лікування можна назвати технічними.

Зовсім інша справа з використанням терміна «технологія» або «у будь-якій галузі технології». Згідно зі словником іноземних слів технологія — це сукупність методів обробки, виготовлення, зміни стану, властивостей, форми сировини, матеріалу або напівфабрикату у процесі виробництва, а також наука про способи впливу на сировину, матеріали або напівфабрикати відповідними знаряддями виробництва. Словник російської мови дає схоже визначення: технологія — це сукупність виробничих процесів у певній галузі виробництва, а також науковий опис способів виробництва [6]. Аналізуючи наведені визначення, можна виокремити ознаку, яка характеризує технологію як виробництво або виробничий процес. Таким чином, результат діяльності у будь-якій галузі технології є результатом діяльності у виробництві або в процесі виробництва. Таке розуміння винаходу може суттєво звужити коло об'єктів, здатних до патентування. Так, згадані вже способи лікування або діагностики, профілактики ніяк не використовуються в процесі виробництва і не є результатом виробництва.

До нетехнологічних також можна віднести вирішення, які стосуються об'єктів мікробіології. До цього різновиду об'єктів винаходу раніше відносились штами мікроорганізмів та культури клітин тварин і рослин. Однак, прагнучи уніфікувати вітчизняне законодавство з європейським законодавцем у 2004 р. вніс зміни до Правил складання і подання заявки на винахід і заявки на корисну модель, якими включили до кола патентоздатних винаходів трансгенні рослини і тварини та іншій біологічний матеріал. Закон не містить у переліку тих патентоздатних об'єктів, що з'явилися, проте, цей перелік не є вичерпаним. Слід мати на увазі, що об'єкти, віднесені до біологічного матеріалу, можуть бути не тільки створені технічними способами, а й виділені з їхнього природного середовища. У цьому випадку їх важко віднести до створених у будь-якій галузі технології, тобто створених у процесі виробництва, втім як і важко віднести їх до технічних вирішень. Таким чином, уявляється невдалим використання поняття «технологічний» або «у будь-якій сфері технології».

Отже, Закон визначає винахід як результат інтелектуальної діяльності людини у будь-якій сфері технології. Так, наприклад, у процесі виробництва, вирощування винограду агроном введе його новий сорт. Інший приклад: при виробництві сплаву металів буде встановлено, що один із його компонентів при певному температурному режимі виявляє невідомі до цього властивості. Ще ситуації, коли при виробництві меблів буде створено нову форму шафи або при виробництві мікропроцесорів буде створено невідому топографію інтегральної мікросхеми. Новий сорт винограду, встановлення невідомої властивості речовини, нова форма шафи та нова топографія — все це, безперечно, результати інтелектуальної діяльності. Більше того, усі вони мають технологічний характер, тобто з'явилися в процесі виробництва. Але тут перелічено зовсім інші об'єкти права інтелектуальної власності — сорт рослини, відкриття, промисловий зразок.

Варто звернути увагу на інші приклади. Так, працюючи на заводі людина, що не знає іноземної мови та не читає іноземної літератури, зробить механізм, який описаний, наприклад, у якомусь журналі Німеччини. Або буде зроблено речовину — сильнодіючий наркотичні засіб. Взагалі можна навести доволі відомий приклад парасольки з ножем на ручці, чи з напилком, вилкою, ложкою. Немає меж фантазії. Однак слід і це визнати результатом інтелектуальної діяльності. І створені вони можуть бути у будь-якій галузі технології. Так якому винаходіві надає визначення Закон?

У статті 6 Закону говориться, що правова охорона надається винаходом (корисній моделі), що не суперечить публічному порядку, принципам гуманності і моралі та відповідає умовам патентоздатності. Якщо сказати навпаки, то Закон не надає правової охорони винаходам, які не відповідають вищевказаним вимогам. Тобто, фактично Закон визнає, що існують винаходи, які суперечать публічному порядку, принципам гуманності і моралі, а також такі, що не мають новизни, винахідницького рівня та промислової придатності, але він їх не охороняє. Але ж із точки зору законодавства такі об'єкти взагалі не повинні бути винаходами. Можна зробити висновок, що у ст. 1 Закон дає визначення винаходу у загальноновизнаному, а не в юридичному значенні, обмежуючи тільки сферу його застосування — будь-яка технологія.

Так, у словнику російської мови винаходом вважається щось нове, раніше невідоме, створене творчою працею. У загальноновизнаному розумінні сильнодіючий наркотик — це винахід, хоча він і суперечить публічному порядку, або парасолька з пультом дистанційного керування — це теж винахід.

Така позиція законодавця якнайменше викликає здивування. Отже, законодавство для того й існує, щоб давати юридичні визначення різноманітних понять. І визначення винаходу повинно давати уявлення про те, що саме є винаходом, яким умовам він повинен відповідати, на що можна отримати патент.

Підтвердженням тези, що діючий закон дає занадто узагальнююче поняття винаходу, під яке підпадають не тільки саме винаходи, а й інші результати інтелектуальної діяльності, є ототожнення винаходу з корисною моделлю. Згідно з законом корисна модель — це теж результат інтелектуальної діяльності людини у будь-якій сфері технології. Однак винахід і корисна модель це далеко не одне і те саме. Отже, виключення з визначення винаходу вимог, яким він повинен відповідати, слід вважати недоцільним.

Винахід — це перш за все результат інтелектуальної діяльності або по-іншому — результат діяльності інтелекту. Згідно зі словником, інтелектуальна діяльність є розумовою, духовною діяльністю. Тобто поняття «інтелектуальний» по-іншому можна виразити як поняття «розумовий». Розумова діяльність є найрізноманітнішою, вона може бути будь-яких видів. Так, написання твору, створення комп'ютерної програми, навіть переклад тексту з однієї мови на іншу — це все розумова і, відповідно, інтелектуальна діяльність. Винахід підлягає правовій охороні законом, якщо він відповідає умовам патентоздатності, тобто новизні, винахідницькому рівню, промисловій придатності. Так, якщо

громадянин України має доступ до іноземного джерела, яке недоступне широкому колу осіб, ніде не опубліковане, що містить відомості про винахід, він перекладає це джерело на українську мову, що дозволяє йому здійснити винахід, і самостійно створює, наприклад, відповідний пристрій, тобто він займається інтелектуальною діяльністю. Далі він патентує пристрій, як начебто свій винахід. Таким чином, з'являється результат інтелектуальної діяльності у будь-якій сфері технології, який є новим, промислово придатним та має винахідницький рівень.

Після цього дійсному автору винаходу стає відомо про його патентування, він подає позов до суду і доводить своє авторство. Суд на підставі п. 1 ст. 33 Закону «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», яка дозволяє визнати патент недійсним у разі його видачі внаслідок подання заявки з порушенням прав інших осіб, визнає недійсним цей патент у зв'язку з порушенням права авторства. Таким чином, в наявності патентоздатний результат інтелектуальної діяльності — винахід, який не підлягає правовій охороні згідно з законом.

Причиною такого непорозуміння є відсутність у визначенні винаходу однієї з його ознак — творчого характеру. Творчою є діяльність зі створення чогось нового, оригінального, раніше невідомого. Безперечно, винахід відповідає цій вимозі. Так, О. А. Підпригора визначає творчість, як цілеспрямовану інтелектуальну діяльність людини, результатом якої є щось нове, що відрізняється неповторністю, оригінальністю і суспільно-історичною унікальністю [7]. Поняття «інтелектуальна діяльність» є значно ширшим ніж поняття «творчість». Можна говорити, що творча діяльність є одним з різновидів інтелектуальної діяльності. Творчість властива будь-якій діяльності людини: художній, літературній, науковій, виробничій, технічній. Саме до результатів науково-технічної творчості необхідно відносити винаходи і корисні моделі.

Як вже було сказано вище, у словнику винахід також визначається як результат творчої діяльності. Більше того, самим Законом у ст. 1 встановлюється, що винахідник — це людина, інтелектуальною творчою діяльністю якої створено винахід. А ст. 8 Закону говорить про те, що не визнаються винахідниками фізичні особи, які не зробили особистого творчого внеску у створення винаходу, а тільки надали винахіднику технічну, організаційну чи матеріальну допомогу. Напрошується висновок, що творча діяльність є визначальним моментом у створенні винаходу. Не зрозуміло, чому законодавець не вважає винахід (корисну модель) результатом творчої діяльності.

Більше того, вбачається деяка непослідовність законодавця. Так, Закон України «Про охорону прав на промислові зразки» від 15 грудня 1993 р. у ст. 1 визначає промисловий зразок як результат творчої діяльності людини у галузі художнього конструювання [8]. Чому промисловий зразок є результатом творчої діяльності, а винахід — інтелектуальної, незрозуміло. Таким чином, необхідно визнати винахід і корисну модель результатами творчої праці.

Отже, винахід — це результат творчої діяльності людини, який повинен відповідати певним ознакам, тобто умовам патентоздатності. Використання

поняття «у будь-якій галузі технології» є невдалим. Але неможливо заперечувати необхідність вказівки на технічний характер винаходу (корисної моделі). На наш погляд, таку вказівку можна зробити, використовуючи поняття «технічний результат», яке містять Правила складання і подання заявки на винахід і заявки на корисну модель.

Пунктом 6.6.3 цих правил встановлюється, що під технічним результатом розуміють виявлення нових властивостей або покращання характеристик відомих властивостей об'єкта винаходу (корисної моделі), що можуть бути одержані при здійсненні винаходу (корисної моделі). Таке визначення є досить дивним та таким, що не відповідає дійсності. Винахід, а відповідно й об'єкт, в якому він втілений, згідно з законом є завжди новим, раніше не існуючим. Не зрозуміло, як в об'єкта, що ніколи не існував, можуть виникнути нові властивості або покращитися уже відомі властивості. Інша справа, якщо цей об'єкт має властивості, раніше невідомі іншим, вже існуючим об'єктам, або властивості, кращі за ті, що мають інші об'єкти. Таким, вже існуючим об'єктом, перш за все повинен бути найближчий аналог винаходу. Згідно з п. 6.5.1 вказаних правил заявник в описові винаходу у розділі «Рівень техніки» повинен навести дані про відомі йому аналоги винаходу (корисної моделі) з виділенням серед них аналога, найбільш близького за сукупністю ознак до останнього. У п. 6.5.2 правил дається визначення аналогу винаходу (корисної моделі), яким вважається засіб того самого призначення, що відомий із джерел, які стали загальнодоступними до дати подання заявки або до дати пріоритету, і характеризується сукупністю ознак, подібних до сукупності ознак винаходу (корисної моделі). У цьому ж пункті є вимога щодо аналізу технічних властивостей, обумовлених сукупністю притаманних аналогу винаходу (корисної моделі) ознак, метою якого є показання недостатності цих ознак для досягнення очікуваного технічного результату. Іншими словами, необхідно вказати причинно-наслідковий зв'язок між відсутністю певних ознак та наявністю певних властивостей винаходу (корисної моделі).

Таким чином, технічний результат — це не виявлення нових властивостей і не покращання старих властивостей об'єкта винаходу (корисної моделі). Отже, технічний результат — це виявлення нових властивостей, не притаманних об'єктам відомих аналогів винаходу (корисної моделі), або покращання характеристик властивостей об'єктів відомих аналогів винаходу (корисної моделі), які має об'єкт заявленого винаходу (корисної моделі) при його здійсненні.

Хоча Закон не містить поняття «технічний результат», Правила складання і подання заявки на винахід і заявки на корисну модель вимагають, щоб кожний винахід (корисна модель) при його здійсненні давав певний технічний результат. З огляду на усе вищесказане можна надати таке визначення винаходу: винахід — це результат творчої діяльності людини, який є новим, має винахідницький рівень і придатний для промислового використання, та здійснення якого дає певний технічний результат. У цьому визначенні винахід розуміється в юридичному значенні, тобто не як винахід взагалі, а як винахід, який відповідає встановленим вимогам закону.

Вважаємо за необхідне уникати також застосування терміна «технологія» та терміна «технологічне (технічне) вирішення». Краще було б в Законі замінити ці терміни на термін «результат інтелектуальної, творчої діяльності», оскільки він використовується у Цивільному кодексі України (ст. ст. 31, 32, 418) стосовно об'єктів інтелектуальної власності. Враховуючи це, краще було б викласти п. 1 ст. 6 закону «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» у такій редакції: «Не визнаються винаходами результати інтелектуальної, творчої діяльності, що суперечать публічному порядку, принципам гуманності і моралі та не відповідають умовам патентоздатності».

### Література

1. Про охорону прав на винаходи і корисні моделі : Закон України від 15 груд. 1993 р. № 3687-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 7. — Ст. 32.
2. Правила складання і подання заявки на винахід та заявки на корисну модель : затв. наказом МОН України від 22 січ. 2001 р. № 22 // Офіційний вісник України. — 2001. — № 9. — Ст. 382.
3. Правила розгляду заявки на винахід та заявки на корисну модель : затв. і наказом МОН України від 15 берез. 2002 р. № 197 // Офіційний вісник України. — 2002. — № 16. — Ст. 356.
4. Патентоведение : учеб. для вузов / Е. И. Артемьев, М. М. Богуславский, Р. П. Вчерашний [и др.] ; под ред. В. А. Рясенцева. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Машиностроение, 1984. — С. 32.
5. Словарь иностранных слов. — 7-е изд., перераб. — М. : Рус. яз., 1979. — С. 509.
6. Ожегов С. И. Словарь русского языка: около 57 000 слов / С. И. Ожегов ; под ред. Н. Ю. Шведовой. — 17-е изд., стереотип. — М. : Рус. яз., 1985. — С. 692.
7. Цивільне право України : підручник. У 2 кн. Кн. 1 / О. В. Дзера, 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. — С. 540.
8. Про охорону прав на промислові зразки : Закон України від 15 груд. 1993 р. № 3688-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 7. — Ст. 34.

### Анотація

**Гареев Є. Ш. Поняття винаходу у законодавстві України: проблеми та недоліки.** — Стаття.

У статті розглядається проблема визначення винаходу у сучасному законодавстві України. Детально проаналізувавши визначення винаходу, автор дійшов висновку, що законодавство надає визначення винаходу у загальновизнаному, а не в юридичному значенні. Автор пропонує своє визначення винаходу, зосереджуючи увагу на основних його ознаках.

*Ключові слова:* винахід, патент, технологія, патентоздатність, результат творчої діяльності

### Анотация

**Гареев Е. Ш. Понятие изобретения в законодательстве Украины: проблемы и недостатки.** — Статья.

В статье рассматривается проблема определения изобретения в современном законодательстве Украины. Детально проанализировано определение изобретения, автор пришел к выводу, что законодательство дает определение изобретения в общепринятом, а не в юридическом значении. Автор предлагает своё определение изобретения, концентрируя внимание на основных его признаках.

*Ключевые слова:* изобретение, патент, технология, патентоспособность, результат творческой деятельности.

### Summary

**Gareev E. S. Concept of the Invention in the Legislation of Ukraine: Problems and Lacks.** — Article.

The problem of definition of invention in modern legislation of Ukraine is being examined in the article. By carrying out detailed analysis of definition of invention the author comes to conclusion

that the legislation defines invention only in common not juridical value. The author gives his own definition of invention, concentrating his attention on its basic characteristics.

*Keywords:* invention, patent, technology, patentability, creative work result.

УДК 347.440(477)

*В. О. Гончаренко*

### БЕЗОПЛАТНІ ДОГОВОРИ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

З'ясування питання, яка із нормоутворюючих ознак договору має визначальне значення, безпосередньо пов'язане із ефективністю правового регулювання певного виду договору.

З огляду на те, що права та обов'язки сторін договору мають відповідати меті договірних правовідносин (спрямованості зобов'язання), то саме спрямованість необхідно розглядати в якості головного системного фактора, а всі інші ознаки договору — як такі, що уточнюють правове регулювання, обумовлене його спрямованістю.

Водночас не менш важливим є з'ясування вторинних системних ознак договірних правовідносин, якими можуть бути особливості суб'єктного складу договору, його предмет, а також оплатність чи безоплатність відносин. У межах даного дослідження ми розглянемо системну ознаку безоплатності у договірних конструкціях за законодавством України.

Питання оплатності та безоплатності вивчалися в працях таких дослідників, як Ю. В. Романець [1], М. І. Бару [2], М. І. Брагінський та В. В. Вітрянський [3], А. В. Венедиктов [4], Я. М. Магазинер [5], Є. В. Пассек [6] та ін. Однак у дослідженнях зазначених науковців не проводився системний аналіз усіх безоплатних договорів, а лише приділялася увага окремим аспектам впливу безоплатності на побудову договірних конструкцій. Тому дослідження системи безоплатних договорів уявляється цілком вчасним та актуальним.

В ч. 5 ст. 626 ЦК України закріплюється загальна концепція оплатності договорів, відповідно до якої договір є оплатним, якщо інше не встановлено договором, законом або не впливає із суті договору. Отже, договір буде вважатися оплатним, доки не буде доведена його безоплатність.

Однак цивільне законодавство не містить визначення таких понять, як «оплатний договір» та «безоплатний договір». Слід зазначити, що у цивілістичній літературі ці поняття також не визначаються та остаточно не з'ясовано питання про вплив оплатності чи безоплатності на побудову договірних конструкцій у цивільному праві України.

За сучасних умов розвитку суспільства цивільне законодавство у більшій мірі приділяє увагу відносинам оплатним, ніж безоплатним. Однак, поряд із оплатними договорами ЦК України регулює також і значну кількість безоплатних договорів (дарування, позичка, безоплатне зберігання та ін.). Слід при

цьому зауважити, що відсутність ознаки еквівалентності чи оплатності не може бути перешкодою для віднесення певних відносин до цивільно-правових.

Думається, що оплатність та безоплатність не покладаються в основу побудови системи цивільного законодавства. Стаття 3 ЦК України не визнає їх принципами (загальними засадами) цивільно-правового регулювання, а у ч. 1 ст. 1 ЦК України оплатність чи безоплатність не називаються характерними ознаками відносин, що регулюються цивільним законодавством.

У даному випадку мається на увазі, що цивільне право не визнає абстрактно безоплатних чи оплатних договорів. Поділ договорів на оплатні чи безоплатні відбувається вже у межах класифікаційних груп договорів, виокремлених за ознакою спрямованості. Наприклад, серед договорів, спрямованих на передачу майна у власність, виділяють оплатні договори купівлі-продажу, ренти, довічного утримання, позики та безоплатний договір дарування. Для договорів, спрямованих на передачу майна у користування, оплатними різновидами будуть договори найму (оренди), найму (оренди) житла, комерційної концесії, а безоплатним — договір позички.

Отже, оплатність та безоплатність, порівняно зі спрямованістю зобов'язань на досягнення певного правового результату, є вторинними ознаками побудови договірних конструкцій.

Інша річ, як вже наголошувалося, що у цивілістичній літературі самі поняття «оплатний договір», «безоплатний договір», а також «еквівалентний договір» чітко не розмежовуються.

Найважливішою ознакою оплатного договору є наявність зустрічного задоволення, яке повинно мати певну майнову цінність. При безоплатному договорі відсутнє майнове зустрічне задоволення. Тому безоплатні відносини ведуть до істотного зменшення майнової маси на одній стороні (боржника) у кількісному та вартісному вираженні та до відповідного їй збільшення на іншій стороні (кредитора), тоді як при еквівалентних відносинах такі зміни не відбуваються, а за оплатних відносин — відбуваються, але ці зміни є не значними, тобто не ведуть до істотного зменшення майнової маси, як у безоплатних відносинах.

Поділ договорів на оплатні та безоплатні має практичне значення при вирішенні питання про обсяг прав та обов'язків сторін договору, про розмір відповідальності за порушення зобов'язання тощо. З метою правильної кваліфікації договірних відносин як оплатних чи безоплатних поняття «оплатного договору» та «безоплатного договору», думається, мають бути закріплені у ч. 5 ст. 626 ЦК України.

Досліджувані поняття можуть бути визначені таким чином.

Оплатним є договір, за яким кредитор має право на отримання майнового чи немайнового зустрічного задоволення свого інтересу від боржника.

Безоплатним є договір, за яким кредитор не отримує від боржника майнового чи немайнового зустрічного задоволення свого інтересу. Наявність майнового чи немайнового інтересу у кредитора за безоплатним договором не впливає на його безоплатність.



Як вже зазначалося, ознака безоплатності дає підстави для виокремлення деяких договірних конструкцій у самостійні договірні типи.

Система договорів з елементом безоплатності включає у себе такі типи: договори дарування (договір пожертви: договір на отримання гранта, договір меценатства, договір технічної допомоги, договір гуманітарної допомоги, договір дарування у майбутньому); договір позички; договори на безоплатне виконання робіт (послуг), договір соціального обслуговування та ін. З огляду на обмежений обсяг статті ми не маємо можливості розглянути усі сучасні безоплатні договірні конструкції. Тому у межах даного дослідження нами буде проаналізовано вплив безоплатності на деякі елементи договору позички.

Слід зазначити, що належність договору позички до категорії договорів, спрямованих на передачу в тимчасове користування об'єктів цивільних прав, обумовлює схожість його із договором найму (оренди). Оскільки сучасне цивільне право віддає перевагу регулюванню оплатних відносин, то в ЦК України відплатний договір найму (оренди) формулюється як базовий для регулювання зобов'язань, спрямованих на передачу майна у тимчасове користування незалежно від оплатності чи безоплатності зобов'язання. Тому відповідно до ч. 3 ст. 827 ЦК України до договору позички застосовуються положення глави 58 ЦК України про найм (оренду).

У даному випадку законодавець використовує принцип уніфікації правового регулювання договорів найму (оренди) та позички, який полягає у процесі розробки єдиних правових норм для схожих відносин [9, 95].

Водночас не всі положення глави 58 ЦК України можна застосовувати до відносин з безоплатного користування річчю. У зв'язку з цим важливо проаналізувати, які норми ЦК України щодо найму (оренди) можуть бути використані для регулювання відносин за договором позички. При цьому слід враховувати, що до договору позички з числа норм про найм можуть застосовуватися лише правила, на які не впливає оплатність зобов'язання.

Оскільки глава 60 ЦК України не містить спеціальної норми щодо предмета договору позички, то, по-перше, характеристики предмета договору найму (оренди), передбачені ст. 760 ЦК України, можуть використовуватися й для визначення предмета договору позички. Однак необхідно звернути увагу, що предметом договору позички можуть бути тільки речі, а не майнові права, як за договором найму (оренди) (ч. 2 ст. 760 ЦК України).

Стаття 761 ЦК України містить уніфіковані норми, що можуть застосовуватися як до оплатних, так і до безоплатних відносин. Тому позичкодавцем, як і наймодавцем, може бути лише власник речі або особа, уповноважена власником на укладання договору.

Договір позички, як і договір найму (оренди), укладається на строк, встановлений у договорі (ч. 1 ст. 763 ЦК України). Якщо строк у договорі позички не визначено, то вважається, що договір укладено на невизначений строк, і відповідно застосовуються норми ч. 2 та 3 ст. 763 ЦК України.

Правила ст. 764 ЦК України, що встановлюють можливість поновлення договору найму, не застосовуються у конструкції договору позички, оскільки

законом (п. 3 ч. 2 ст. 833 ЦК України) встановлюється обов'язок позичкоотримувача повернути річ одразу після закінчення строку договору.

Коли договір позички укладається за консенсуальною моделлю, то до нього може застосовуватися ст. 765 ЦК України. Отже, позичкодавець зобов'язаний передати позичкоотримувачеві річ у користування негайно або у строк, встановлений договором позички.

Безоплатність договору позички визначає, відповідно до концепції чинного ЦК України, неможливість витребування речі у позичкодавця в разі його відмови від добровільного виконання зобов'язань (ст. 830 ЦК України). Тому ст. 766 ЦК України до відносин, що виникають з договору позички, не застосовується.

Вимоги щодо якості речі, переданої у найм, передбачені ст. 767 ЦК України, є уніфікованими правилами і використовуються до відносин з передачею майна у користування незалежно від їх оплатності чи безоплатності.

Стаття 768 ЦК України не може бути використана для регулювання відносин з безоплатної передачі речі у користування, з огляду на те, що гарантування якості речі, яка передається у користування, впливає із оплатності відносин між сторонами договору найму.

На позичкодавця відповідно до ст. 769 ЦК України покладається обов'язок повідомляти позичкоотримувача про права всіх третіх осіб на річ (про договір іпотечного кредитування, про довічне утримання, про договір ренти та інші можливі права). Невиконання цього обов'язку дає позичкоотримувачеві право вимагати розірвання договору та відшкодування завданої йому реальної шкоди.

Положення щодо страхування речі, переданої у найм (ст. 771 ЦК України), щодо переходу ризику випадкового знищення або випадкового пошкодження на позичкоотримувача в разі затримання ним повернення речі (ст. 722 ЦК України) та щодо порядку користування річчю, переданою у найм (ст. 773 ЦК України), не суперечать концепції безоплатності цього договору.

Позичкоотримувач за згодою позичкодавця має право передати річ у користування третій особі (ч. 1 ст. 774 ЦК України). Однак виникає запитання: чи має право позичкоотримувач передавати річ лише у безоплатне користування третій особі, чи можлива передача також і у відплатне користування. На нашу думку, одержання позичкоотримувачем плати за передачу речі у наступне користування суперечить безоплатному характеру основного договору позички, оскільки позичкодавець передає річ у позичку з огляду на особливі довірчі стосунки з позичкоотримувачем і не має на меті отримання комерційної вигоди від такої передачі. Якщо річ передається позичкоотримувачем у відплатне користування, то до відносин сторін вже мають застосовуватися не норми про договір позички, а положення про договір найму (оренди), однак нести відповідальність перед позичкодавцем за дії нового користувача речі позичкоотримувач має за нормами глави 60 ЦК України про позичку (ч. 3 ст. 774 ЦК України). У цьому, на наш погляд, полягає суперечність, яка унеможливує передачу речі, яка є предметом договору позички, у наступне відплатне користування третій особі. Отже, позичкоотримувач має право передати річ, отриману у позичку, іншій особі лише у безоплатне користування (у наступну позичку).

Відповідно до ст. 775 ЦК України наймачеві належить право власності на плоди, продукцію, доходи, одержані ним у результаті користування річчю, переданою у найм. Це правило є загальним й щодо відносин з безоплатної передачі речей у користування, однак, на нашу думку, може застосовуватися не завжди. Наприклад, у разі, коли у позичку передаються тварини (ст. 180 ЦК України), то приплід, отриманий під час їх знаходження у користуванні позичкоотримувача (користувача), належить їх власникові, якщо інше не встановлено договором (ч. 2 ст. 189 ЦК України).

Оскільки главою 60 ЦК України порядок розподілу витрат на проведення ремонту речі, переданої у позичку, між позичкодавцем та позичкоотримувачем не визначений, то підлягає застосуванню ст. 776 ЦК України, яка встановлює обов'язок наймача проводити поточний ремонт речі, переданої у найм, а наймодавця — капітальний ремонт, якщо інше не встановлено договором або законом.

Власник речі, який безоплатно передає її у користування іншій особі, вказуючи тим самим свою добру волю, не може бути позбавлений права вільно обирати контрагента за договором позички. Тому ч. 1 ст. 777 ЦК України не може використовуватися щодо договору позички. Про неможливість застосування ч. 2 цієї статті прямо вказує спеціальна норма ч. 2 ст. 832 ЦК України, відповідно до якої позичкоотримувач не має переважного права перед іншими особами на купівлю (слід вважати і на будь-яке інше придбання права власності — міна, рента) речі, переданої йому в користування.

Користувач має можливість проводити поліпшення речі, звісно лише за згодою позичкодавця (ст. 778 ЦК України).

Також, оскільки главою 60 ЦК України не регламентується відповідальність позичкоотримувача за погіршення речі, то має застосовуватися відповідна норма глави 58 ЦК України (ст. 779 ЦК України). Питання відповідальності сторін договору позички за шкоду, завдану третім особам у зв'язку із користуванням речі, регулюється ст. 780 ЦК України.

Підстави припинення договору позички спеціально встановлюються в ст. 835 ЦК України, а тому не підлягає застосуванню ст. 781 глави 58 ЦК України. Пріоритетному застосуванню, порівняно із ст. ст. 783, 784 ЦК України, до договору позички підлягають норми ст. 834 ЦК України, які встановлюють підстави розірвання цього договору

Частина 1 ст. 785 ЦК України містить уніфіковану норму про обов'язок наймача (відповідно — позичкоотримувача) негайно повернути річ у разі припинення договору в обумовленому стані або ж у стані, в якому вона була одержана, в той час як ч. 2 зазначеної статті (право наймодавця вимагати сплати неустойки за прострочення повернення речі) поширюється лише на оплатні випадки користування чужою річчю. Правові наслідки неповернення речі після закінчення строку договору позички встановлюються в ст. 836 ЦК України, які полягають у праві позичкодавця вимагати повернення своєї речі та відшкодування завданих збитків.

До вимог, що впливають з договору позички, ч. 1 ст. 786 ЦК України вста-

новлюється скорочена позовна давність в один рік. Для порівняння слід вказати, що скорочена позовна давність встановлюється також в параграфі 606 Німецького цивільного кодексу [7, 174–175], але її строк складає шість місяців.

Тому на підставі проведеного аналізу норм глави 58 ЦК України, що можуть застосовуватися до договору позички, пропонуємо викласти ч. 3 ст. 827 ЦК України в такій редакції: «До договору позички застосовуються положення, передбачені ч. 1 та 3 ст. ст. 760, 761, 763, 765, 767, 769, ч. 2 ст. 770, ст. ст. 771–776, 778–780, ч. 1 ст. 785, 786, 792–796, 798–805 ЦК України».

Поряд із уніфікацією правового матеріалу законодавець використовує також прийоми диференціації щодо договору позички та найму (оренди).

Диференціація — це розподіл цивільно-правових інститутів за пов'язаними між собою структурними підрозділами, що відображають особливості окремих різновидів майнових відносин.

Безоплатність договору позички є такою ознакою, яка вимагає встановлення специфічного правового регулювання для цього договору. З проведеного аналізу також слідує, що безоплатна специфіка договору позички відобразилася на більшості його елементів. На нашу думку, елементами договору позички, що дозволяють розглядати його в якості самостійного виду договору, є: предмет цього договору, який можуть складати лише речі, а не майно взагалі; неможливість витребування речі у позичкодавця; особливості суб'єктного складу (заборона підприємницьким юридичним особам передавати речі у безоплатне користування особі, яка є її засновником, учасником, керівником, членом її органу управління або контролю); підвищена відповідальність позичкоотримувача за схоронність речі; обмежений характер відповідальності позичкодавця за недоліки переданої у позичку речі; особливі підстави розірвання та припинення договору.

**Висновки.** Ознака безоплатності є однією з найменш розроблених у цивільному праві України. Відмежування безоплатних договорів від інших договірних інститутів, спираючись лише на положення сучасного законодавства, у більшості випадків є практично неможливим, оскільки критерії відмежування не є чітко визначеними, знаходяться у немайновій сфері та є оціночними поняттями, як, наприклад, суспільно корисна мотивація, співчуття тощо.

Аналіз впливу безоплатності на правове регулювання договору позички в ЦК України дозволив зробити висновок про те, що законодавець виділяє відносно безоплатного користування речами в окремий договірний тип, одночасно використовуючи прийоми уніфікації та диференціації правового матеріалу.

#### Література

1. Романец Ю. В. Система договоров в гражданском праве России / Ю. В. Романец. — М. : Юрист, 2001. — 496 с.
2. Бару М. И. Возмездность и безвозмездность в советском гражданском праве : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / М. И. Бару. — М., 1957. — 31 с.
3. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Кн. 2. Договоры о передаче имущества / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. — М., 2000. — 800 с.

4. Венедиктов А. В. Государственная социалистическая собственность / А. В. Венедиктов. — М., 1948. — С. 627; Учебник гражданского права. Т. 1. — М., 1950.
5. Магазинер Я. М. Ответственность государственного учреждения за вред, причиненный его должностными лицами // Ученые записки Свердловского юридического института. — Свердловск : ОГИЗ, 1945. — Т. 1.
6. Пассек Е. В. Неимущественный интерес и непреодолимая сила в гражданском праве / Е. В. Пассек. — М. : Статут, 2003. — 399 с.
7. Гражданское уложение Германии : пер. с нем. / науч. ред.: А. Л. Маковский [и др.] — М. : Волтерс Клувер, 2004. — 816 с.
8. Садиков О. Н. Дифференциация и унификация гражданского законодательства // Советское государство и право. — 1969. — № 12.

### Анотація

*Гончаренко В. О.* Безоплатні договори за цивільним законодавством України. — Стаття.

У статті визначені основні проблеми сучасного цивільного законодавства у галузі договірної регулювання безоплатних відносин, сформульовані основні теоретичні висновки та практичні рекомендації.

*Ключові слова:* цивільне законодавство України, договір позички (commodatum), безоплатний договір.

### Аннотация

*Гончаренко В. О.* Безвозмездные договоры в гражданском законодательстве Украины. — Статья.

В статье обозначены основные проблемы действующего гражданского законодательства в сфере договорного регулирования безвозмездных отношений, сформулированы основные теоретические выводы и практические рекомендации.

*Ключевые слова:* гражданское законодательство Украины, договор ссуды.

### Summary

*Goncharenko V. O.* Unpaid Contracts According to the Civil Legislation of Ukraine. — Article.

The article deals with the main problems of contemporary civil legislation in the field of gratuitous contracts, it is given the main theoretical conclusions and propositions about improvement of legislation of Ukraine.

*Keywords:* Legislation of Ukraine, contract of loan for use (commodatum), gratuitous contract.

УДК 347.256

*Р. Ф. Гонгало*

## ПОНЯТТЯ ТА ХАРАКТЕРНІ РИСИ СУПЕРФІЦІЮ ЗА РИМСЬКИМ ПРИВАТНИМ ПРАВОМ

На час сформованого «права Юстиніана» суперфіцій являє собою таке речове право щодо чужої земельної ділянки, котре дає речове право щодо чужої земельної ділянки, котре дає можливість володіти, користуватись та розпоряджатись зведеною на ній будівлею або його частиною практично без обмежень. При цьому суперфіцій можливий як відносно вже зведеного будинку, так і відносно будівлі, яка ще тільки буде споруджена.

Як випливає з цього визначення, предметом суперфіцію, насамперед, є право на будинок або іншу будівлю, зведену на чужій земельній ділянці. Разом з тим виправним здається поширення цього поняття на інші об'єкти, тісно пов'язані із землею, але такі, що не мають безпосереднього сільськогосподарського призначення. Наприклад, слухним є трактування такими, що ґрунтуються на суперфіції, права на дерева, залізничні колії та інші споруди, які знаходяться на чужій земельній ділянці [2, 6].

Характерним для трактування суперфіцію у римській юриспруденції є те, що об'єкт і предмет (зміст) права ототожнюються: *superficien in alieno solo habet*. Цим, звичайно, пояснюють і всі інші особливості розуміння цього інституту [4, 423]. Розглянемо детальніше права суперфіціарія за тією схемою, що взагалі характерна для аналізу речових прав. Наприклад, розглянемо їх відповідно до переліку прав, що складають зміст права власності.

Насамперед, слід зазначити, що суперфіціарій має практично необмежене право користування будівлею, спорудженою або придбаною ним на чужій земельній ділянці на підставі суперфіцію.

По-друге, він має не менш широке право розпорядження цим правом. Як і власник, суперфіціарій може визначити юридичну та фактичну долю речі. Зокрема, він може передати своє право іншим особам, склавши відповідний заповіт або уклавши договір.

При цьому спектр договорів достатньо широкий. Це може бути, наприклад, *donates mortis causa* — дарування на випадок смерті [9, 195]. Але так само є можливими і договори *inter vivos* — між живими. Наприклад, Павло вказує на можливість придбання будинку, на який встановлено суперфіцій, за договором купівлі-продажу, а також підкреслює, що навіть «орендовану державну землю» можна заставити, так само, як і землю, на яку боржник має суперфіцій.

Про повноту прав суперфіціарія щодо розпорядження своїм правом і подібність їх до правомочності власника свідчить та обставина, що він може навіть обтяжувати ділянку сервітутами, котрі зберігають чинність, поки існує сам суперфіцій

По-третє, суперфіціарій для захисту свого права користується *action in rem*, подібним до того, що може подавати власник. У даному випадку такий позов іменується *action de superficie*. Захист здійснюється за допомогою такого прийому, як *action utilis* або як його ще іменують — *action ad exemplum*, суть якого полягає в тому, що в кожному новому випадку претор, коли вважає це необхідним, поширює на нові відносини аналогічну формулу, що вже застосовувалася, або дає модернізовану формулу (порівняно з її колишнім призначенням) для цивільного або гонорарного (тобто преторського) позову [1, 35]. (В завдання даного дослідження не входить встановлення правової природи *action utilis*, але принагідно зазначу, що він, на мою думку, є не просто «позовом за аналогією», як це іноді зазначається у літературі [5, 54], а має бути віднесеним до більш складних явищ, охоплюючи як застосування матеріального права за аналогією, так і судовий (включаючи в це поняття «преторський», «адміністративний» тощо) прецедент [8, 332]. Тому надалі в тексті при згадці про *action*

*utilis* буде вживатися не вираз «позов за аналогією», а більш точний, як здається, варіант перекладу — «утилітний позов»).

Зокрема, витребування предмета суперфіцію з чужого незаконного володіння було можливим на підставі *rei vindictio utilis*. Так, на думку Ульпіана і Павла, «суперфіціарію, тобто тому, хто має суперфіцій на чужу ділянку, сплачуючи щорічно певну платню, претор надає після вивчення справи речовий позов». Оскільки у даному титулі Дигест йдеться про віндикацію речі, то можна зробити висновок, що Ульпіан і Павло мають на увазі саме можливість подання утилітного віндикаційного позову.

З цих самих міркувань добросовісний набувач суперфіцію, котрий не став ще власником за цивільним правом, може витребувати своє майно з чужого незаконного володіння за допомогою *action Publiciana in rem utilis*, котрий слугував своєрідним доповненням до віндикаційного позову [3, 137], або за допомогою *action confessoria utilis* [10, 324].

Проти власника земельної ділянки суперфіціарій подати речовий позов не міг, однак сам проти позову власника про витребування земельної ділянки з будівлями мав *exceptio in factum*, тобто забезпечену преторським захистом можливість заперечувати позовні вимоги, посилаючись на те, що звів будівлю і користується нею разом з даною ділянкою на підставі суперфіцію.

Крім того, суперфіціарій мав *juris quasi possessio*. А оскільки він дорівнювався до посесора, то мав також право на інтердиктний захист по аналогії з *interdicta uti possidetis*. Як вже згадувалося вище, йому надавався спеціальний інтердикт — *interdicta de superficiedus*, запроваджений претором ще у період формування даного інституту. Причиною запровадження спеціального інтердикту тут було те, що покупець *superficies* на відміну від покупця окремої речі, не став посесором, внаслідок чого й виявилось створення спеціального *interdicta de superficiedus* [4, 423]. До того ж, суперфіціарій міг бути захищеним за допомогою інтердикту по аналогії з *interdicta de vi cottidiana* (або ж *interdicta Unde vi*), спрямованого проти того, хто за допомогою фізичного насильства витіснив іншого з посідання земельною ділянкою.

Суперфіціарій міг захистити своє право не лише у випадку позбавлення його предмета суперфіцію, але й тоді, коли виникали проблеми щодо користування ним.

Зокрема, якщо суперфіцій належав кільком особам, то вони могли вирішити суперечки між собою щодо нього шляхом *action confessoria utilis* — позову, аналогічного тому, що могли подавати співвласники для поділу спільної власності.

Як видно з цієї характеристики, суперфіціарій, загалом, мав ті самі права, що і власник речі. До змісту суперфіцію входили правомочності: користування, розпорядження, отримання плодів та доходів та захисту своїх прав [6, 325].

Разом з тим суперфіціарій мав певні обов'язки, котрі деякою мірою співпадали з тими обтяженнями, що могли бути покладені і на власника річчю права інших уповноважених осіб, обов'язок нести витрати по утриманню речі [2, 259].

Однак деякі з обов'язків суперфіціарія були специфічними й вказували на

його похідний від права власності характер. До таких обов'язків належав обов'язок вносити власнику платню за користування суперфіцієм *solarim* або ж *pensio*.

Щодо характеру цього обов'язку існує дискусія. Так, Віндшейд розцінював це як орендну платню, що сплачується власнику суперфіціарієм — «орендарем». Проти цього заперечував Оігагсі, який посилався на Дигести, зокрема, на їхнє положення «...хто має суперфіцій на чужу ділянку... сплачує певні щорічні платежі...», вважаючи, що в них йдеться про платежі не власнику, а державі, тобто не про «орендну» плату, а про своєрідний податок [10, 325].

Крім того, іноді вираз джерел «*una tantum*» тлумачиться в тому сенсі, що йдеться взагалі про одноразове внесення грошової суми суперфіціарієм власнику при встановленні суперфіцію [4, 423].

Найбільш вірним здається узгодження вказаних положень джерел таким чином: плата за суперфіцій могла бути внесена як за один раз, так і виконана у вигляді щорічних платежів. Крім того, не виключеною була ситуація, коли суперфіцій встановлювався без обтяжень для суперфіціарія — наприклад, заповітом власника земельної ділянки.

Однак при відчуженні права суперфіціарій не зв'язаний обов'язками, як емфітевта. Так, на відміну від останнього, він не повинен повідомляти власника про намір провести відчуження ділянки, яке у випадку емфітевзису встановлено для того, щоб власник протягом двох місяців міг скористатися правом переважної купівлі. Не повинен він також сплачувати при відчуженні ділянки 2% покупної ціни на користь власника, як це встановлено для емфітевзису [10, 322].

Щодо встановлення суперфіцію можна розрізнити своєрідні первісні та похідні способи його придбання.

Вперше (тобто безпосередньо від власника земельної ділянки) суперфіцій міг бути придбаним за договором, заповітом або за давністю.

Насамперед, варто зазначити, що деякі романісти заперечували можливість встановлення суперфіцію за договором [2, 259].

Але, як здається, саме договір був найбільш поширеним способом встановлення таких відносин.

Причому, як зазначалося вище, це міг бути або договір публічно-правового характеру, або цивільно-правовий договір. Це спочатку був договір довгострокової оренди, котрий з часом обернувся на квазіоренду — спеціальний договір про встановлення суперфіцію.

Оскільки при цьому йшлося про фактичну передачу речового права, виникає питання про те, чи був це договір лише зобов'язального права, чи потрібен був також і речовий договір?

Щодо цього в літературі існують різні точки зору. Наприклад, Г. Дернбург вважав, що крім зобов'язального договору, потрібен ще був і договір традиції. Але більш вірною здається позиція романістів, котрі вважають, що скоріше за все додаткового договору про передачу речового права у даному випадку не вимагалось.



Такий висновок ґрунтується на тому, що у відомих нам джерелах нема вказівки про необхідність вчинення *traditio* для встановлення суперфіцію між власником речі і майбутнім суперфіціарієм.

Існує також дискусія стосовно природи зобов'язального договору про встановлення суперфіцію.

Одні правники вважали його договором найму і визнавали за суперфіціарієм право на зниження орендної платні у випадку зменшення ділянки, як це мало б місце стосовно будь-якого орендаря (наприклад, так розмірковував Ульпіан, аналізуючи подібну ситуацію стосовно емфітевзису; інші вбачали у ньому договір купівлі-продажу і відповідно до правил останнього весь ризик покладали на суперфіціарія, як на покупця [2, 258]. Разом з тим деякі правознавці, зазначали труднощі розрізнення цих двох договорів, звертаючи увагу на надзвичайну подібність договорів найму та купівлі-продажу. Наприклад, Гай зазначав, що купівля-продаж та найом знаходяться між собою у такому тісному зв'язку, що у деяких випадках є майже ідентичними. (Хоча далі, аналізуючи ситуацію користування муніципальними маєтностями, начебто схилився до думки більшості, яка вбачала у цьому найом).

Імператор Зенон вирішив суперечку щодо емфітевзису, визначивши, що тут нема ні оренди, ні купівлі-продажу, а є спеціальний договір: *contractus emphyteuticarius*. При цьому питання про зниження платні було вирішено не на користь емфітевту. В Інституціях Юстиніана з цього приводу наведено згадані вище сумніви Гая щодо можливості точного визначення правової природи користування маєтками, переданими у довічне користування, і проведено розмежування договору про встановлення довічного користування майном, як від найму, так і від купівлі-продажу. При цьому принагідно встановлено і особливе правило щодо розподілу ризику випадкової загибелі речі: якщо у такому договорі не передбачено відповідальність за загибель речі, то повне її знищення відображається на власнику; часткове — на емфітевті.

Не викликає сумніву можливість встановлення суперфіцію заповітом.

При цьому можливе встановлення суперфіцію за допомогою легата шляхом покладення відповідного обтяження на особу, що отримала земельну ділянку у спадок.

Так само можливе встановлення суперфіцію за давністю володіння [10, 325].

Що стосується «вторинних» способів встановлення суперфіцію (передачі суперфіцію суперфіціарієм іншим особам), то поміж них можна назвати договір та спадкування після суперфіціарія.

Договір про передачу суперфіцію за своїм характером був договором про передачу речового права, а отже ґрунтувався на *actio en rem*.

У зв'язку з цим виникає запитання, чи таким договором було *mancipatio traditio*?

З одного боку, начебто мало йтися про *mancipatio*, оскільки йшлося про передачу речових прав щодо земельної ділянки, яка відносилась до *res mancipi* [7, 107].

Однак тут варто пригадати, що суперфіцій, як речовий інститут приватного права, отримав визнання і сформувався лише у період, коли набуло поширен-

ня *jus praetorium*. Саме преторськими едиктами суперфіцій було перетворено з договору оренди у стійке право на чужу річ.

Але те саме преторське право сприяло поступовому витісненню складних договірних форм щодо передачі речей і поступовій заміні *mantipatio* на *traditio* [9, 173]. Оскільки, як зазначалося, завершення формування суперфіцію припадає на добу Юстиніана, коли застарілий термін *mantipatio* навіть при систематизації стародавніх актів римського права шляхом інтерполяцій заміняли на більш адекватний вимогам часу *traditio* [3, 78], більш вірним буде, на мою думку, вважати, що єдиною договірною формою передачі його іншим особам було саме *tradition*.

Припинявся суперфіцій за досить широким колом підстав.

До них, насамперед, слід віднести загальні способи припинення речових прав взагалі: загибель предмета права (земельної ділянки, наприклад, внаслідок землетрусу чи виверження вулкану), вилучення її з цивільного (як приватноправового, так і публічно-правового обігу), смерть суперфіціарія за відсутності спадкоємців тощо.

Крім того, суперфіцій, як право на чужу річ, міг припинятися за спеціальними підставами, такими як: співпадіння суперфіціарія і власника в одній особі, що слідує з того положення, що право власності дає власнику найвищу владу над речами, а отже відпадає потреба у будь-якому похідному речовому праві; відмова суперфіціарія від свого права.

Втім тут виникає питання: чи потрібним було прийняття такої відмови власником?

Проведемо паралель з емфітевзисом. Як вважає Хвостов, одностороння відмова від емфітевзису, скоріш за все, не мала сили, оскільки емфітевта сплачував досить значні податки з ділянки, що породжувало спокусу припинити відносини. Римський уряд навряд чи ставився схвально до таких відмов, оскільки це могло призвести до запусіння земель [10, 325].

Певною мірою сказане, мабуть, стосувалося і суперфіцію, оскільки і тут існувала загроза запусіння землі у містах, що не могло подобатись уряду. Тому можна припустити, що відмова від суперфіцію теж була можливою зі згоди власника, котрий приймав на себе надалі обов'язок утримувати земельну ділянку у належному стані.

Разом з тим припинення суперфіцію не застосовувалося у вигляді санкції за правопорушення, як це було можливо, скажімо, при емфітевзисі. Тобто якщо будинок було зруйновано з якихось причин, то за суперфіціарієм можливе було збереження права на спорудження нової будівлі. Хоча слід погодитися з думкою романистів, котрі вважають, що в кінцевому підсумку вирішення питання залежало від змісту акта, яким було встановлено суперфіцій [2, 259].

### Література

1. Бартошек М. Римское право: (понятия, термины, определения) : пер. с чеш. / М. Бартошек. — М. : Юрид. лит., 1989. — 448 с.
2. Деренбург Г. Пандекти. Т. 1 / Г. Деренбург. — М., 1905. — П. 259, пр. 5, 6.

3. Дигесты Юстиниана. — М. : Юрид. лит., 1984.
4. Дождев Д. В. Римское частное право / Д. В. Дождев. — М., 1996.
5. Новицкий И. Б. Основы римского гражданского права / И. Б. Новицкий. — М. : Юрид. лит., 1972.
6. Pastori R. Sulla struttura dell action de superficie / Studi A. Biscardi, VI Studi A. Biscardi VI. — Milano, 1987.
7. Пидопригора О. А. Основы Римского частного права / О. А. Пидопригора. — К. : Вентури, 1997.
8. Теория государства и права. Курс лекций / под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. — М. : Юрист, 1997.
9. Харитонов Е. О. Основы римского частного права / Е. О. Харитонов. — Ростов н/Д : Феникс, 1999. — С. 195.
10. Хвостов В. М. Система римского права : учебник / В. М. Хвостов. — М. : Спарк, 1996.
11. Хутыз М. Х. Римское частное право / М. Х. Хутыз. — М. : Былина, 1994.
12. Удальцова З. В. Политика Византийского правительства в Северной Африке при Юстиниане // Византийский Временник. — 1953. — Т. 4.

### Анотація

**Гонгало Р. Ф.** Поняття та характерні риси суперфіцію за римським приватним правом. — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню інституту суперфіцію у римському приватному праві та його рецепції у сучасному цивільному праві України. Автор аналізує перебіг виникнення та формування інституту суперфіцію, його головні риси за римським приватним правом, а також чинники та характер його рецепції у цивільному праві України. Проаналізована концепція прав на чужі речі та суперфіцію у сучасній українській цивілістиці, сутність і зміст відповідних норм проекту Цивільного кодексу України, зроблено пропозиції щодо вдосконалення редакції окремих положень проекту Цивільного кодексу, котрі стосуються інституту суперфіцію.

*Ключові слова:* суперфіцій, право забудови, права на чужі речі, речові права, римське приватне право, рецепція римського приватного права, цивільне право України.

### Аннотация

**Гонгало Р. Ф.** Понятие и характерные черты суперфиция в римском частном праве. — Статья.

Статья посвящена исследованию института суперфиция в римском частном праве и его рецепции в современном гражданском праве Украины. Автор анализирует ход возникновения и формирования института суперфиция, его главные черты в римском частном праве, а также факторы и характер его рецепции в гражданском праве Украины. Проанализирована концепция прав на чужие вещи и суперфиций в современной украинской цивилистике, сущность и содержание норм соответствующих норм Гражданского кодекса Украины.

*Ключевые слова:* суперфиций, право застройки, права на чужие вещи, вещные права, римское частное право, рецепция римского частного права, гражданское право Украины.

### Summary

**Gongalo R. F.** Concepts and Characteristic Features of Superficies According to the Private Roman Law. — Article.

The subject of the article is the investigation of the Superficies Instrument in the Roman law and its effect on the current Civil Law of Ukraine. The author has made the corresponding analysis of the successional development process of the institution of the superficies, of its main features related to the Roman Private Law and also of the sources and the character for its transaction into the civil law of Ukraine. There have been analyzed the concept of the rights for the superficiary property in modern Ukrainian civilism, the nature and development of the corresponding norms and regulations regarding the project of the Civil Code of Ukraine. The author has made several proposals the proper redaction of certain provisions of the Project of the Civil Code of Ukraine related to the Superficies Instrument.

*Keywords:* superficies, building estate, the right for superficiary property, rights of property, Roman Private Law, Civil Law of Ukraine.

### МІСЦЕ ЮРИДИЧНИХ ФАКТІВ У РЕАЛІЗАЦІЇ ІНФОРМАЦІЙНОЇ ФУНКЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

Роль та значення функцій права не можуть бути сталими. На певних історичних проміжках часу вони можуть змінюватися. Соціальне призначення права визначається потребами суспільного розвитку. Сучасний погляд на механізм дії права дозволяє поряд із нормативним регулюванням виокремлювати інформаційно-ціннісний вплив на суспільні відносини. Тенденції персоналізації, глобалізації, інформатизації та фрагментації суспільного життя підвищують роль інформаційної функції права, яка проявляє себе і на цивілістичному рівні. Здатність права впливати на суспільні відносини може бути реалізована через вплив на свідомість та поведінку їх учасників. Такий вплив стає можливим завдяки отриманню суб'єктами відповідної правової інформації.

Слід зазначити, що деякі питання інформаційної функції цивільного права побіжно розглядалися у процесі дослідження тих чи інших аспектів функціонування цивільного права та права взагалі (М. І. Байтін, О. О. Гаврилов, В. М. Кудрявцев, В. М. Лебедев, Д. А. Липинський, О. М. Лоцихін, І. В. Москаленко, А. Г. Михайлянц, Н. М. Оніщенко, М. С. Полевой, Т. М. Радько, М. М. Расолов, А. Я. Риженков, В. Г. Смирнов, Н. А. Чечина та ін.). Однак жодне із цих досліджень не було спеціально присвячене дослідженню проблем інформаційної функції цивільного права.

Інформаційна функція цивільного права — це інформаційний напрямок впливу цивільного права на суспільні відносини та інформаційне соціальне призначення цивільного права. Інформаційна функція цивільного права надає змогу ознайомитися із засобами цивільного права у задоволенні прав і правомірних інтересів осіб, можливостями найкращим чином задовольнити свої потреби, гарантіями суб'єктивних прав, способами їх захисту, можливостями мінімізувати витрати.

Структуру інформаційної функції цивільного права становлять суб'єкт інформаційної функції цивільного права, об'єкт інформаційної функції цивільного права, зміст інформаційної функції цивільного права, засоби реалізації інформаційної функції цивільного права.

Під засобами реалізації інформаційної функції цивільного права розуміються засоби забезпечення впливу цивільного права в інформаційному напрямку.

Суб'єктивне цивільне право є найважливішим елементом правового регулювання та відіграє важливу роль у його механізмі [1, 10; 2, 18], таким чином є важливим засобом реалізації інформаційної функції цивільного права. Суб'єктивне право визначається як «міра дозволеної поведінки уповноваженої особи, що забезпечується юридичними обов'язками інших осіб та належить їй для задоволення її інтересів» [3, 347–353].

Відправним, провідним елементом механізму правового регулювання є юри-

дичні норми. Саме норма права містить загальну (абстрактну) програму (модель) поведінки суб'єктів, розраховану на невизначене коло осіб і невизначене число випадків реалізації. Іншим елементом механізму правового регулювання є правовідношення — конкретна модель поведінки для конкретних суб'єктів, програма дій у певній соціально-юридичній ситуації [4, 16]. Юридичні факти забезпечують перехід від загальної моделі прав та обов'язків до конкретної. Виникнення суб'єктивного цивільного права пов'язується цивільно-правовою нормою з наявністю або відсутністю передбачених у ній обставин (юридичних фактів). Отже, крім правової норми для виникнення суб'єктивного права потрібна також наявність певного юридичного факту або сукупності фактів (юридичного складу). Разом з тим існування в особи суб'єктивного права неможливо за відсутності у нього правосуб'єктності. Будь-яке правовідношення може виникнути лише при наявності певних передумов. О. О. Красавчиков до них відносить норму права, правосуб'єктність та юридичний факт [5, 50]. Як зазначає Ю. К. Толстой, норма права та правоздатність, яку автор ототожнює з правосуб'єктністю, називаються абстрактними або загальними передумовами правовідносин, юридичний факт — конкретною його передумовою [6, 3]. Оскільки відсутність зв'язку права та обов'язку, який йому кореспондується, позбавляє право істотного його елемента — забезпеченості і, таким чином, реалізація суб'єктивного цивільного права є неможливою поза правовідносинами [7, 218], то з наведеного вище зрозуміло, що виникнення будь-якого суб'єктивного цивільного права є результатом взаємодії цивільно-правової норми, цивільної правоздатності і юридичного факту. Саме про наявність останніх інформує суб'єктивне цивільне право. Наявність у свою чергу юридичного факту теж має великий інформаційний потенціал. У підручнику з цивільного права за редакцією Є. О. Харитонова наводиться таке визначення юридичних фактів: «Юридичні факти — це обставини, з якими норми права пов'язують настання правових наслідків — встановлення, зміну, припинення або інші трансформації правовідносин» [8, 264].

Для механізму юридичного регулювання є характерним усвідомлення саме юридичних наслідків певних умов, фактів та поступків. Психологічні форми усвідомлення такого зв'язку окремими індивідами, соціальними групами можуть бути різними, але логічний їх зміст єдиний: усвідомлення дійсних або можливих, бажаних або небажаних юридичних наслідків певної поведінки. Передбачення особою можливих наслідків, що настануть з появою певного юридичного факту, є важливою умовою для здійснення нею захисту прав та виконання юридичних обов'язків. Суб'єкт права на основі закріплених у нормі юридичних фактів з високим ступенем вірогідності може зробити прогноз тих наслідків, які мають настати, якщо він своїми діями «матеріалізує» дану нормативну модель факту [9, 147].

На думку В. Б. Ісакова, в галузі права люди не тільки орієнтуються на правові наслідки, але й враховують юридичні факти, які ці наслідки обумовлюють [4, 17]. Поява одних юридичних фактів відповідає інтересам суб'єктів, і вони роблять необхідні кроки для того, щоб ці факти виникли (підстави для

преміювання, заохочення, надання відстрочок і пільг), появи інших юридичних фактів намагаються уникнути (підстави для застосування мір відповідальності, пропуск строків позовної давності і т.д.). Юридичні факти, таким чином, — не пасивний елемент механізму правового регулювання. Встановлення тих або інших юридичних фактів може використовуватися і реально використовується законодавством як засіб впливу на поведінку суб'єктів. Важливим є те, які соціальні обставини можуть і повинні мати юридичне значення, як з маси важливих і другорядних ознак соціальної ситуації вибрати саме ті, які повинні стати юридичними фактами. У процесі вибору юридичних фактів можна виділити кілька кроків.

Перший крок — визначення місця юридичних фактів у загальній концепції цивільно-правового регулювання. Перш ніж конструювати конкретні склади, необхідно вирішити питання, яким методом будуть регулюватися дані відносини, яка група юридичних засобів буде притягнута для їхнього впорядкування. При цьому принципове значення має точно вивірене співвідношення між строго визначеними юридичними фактами та обсягом вільного розсуду. Для адміністративного методу це співвідношення одне, для цивілістичного — інше. Невірне визначення місця юридичних фактів у загальній картині правового регулювання — стратегічна помилка, яку дуже важко виправити надалі.

Другий крок у виборі юридичних фактів — визначення соціально-юридичної ситуації (або виду ситуації), що служить об'єктом правового впливу. Завдання полягає в тому, щоб у ланцюзі суспільних відносин знайти ланку, максимально зручну для правового регулювання. Очевидно, що далеко не кожна ділянка суспільних відносин підходить для цих цілей.

Соціально-юридична ситуація повинна відповідати ряду вимог. По-перше, вона повинна бути об'єктивно контрольованою, зручною для соціального контролю з використанням правових засобів. Залежно від змісту, складу учасників і т.д. соціальна ситуація може більшою або меншою мірою піддаватися соціально-правовому контролю. Велике значення для такого контролю має наявність надійних організаційних засобів, необхідних матеріальних і кадрових ресурсів. Але справа, звичайно, не тільки в цьому. Соціально-правовий контроль — не повинен вести до вторгнення в особисте життя громадян, ущемляти їхні законні права та інтереси. Ситуація, що підлягає юридичному регулюванню, повинна бути визначеною. Достатньо визначеними повинні бути коло учасників відносин, їхні соціальні ролі, характер соціальної суперечності. Чим більше коло обмежень передбачене санкцією норми, тим більш точно повинні бути визначені факти, за яких вона застосовується.

У правовому регулюванні варто прагнути використати соціальні ситуації з мінімальним розкидом варіантів. Ситуації з великою варіабільністю ускладнюють правове регулювання, оскільки правотворчий орган зіштовхується з необхідністю охопити єдиним правилом велику кількість неоднорідних випадків. Ускладнення виникають й у правозастосовчій практиці при кваліфікації цих ситуацій.

Зрозуміло, існує чимало випадків, коли законодавство змушене регламен-

тувати соціальні ситуації з більшим розкидом варіантів. Тут можливі й застосовуються різні юридичні рішення. Складну різноманітну ситуацію можна розбити на декілька відносно простих ситуацій. У конструкції правового регулювання можна ввести індивідуально обумовлені факти. У поєднанні із системою процесуальних гарантій ці засоби забезпечують надійне регулювання великих масивів ситуацій.

Правильне визначення загальної структури правового регулювання та безпосередньої ділянки впливу (юридичної ситуації) дозволяє зробити третій крок — перейти безпосередньо до вибору юридичних фактів. Обираючи юридичні факти, треба виходити з того, що юридичне значення факту ґрунтується на його соціальному значенні. Так, досягнення повноліття — свідчення розумової та фізичної зрілості людини, її здатності брати участь у широкому колі соціальних відносин, нести повну відповідальність за свої дії. Саме із цього випливає і юридичне значення факту. Якби факт повноліття не мав соціальної цінності, він не міг би мати і юридичного значення.

Залучення тих або інших обставин до орбіти правового регулювання залежить не тільки від соціально-економічних причин, але й чималою мірою від рівня розвитку законодавства, зрілості наукової думки, правових традицій, що існують у державі. Вибір юридичних фактів — складне творче завдання, розв'язуване в процесі розробки нормативного акта, при кодифікації законодавства та у ряді інших випадків.

У підручнику за редакцією Є. О. Харитонова зазначається, що «підстави виникнення, припинення і трансформацій цивільних правовідносин ґрунтовно відрізняються від юридичних фактів в інших галузях права за видами, змістом і характером правових наслідків. Зокрема, цивільні права і обов'язки виникають (припиняються, змінюються тощо) не лише з підстав, передбачених актами цивільного законодавства, але також внаслідок дій суб'єктів цивільних відносин, котрі на підґрунті загальних засад цивільного права (законодавства) породжують відповідні цивільні права і обов'язки» [8, 29].

У більшості цивільних кодексів юридичні факти конкретизуються. У підручнику за редакцією Р. Б. Шишки та В. А. Кройтора [10] виділяються «декілька рівнів встановлення підстав виникнення цивільних прав і обов'язків: загальний, спеціальний і окремий». Так, загальний автором відноситься до загальних засад цивільного права і вказуються безпосередньо у ст. 11 ЦК України. Це найбільш широкий перелік таких підстав, що власне максимально наближений до доктрини юридичних фактів взагалі. Спеціальний порядок виникнення цивільних прав має підгалузевий чи інституційний характер. Так, підстави виникнення права власності вказані у ст. 328 ЦК України. Окремо регулюється набуття прав на речі, що обмежені у цивільному обороті. Так, види об'єктів цивільних прав, які можуть належати лише певним учасникам обороту або перебування яких в обороті допускається за спеціальним дозволом (об'єкти обмежено оборотоздатні), визначаються у спеціальному порядку, встановленому законом. Спеціально врегульовано підстави припинення прав (довіреності), зобов'язань тощо.

Для цивільного права характерна більша в порівнянні з адміністративним правом і менша в порівнянні з кримінальним правом деталізація юридичних фактів [4, 56]. Більш деталізоване визначення суб'єктів або об'єктів правових відносин у нормах цивільного права дозволяє зняти частину інформаційного «навантаження» із системи юридичних фактів. Що ж стосується адміністративного права, то там питома вага інформаційного «навантаження» переноситься здебільшого на визначення суб'єктів. Це необхідно враховувати при вдосконалюванні регулювання в галузях права, при розробці нормативних актів, у процесі кодифікації законодавства.

Інформаційний потенціал юридичних фактів розкривається також у визначенні мотивів поведінки особи. Хоча сам по собі мотив здійснення тих або інших юридичних дій не є юридичним фактом, але правильне його встановлення значною мірою сприяє з'ясуванню реальних відносин сторін, допомагає суду в оцінці доказів, що, у свою чергу, прямо відбивається на обґрунтованості судового рішення. Необхідність встановлення мотивів поведінки впливає з того, що дії людей не безмотивні, не безцільні. Однак мотиви, з погляду норм цивільного права, не набувають юридичного значення самі по собі [5, 82]. Будучи внутрішніми імпульсами, внутрішніми пружинами, що спонукують особу до здійснення певних вчинків, мотиви поведінки як найблагородніші, так і аморальні, оскільки вони залишилися лише у свідомості тієї або іншої особи та не одержали свого об'єктивного вираження в діях останнього, байдужі для норм права. Правильно зрозумілі мотиви поведінки допомагають зв'язати між собою на перший погляд зовсім розрізнені та нічим не обумовлені факти. Коли ж останні будуть взяті у певному зв'язку та послідовності, процес застосування норм цивільного права буде значно полегшений і міра правильності висновків суду з розглянутих ним у справі фактичних обставин буде значно вищою. Інформування про значення юридичних фактів сприяє зменшенню застосування примусу у зв'язку з освідомленістю та зацікавленістю суб'єкта у настанні зазначених юридичних фактів. Для забезпечення виконання кожним суб'єктом своїх обов'язків та реалізації належних йому прав необхідно, щоб кожен суб'єкт знав, коли вони виникають або припиняються, що вимагає не лише вчинення відповідних правороз'яснювальних дій, але й відповідного стану правової регламентації юридичних фактів.

#### Література

1. Мичурина Л. В. Суб'єктивное право в системе юридических средств гражданско-правового регулирования: структурно-функциональный анализ : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Л. В. Мичурина. — М., 2004. — 26 с.
2. Хохлова Е. М. Суб'єктивное право и юридическая обязанность в механизме правового регулирования : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Е. М. Хохлова. — Саратов, 2008. — 26 с.
3. Харитонов Є. О. Реалізація та захист суб'єктивних прав через призму класифікації правовідносин / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova // Актуальні проблеми політики. — 2002. — Вип. 13–14. — С. 347–353.
4. Исаков Б. Ю. Юридические факты в российском праве / Б. Ю. Исаков. — М. : Юрид. дом «Юстицинформ», 1998. — 48 с.



5. Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве / О. А. Красавчиков. — М. : Госюриздат, 1958. — 182 с.
6. Толстой Ю. К. К теории правоотношения / Ю. К. Толстой. — Ленинград : Изд-во Ленингр. ун-та, 1959. — 88 с.
7. Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении / Р. О. Халфина. — М. : Юрид. лит., 1974. — 340 с.
8. Цивільне право України : підручник / за ред. Є. О. Харитонов. — О. : Юрид. л-ра, 2005. — 640 с.
9. Сивяков В. Н. Функции юридических фактов // Вопросы теории государства и права. — Саратов, 1988. — С. 147.
10. Цивільне право України. Курс лекцій. У 6 т. Т. 1, кн. 2 / за ред. Р. Б. Шишки та В. А. Кройтора. — Х. : Еспада, 2004. — 392 с.

### Анотація

**Матійко М. В.** Місце юридичних фактів у реалізації інформаційної функції цивільного права. — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню засобів реалізації інформаційної функції цивільного права. Розглядаються інформаційні властивості юридичних фактів, як обставин, з якими норми права пов'язують настання правових наслідків — встановлення, зміну, припинення або інші трансформації правовідносин. Дається визначення засобам реалізації інформаційної функції цивільного права. Зазначається, що засоби реалізації функції цивільного права — це засоби забезпечення впливу цивільного права у певному напрямку (мова йде не про засоби забезпечення реалізації правил поведінки, які знаходяться в нормах права, а про засоби забезпечення впливу права, галузей права в певних напрямках). Висловлюються пропозиції щодо посилення інформаційної функції цивільного права шляхом вдосконалення структури нормативно-правових актів, розкриття інформаційних можливостей юридичних фактів у цивільному праві. Сформульовано пропозиції щодо посилення інформаційної функції цивільного права шляхом внесення змін до законодавства України.

*Ключові слова:* цивільне право, функції цивільного права, інформаційна функція права, вплив цивільного права, призначення цивільного права.

### Аннотация

**Матийко И. В.** Место юридических фактов в реализации информационной функции гражданского права. — Статья.

Статья посвящена анализу способов реализации информационной функции гражданского права. В ней рассмотрено понятие информационной функции гражданского права. Исследована структура информационной функции гражданского права, которую составляют субъект, объект, содержание и способы реализации информационной функции гражданского права. Рассматриваются информационные свойства юридических фактов как обстоятельств, с которыми нормы права связывают наступление правовых последствий — установление, изменение, прекращение правоотношений. Высказываются предложения относительно усиления информационной функции гражданского права путем усовершенствования структуры нормативно-правовых актов, раскрытия информационных возможностей юридических фактов в гражданском праве. На основании осуществленного исследования сформулированы предложения по усовершенствованию действующего гражданского законодательства.

*Ключевые слова:* гражданское право, функции гражданского права, информационная функция права, воздействие гражданского права, назначение гражданского права.

### Summary

**Matiyko N. V.** Law facts in realization of the informational function of civil law. — Article.

The thesis is devoted to the research of the informational function of civil law. The means of realization of the informational function of civil law are characterized in the thesis. Propositions on strengthening of the informational function of civil law are formulated, those on amending the Ukrainian legislation.

*Keywords:* civil law, functions of civil law, informational function of law, influence of civil law, purpose of civil law.

### ЗМІНА ДОГОВОРУ НАЙМУ ЖИТЛА ВНАСЛІДОК ЗБІЛЬШЕННЯ АБО ЗМЕНШЕННЯ СКЛАДУ СІМ'Ї НАЙМАЧА

Стаття 47 Конституції України вказує: «Кожний має право на житло. Держава створює умови, при яких кожен громадянин буде мати можливість побудувати житло, придбати його у власність або взяти в оренду».

Аналізуючи наведену норму Конституції України, слід звернути увагу на ту обставину, що в сучасних умовах держава не приймає на себе обов'язок безкоштовного забезпечення усіх громадян житлом та поліпшення їх житлових умов. Не можуть, а часто й не бажають брати на себе такі обов'язки й інші власники житлового фонду, наприклад, суб'єкти підприємницької діяльності, оскільки останні, передусім, мають на меті одержання прибутку, а вже потім задоволення соціальних потреб своїх працівників. У зв'язку з цим зростає значення зміни умов договору найму житла, котра за своєю сутністю часто є способом поліпшення умов користування житлом без придбання нового жилого приміщення тощо. Така ситуація зумовлює доцільність визначення основних засад трансформації договору найму жилого приміщення з дотриманням при цьому прав та інтересів його учасників.

Варто звернути увагу на те, що, хоча користування житлом на підставі договору має правовим підґрунтям норми глави 59 Цивільного кодексу України, однак питанням зміни договору найму житла уваги у цій главі, на мій погляд, приділено недостатньо. Про це свідчить, наприклад, та обставина, що спеціальна стаття ЦК України, присвячена загальним питанням зміни такого договору, відсутня. Не згадується «зміна» прямо і в окремих нормах зазначеної глави ЦК, що вимагає спеціального аналізу змісту згаданих норм. Викладене свідчить про актуальність дослідження проблем, пов'язаних зі зміною договору найму житла.

Слід зазначити, що деякі питання зміни договору найму житла побіжно розглядалися у процесі дослідження тих чи інших аспектів користування житлом на підставі договору найму (Є. В. Богданов, В. Я. Бондар, Л. В. Васильченко, М. К. Галянтич, Я. В. Гуляк, Ю. О. Заїка, І. М. Кучеренко, Н. О. Саніахметова, С. О. Сліпченко, Т. Р. Федосеева, Є. О. Харитонов та ін.).

Однак жодне з цих досліджень не було присвячене спеціально дослідженню проблем зміни договору найма житла, тим більше, на підставі ЦК України, а також забезпечення при цьому прав та інтересів учасників договору найму житла. Крім того, більшість вказаних авторів здійснювали свої дослідження на законодавчому та фактичному матеріалі, що зараз значною мірою втратив чинність.

Така ситуація свідчить про недостатню вивченість проблематики, пов'язаної із зміною договору найму житла, а також підтверджує доцільність розгляду проблем зміни договору найму житла і забезпечення прав та інтересів його учасників.

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 найма житла. Тому 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 стосовно користування жилим приміщенням. (При цьому ми не торкаємось тут спеціального питання щодо статусу членів сім'ї власника житла, які є предметом спеціальних досліджень [1, 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 [2, 168–180].

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. Поняття «дружина (чоловік)» у житловому законодавстві використовується 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 частин третьої і четвертої 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 чоловік, і дружина та 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, 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.

Тривалий час у судовій практиці дискутувалося питання, що слід розуміти під дотриманням встановленого порядку вселення. Зокрема, відносно значення прописки існувало роз'яснення в п. 9 Постанови Пленуму Верховного Суду України № 2 від 12 квітня 1885 року «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 про прописку. У тих випадках, коли в прописці було необґрунтовано відмовлено, 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 здається, під установленим порядком вселення зараз варто розуміти дотримання положень закону, насамперед, Цивільного та Житлового кодексів. Зокрема, необхідною умовою вселення в жиле приміщення є письмова згода всіх членів родини, що проживають разом з наймачем (у тому числі й тимчасово відсутніх) [2, 172–173].

Разом із тим дотримання правил про прописку має значення при розгляді спорів по відносинах, 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., А. 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 визнання відповідачки такою, що втратила право користування жилим приміщенням, має бути відмовлено, а зустрічний позов про вселення підлягає задоволенню з таких підстав: спірне жиле приміщення являє собою двокімнатну ізольовану квартиру площею 33,8 кв.м, що надана за ордером № ... від 26 грудня 1967 року позивачу 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 спірному житловому приміщенні як член родини наймача. В даний час у спірному жиллому 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 спірному 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 непри-

язні стосунки, часто виникали сварки і скандали, що негативно позначалося на здоров'ї та вихованні дітей, у зв'язку з чим відповідачка змушена була залишити спірну 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 спірної квартири, вона не має; спірну квартиру залишила вимушено. Той факт, що позивачі визнають право на спірне 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 [5].

Отже, хоча відповідно до ст. 71 ЖК УРСР при тимчасовій відсутності наймача або членів його родини за ними зберігається жила приміщення протягом шести місяців, однак, якщо наймач або члени його родини були відсутні з поважних причин 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 спірним жилим приміщенням, а може бути визнано такою тільки за рішенням суду [6, 181].

На відміну від житлового законодавства, ЦК України не виокремлює членів сім'ї наймача в окрему категорію з визнанням за ними спеціального статусу після вселення в жила 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.

Як здається, таке вирішення цього питання не є оптимальним, оскільки не дозволяє враховувати особисті та спеціальні майнові (стосовно спільного майна подружжя, спадкування за законом тощо) стосунки, котрі існують або можуть виникати між наймачем та членами його сім'ї.

Звичайно, можна припустити, що ці питання можуть бути вирішені 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 це не усуває проблеми колізії норм, необхідності їх додаткового тлумачення тощо. Тому можна погодитися з пропозицією про доцільність вирішення цього питання безпосередньо 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 сімейно-

го 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 правонаступництва при заміні наймача у договорі найму житла, про що має бути зроблене спеціальне застереження у ст. 824 ЦК України [7, 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 вказана в письмовій формі, що впливає з вимог 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 позивач 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 [8, 175–177].

Особи, які вселилися у житло відповідно до ч. 1 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 відповідаль-

ності 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 ньому проживає, права користування ним, то такі відносини нерідко пов'язані зі 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'яти 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 неприязні стосунки, вона почала перешкоджати йому користуватися квартирою і не бажає вирішити це питання в добровільному порядку. В.А. просив змінити умови договору найму, 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, 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 зустріч-

ний 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 однобічну 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 жите 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 року № 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, переадресування кореспонденції, утворення сім'ї в іншому місті, перевезення майна в інше жите приміщення, виїзд в інший населений пункт і постійна прописка там, укладення трудового договору на невизначений строк тощо). Виходячи з цих роз'яснень, суд дійшов висновку, що В.С. не подала переконливих доказів про добровільний виїзд відвідача зі спірної квартири на постійне проживання в м. Полтаву. 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 із тим, виділяючи відповідачу кімнату розміром 16,2 кв.м, суд не мотивував у рішенні, чому він дійшов саме такого висновку, хоча в квартирі є й 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 [9]. Таке рішення суду, як здається, виглядає цілком зваженим і обґрунтованим.

Підсумовуючи викладений у цій статті аналіз таких підстав зміни договору найму житла, як збільшення або зменшення складу осіб, що постійно проживають разом із наймачем, можна зробити висновок, що, оскільки у багатьох випадках зміни договору (вселення інших осіб у жите 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, необхідним є визначення понять «члени сім'ї наймача» та «інші особи, які проживають з наймачем». Доцільно було б вирішити це питання 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. 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.
2. Жилищный кодекс Украинской ССР : Науч.-практ. комментарий. / М. А. Голодный, П. Н. Дятлов, В. И. Жуков. — К. : Политиздат Украины, 1990. — С. 168–170.
3. Маслов В. Ф. Право на жилище / В. Ф. Маслов. — Х. : Вища шк., 1986. — С. 31.
4. Цивільний кодекс України : коментар / за ред. Є. О. Харитонова, О. М. Калітенко. — О. : Юрид. л-ра, 2003. — С. 45–46.
5. Справа № 2–371/96. Рішення від 11 червня 1997 г. // Судебная практика. — 1997. — № 15–16 (25–26) серпень.
6. Андрианов И. И. Жилищное законодательство. Практические вопросы / И. И. Андрианов. — М. : Юрид. лит., 1988. — С. 181.
7. Гуляк Я. В. Договір найму (оренди) житла за цивільним законодавством України : Дис. ... канд. юрид. наук / Я. В. Гуляк. — О., 2005. — С. 131–133.
8. Судебная практика по семейным спорам. Кн. 1 / рук. кол. сост. П. В. Крашенинников. — М. : Статут, 2004. — С. 175–177.
9. Неможливість проживання сторін в одній квартирі // Юридичний вісник України. Інформаційно-правовий банк. — 1999. — 1–7 квіт.

### Анотація

**Омельчук О. С.** Зміна договору найму житла внаслідок збільшення або зменшення складу сім'ї наймача. — Стаття.

У статті розглядаються питання зміни договору найму житла внаслідок зміни складу сім'ї наймача. Автором визначені підстави та порядок зміни договору найму житла, проаналізовані способи забезпечення прав та інтересів його учасників та зроблені висновки щодо підстав зміни договору найму житла.

*Ключові слова:* договір найму, склад сім'ї, наймач.

### Аннотация

**Омельчук А. С.** Изменение договора найма жилья в результате увеличения или уменьшения состава семьи нанимателя. — Статья.

В статье рассматриваются вопросы изменения договора найма жилья в результате изменения состава семьи нанимателя. Автором охарактеризованы основания и порядок изменения договора найма жилья, проанализированы способы обеспечения прав и интересов его участников и сделаны выводы касательно оснований изменения договора найма жилья.

*Ключевые слова:* договор найма, члены, съёмщик.

### Summary

*Omelchuk A. S. Change of the Set Agreement of Habitation Subsequently Increase or Reduction of Structure of a Family of the Tenant. — Article.*

The article deals with the questions of contract of rent changing as a result of changes in structure of the family of a tenant. An author describes the grounds and order of change of contract of rent, the methods of providing of rights and interests of parties are analysed and conclusions concerning the grounds of change of contract of rent are done.

*Keywords:* contract of rent, tenant, members of the family.

УДК 347.413

Ю. Г. Орзіх

### ВИНИКНЕННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ЗА БРОКЕРСЬКИМ ДОГОВОРОМ

В умовах розвитку підприємництва роль представника-професіонала, для якого заміщення собою іншого суб'єкта підприємницької діяльності стає особливим видом діяльності, поступово зростає. Одним із договорів, який останніми роками набув широкого використання, природа якого, проте, залишається до цього часу не дослідженою, є брокерський договір. Актуальність дослідження підсилюється тим, що законодавство щодо брокерського договору має фрагментарний характер, різний зміст, що породжує поліінтерпретацію законодавства на практиці та примушує до використання основного акта цивільного законодавства — Цивільного кодексу України.

Як відомо, договір є правовим механізмом, який забезпечує обіг матеріальних та нематеріальних благ, тобто відображає динаміку суспільних відносин. Відповідно, норми договірного права забезпечують цю динаміку. Ці особливості виявляються на таких стадіях, як: укладення договору, виконання договору, невиконання (порушення) договору. Звісно, третя стадія є факультативною та існує не завжди, але вона має досить велике значення та особливості. На жаль, дослідження науковців з цих питань є досить загальними та не мають конкретної прив'язки до брокерського договору.

Первинною стадією (етапом) існування будь-якого договірного зобов'язального правовідношення, як правило, є стадія укладення договору, функціонально наділена правоутворюючим характером і сприяє виникненню власно зобов'язання.

Укладання договору — це нормативно закріплені взаємні дії сторін, спрямовані на встановлення договірних відносин та визначення змісту договірного зобов'язання [1, 165]. Брокерський договір повинен укладатися у відповідності до вимог ЦК України та інших норм, що регулюють брокерські відносини. Укладання договору передбачає вчинення сторонами взаємних дій щодо визначення та узгодження умов договору. Договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору (ст. 628 ЦК України). Процес укладання договору є діяльністю, по-перше, щодо вибору сторо-

ни майбутнього договору; по-друге, щодо узгодження істотних умов договору; по-третє, щодо оформлення договору, якщо законом встановлена певна форма [2, 7].

Логічно розпочати дослідження з розгляду двох послідовних стадій, що передують укладенню договору, а саме: з пропозиції однієї сторони про укладення договору (оферта) та прийняття пропозиції укласти договір (акцепт). Як слушно зазначалося в літературі, під офертою (від лат. *offero* — пропоную) розуміється пропозиція укласти договір, яка містить всі його істотні умови [3, 43].

Разом з цим у практиці нерідкі випадки, коли перед початком співробітництва між брокером та клієнтом укладається попередній договір чи договір про наміри. Слід відзначити, що відповідно до ст. 635 ЦК України попереднім є договір, сторони якого зобов'язуються протягом певного строку (у певний термін) укласти договір у майбутньому (основний договір) на умовах, встановлених попереднім договором. Істотні умови основного договору, які не встановлені попереднім договором, погоджуються у порядку, встановленому сторонами у попередньому договорі, якщо такий порядок не встановлений актами цивільного законодавства. Попередній договір укладається у формі, встановленій для основного договору, а якщо форма основного договору не встановлена, — у письмовій формі. Зобов'язання, встановлене попереднім договором, припиняється, якщо основний договір не укладений протягом строку (у термін), встановленого попереднім договором, або якщо жодна із сторін не направить іншій стороні пропозицію про його укладення.

Іншим переддоговірним правочином визнається договір про наміри (протокол про наміри), під яким необхідно розуміти домовленість, у якій немає волевиявлення сторін щодо надання йому сили попереднього договору (ч. 4 ст. 635 ЦК України). Законодавець прямо вказує лише на те, що в цьому випадку така домовленість не вважається попереднім договором і юридично не зобов'язує учасників цих відносин укладати в майбутньому договір на умовах, передбачених протоколом (договором) про наміри.

Прикладом договору про наміри у брокерській діяльності виступає така ситуація із страхувальниками — юридичними особами. Страхувальник звертається до брокера щодо надання необхідної йому страхової послуги. Завдання брокера — втілити в життя бажання страхувальника. Для засвідчення такого доручення брокери часто пропонують укладати «ексклюзивні» договори. Це дуже нагадує історію з обміном квартир: поки не підпишеш так званий «ексклюзивний» договір, відповідно до якого ти протягом терміну його дії не маєш права звертатися з того ж питання в інше агентство, з тобою по суті питання навіть і розмовляти ніхто не буде. З брокерами здебільшого те ж саме. Під час переговорів озвучуються лише загальні умови, повідомляється список компаній, з якими працює даний конкретний брокер, їх репутація на страховому ринку і фінансове становище. Конкретні ж пропозиції, зокрема, щодо страхових тарифів, умов страхування, виключення із страхового покриття та інші пропонуються тільки після підписання «ексклюзивного» договору. Виникає

питання: що ж відбувається, якщо за строк дії цього ексклюзивного договору брокер не зуміє підібрати для страхувальника прийнятні умови або, точніше, прийнятної страховика? Страхувальник втратить даремно час, за який інший брокер цілком би зміг виконати цю роботу. При цьому законодавцем не передбачено окремо покладання на брокера відповідальності в цьому випадку. Звичайно, прямих збитків у цьому випадку у страхувальника не виникло, зате могло виникнути скільки завгодно непрямих, починаючи від загибелі або пошкодження майна в результаті подій, які могли б бути до цього часу вже покриті страхуванням [4, 4]. Таким чином, ця ситуація якнайяскравіше свідчить про «корисність» укладення договору про наміри у відносинах з брокерами.

Як приклад попереднього договору можна навести таку ситуацію, коли перед початком співпраці між кредитним брокером і клієнтом складається договір, предметом якого є предмет (мета) договору, ціна послуг, терміни їх виконання та інші положення і зобов'язання, покладені як на брокера, так і на клієнта. Правил складання такого договору, затверджених будь-яким органом влади, зараз не існує. Тому при складанні договору кредитні посередники керуються положеннями ЦК України та інших нормативних актів.

Клієнт кредитного брокера повинен, перш за все, мати конкретну мету, яка виражається в бажанні взяти кредит на певні потреби. Початком співпраці є надання первинних документів, які потенційний позичальник повинен мати для можливості отримання певного кредиту. Вимоги до переліку документів за тією або іншою кредитною програмою в більшості банків уніфіковані і принципово нічим не відрізняються. Тому кредитному брокеру не становитиме труднощів визначити список необхідних документів, за умови, що визначений вид кредиту [5, 41–42].

Таким чином у попередньому договорі обумовлені всі істотні умови основного договору. Сторона, яка необґрунтовано ухиляється від укладення договору, передбаченого попереднім договором, повинна відшкодувати іншій стороні збитки, завдані прострочкою, якщо інше не встановлено попереднім договором або актами цивільного законодавства. Недотримання умов договору про наміри таких наслідків не тягне.

При укладенні брокерського договору слід звернути увагу на вирішення питання про форму брокерського договору, недодержання якої може спричинити визнання договору недійсним. Формою правочину взагалі визнається спосіб виявлення волі сторін, які укладають правочин [6, 151]. Наука цивільного права має напрацювання з приводу класифікації форм правочину. Логічною і зрозумілою видається двоступенева класифікація. По-перше, правочин може здійснюватися в усній або письмовій формі. По-друге, існує розділення письмової форми на просту і нотаріальну. Проста письмова форма правочину передбачає фіксацію її вмісту в певному документі, підписаному особою або особами, що укладають його. Для письмової форми існують додаткові вимоги, які можуть встановлюватися нормативно-правовими актами або угодою сторін. Наприклад, здійснення на бланку певної форми, скріплення печаткою і т.п. Письмова нотаріальна форма правочину передбачає ще й процедуру нотаріаль-

ного засвідчення документа, що передбачає фіксацію змісту правочину нотаріусом або іншим посадовцем, що має право вчиняти таку нотаріальну дію.

Право на вибір форми договору (правочину), якщо інше не встановлено законом, є елементом свободи договорів (ч. 1 ст. 205, ч. 1 ст. 639 ЦК України).

Так, правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо його зміст зафіксований в одному або кількох документах, у листах, телеграмах, якими обмінялися сторони, а також якщо воля сторін виражена за допомогою телетайпного, електронного або іншого технічного засобу зв'язку (ч. 1 ст. 207 ЦК України) [7, 151].

Логічним по відношенню до брокерського договору як договору, що містить положення договорів доручення, комісії та агентського договору, є закріплення простої письмової форми правочину, на вимогу однієї з сторін — нотаріального засвідчення. Адже за загальним правилом, при укладенні змішаного договору мають бути додержані усі вимоги, встановлені відносно укладення окремих договорів, що є складовими частинами даного змішаного договору, якщо тільки ці вимоги взаємно не виключають одна одну [8, 26].

Оскільки брокерський договір, за загальним правилом, є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору (ст. 628 ЦК України), слід визначитись із змістом брокерського договору, а саме з його умовами. Традиційно в науці цивільного права виділяють три групи договірних умов: істотні, звичайні та випадкові.

Звертаючись до питання про визначення істотних умов брокерського договору, слід зазначити, що істотними визнаються умови, які необхідні і достатні для укладення договору.

По-перше, серед істотних умов будь-якого договору закон конкретно називає лише предмет договору (майно, майнові права, інформація, результати інтелектуальної діяльності тощо). По-друге, коло істотних умов конкретного виду договору може бути визначене в самому ЦК України (наприклад, у ст. 982 — для договору страхування, ст. 1035 — для договору управління майном) або іншому законі (наприклад, у ст. 10 Закону України «Про оренду державного і комунального майна» визначені істотні умови договору оренди). По-третє, істотними є й ті умови, які хоч і не названі як істотні в законі, але необхідні для договорів такого виду (наприклад, умова про ціну є необхідною для будь-якого оплатного договору). Коло таких умов залежить від правової природи (сутності) договору, його предмета, основних прав та обов'язків сторін тощо. По-четверте, істотного значення набувають і такі умови договору, на включення яких налягає хоча б одна із сторін. Наприклад, на пропозицію продавця в договір купівлі-продажу житлового будинку включено умову про завдаток, який на забезпечення договору повинен надати покупець [7, 151].

При визначенні істотних умов, необхідних для договорів даного виду, суди вимушені оперувати переважно оціночними поняттями, тобто самостійно визначати стосовно конкретної ситуації і певного спірного договору, чи є дана умова істотною.

На відміну від істотних, звичайні умови не потребують узгодження сторін.

Звичайні умови передбачені у відповідних нормативних актах і автоматично вступають в дію у момент укладення договору. Передбачається, що якщо сторони досягли угоди укласти даний договір, то тим самим вони погодилися і з тими умовами, які містяться в законодавстві про цей договір.

Випадковими називаються такі умови, які змінюють або доповнюють звичайні умови. Вони включаються в текст договору за розсудом сторін. Їх відсутність, так само як і відсутність звичайних умов, не впливає на дійсність договору. Проте, на відміну від звичайних, вони набувають юридичної сили лише у разі включення їх в текст договору [9, 366–367].

Узагальнюючи викладене, можна дійти таких висновків. Ключове значення мають істотні умови договору, бо без їх узгодження сторонами договір у більшості випадків вважатиметься неукладеним.

У контексті розгляду умов брокерського договору як змішаного договору слід звернути увагу, що істотні умови такого договору повинні бути тими, що визначені законом як істотні або є необхідними для тих договірних конструкцій, які складають брокерський договір. Проте враховуючи те, що об'єднання в договорі цих умов відбувається виключно за бажанням сторін, вони стають такими, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди. В цьому і полягає особливість брокерського договору як змішаного договору — у них усі істотні умови є такими, щодо яких за заявою сторін має бути досягнуто згоди, тобто є виключно ініціативні, хоча основою їх є умови, передбачені законом [1, 167].

Аналіз договорів про надання брокерських послуг дає підставу зробити висновки про такі суттєві умови такого договору, який застосовується на практиці. По-перше: предмет договору. Клієнт доручає, а брокер бере обов'язок здійснювати від свого імені або від імені іншого учасника (принципала) в його інтересах і за його рахунок або за власний рахунок з наступною компенсацією всіх витрат дії юридичного та/або фактичного характеру. По-друге, це повноваження брокера щодо порядку укладення угод: указується, які саме угоди вправі здійснювати брокер, характер необхідної для клієнта інформації, порядок і форма доручення на купівлю (продаж) конкретного товару, порядок звітності брокера перед клієнтом. По-третє, у договорі визначаються права та обов'язки сторін по виконанню угоди. За брокерським договором встановлюється порядок надання звітності клієнту. По-четверте, суттєвою умовою є порядок оплати брокерських послуг. Зі вступом у дію ЦК України була проголошена презумпція відплатності договору (ч. 5 ст. 626 ЦК України). У всіх підприємницьких договорах суттєвою умовою є умова щодо оплати наданих послуг. Щодо відплатності брокерського договору слід сказати, що варіант його безоплатності не може розглядатися взагалі. Одним з декількох факторів, що об'єднують всі визначення брокера та брокерської діяльності, є те, що це діяльність, яка у будь-якому разі передбачає відплатний характер, яким би чином не склалися відносини між особами. Інша справа, яким чином проводяться розрахунки за брокерським договором.

Таким чином, можна зробити висновок, що брокерський договір вважається-

ся укладеним з моменту досягнення між сторонами згоди за всіма суттєвими умовами. При цьому факт його вчинення може виражатися у підписанні договору або здійсненні дій щодо його виконання (конклюдентні дії).

### Література

1. Бєрвєно С. М. Проблеми договірної права України : монографія / С. М. Бєрвєно. — К. : Юринком Інтер, 2006. — 392 с.
2. Дерєв'янкo Г. Ф. Договoр / Г. Ф. Дерєв'янкo. — Новосибирск, 1966. — 22 с.
3. Кучер А. Н. Оферта как стадия заключения предпринимательского договора // Законодательство. — 2001. — № 5. — С. 43–52.
4. Сухомлинова М. А. Страховые брокеры: реальная действительность и идеальная модель // Страховое право. — 2003. — № 4. — С. 2–5.
5. Аровин Е. Кредитные брокеры — профессионалы в выборе кредита // Экспресс-анализ законодательных и нормативных актов. — 2008. — 24 марта. — С. 39–45.
6. Харитонов Є. О. Цивільне право / Є. О. Харитонов, Н. А. Сяніахметова. — К. : А.С.К., 2002.
7. Цивільне право України : підручник. В 2 т. Т. 2 / за ред. Є. О. Харитонова, Н. Ю. Голубєвої. — Х. : Одіссей, 2008. — 872 с.
8. Симолин А. А. Возмездность, безвозмездность, смешанные договоры и иные теоретические проблемы гражданского права / А. А. Симолин. — М. : Статут, 2005. — 635 с.
9. Цивільний кодекс України : наук.-практ. комент. / за заг. ред. Є. О. Харитонова, О. І. Харитонової, Н. Ю. Голубєвої. — К. : Права єдність, 2008. — 740 с.

### Анотація

**Орзіх Ю. Г. Виникнення зобов'язань за брокерським договором.** — Стаття.

Відображено механізм виникнення зобов'язань за брокерським договором. Автором досліджені питання процесу укладання брокерського договору, переліку суттєвих умов брокерського договору та форми брокерського договору.

*Ключові слова:* брокерський договір, брокер, виникнення зобов'язання, укладання договору, суттєві умови договору.

### Аннотация

**Орзих Ю. Г. Возникновение обязательства по брокерскому договору.** — Статья.

Отражен механизм возникновения обязательств по брокерскому договору. Автором исследованы вопросы процесса заключения брокерского договора, перечня существенных условий договора и формы брокерского договора.

*Ключевые слова:* брокерский договор, брокер, возникновение обязательства, заключение договора, существенные условия договора.

### Summary

**Orzikh Y. G. Creation of Obligation Under the Brokerage Agreement.** — Article.

Reflects the mechanism of creation of obligation under the brokerage agreement. The process of creation of the brokerage agreement, significant conditions of the contract and form of brokerage agreement was investigated by author.

*Keywords:* brokerage agreement, broker, creation of obligation, entry into an agreement, significant conditions of the contract.

### ПРАВОВА ОХОРОНА КОМЕРЦІЙНИХ (ФІРМОВИХ) НАЙМЕНУВАНЬ В УКРАЇНІ

Термін «комерційне найменування» був вперше введений до законодавства України Цивільним кодексом України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. До прийняття Цивільного кодексу України використовувались два терміни: «найменування юридичної особи» та «фірмове найменування». Єдиним актом, що містив норми щодо використання фірмових найменувань, була постанова Центрального виконавчого комітету СРСР та Ради Народних Комісарів від 22 червня 1927 р. «Про введення в дію Положення про фірму» (із змінами та доповненнями), яка визначала правові засади діяльності фірм різних організаційно-правових форм. Згідно з листом Вищого господарського суду України від 14 січня 2004 р. № 05-3/31 у зв'язку з прийняттям Цивільного кодексу України та Господарського кодексу України від 16 січня 2003 р. № 436-IV, якими врегульовано питання про право інтелектуальної власності на комерційне найменування, з 1 січня 2004 р. в Україні не застосовується зазначене Положення про фірму. Незважаючи на прийняття зазначених кодексів, комерційні найменування є одними із небагатьох об'єктів, правовий режим яких досі потребує законодавчого удосконалення. На відміну від більшості інших об'єктів інтелектуальної власності (торговельні марки, промислові зразки, винаходи, корисні моделі, об'єкти авторського та суміжних прав) правове регулювання комерційних найменувань не здійснюється ніякими спеціальними законами. Хоча окремі посилання на комерційні найменування містяться в деяких нормативно-правових актах України, зокрема у Кримінальному кодексі України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III (із змінами та доповненнями), Законі України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15 грудня 1993 р. № 3689-XII (із змінами та доповненнями), Законі України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 7 червня 1996 р. № 236/96-ВР (із змінами та доповненнями) тощо.

Відповідно до Паризької конвенції про охорону промислової власності від 20 березня 1883 р. (далі — Паризька конвенція) комерційні найменування є об'єктами промислової власності.

Комерційні найменування наряду із торговельними марками та географічними зазначеннями є засобами індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів та послуг.

Статтею 489 Цивільного кодексу України передбачені дві умови отримання правової охорони. По-перше, комерційне найменування має надавати можливість вирізнити одну особу з поміж інших. Тобто виконувати дистинктивну функцію.

По-друге, комерційне найменування особи не повинно вводити в оману споживачів щодо справжньої її діяльності. Тобто виконувати запобіжну функцію. Особи можуть мати однакові комерційні найменування, якщо це не вводить



в оману споживачів щодо товарів, які вони виробляють та (або) реалізують, та послуг, які ними надаються.

Додатково деякі вчені виділяють також умову новизни та незмінності комерційного найменування.

О. В. Ієвіня, В. П. Мироненко, Н. В. Павловська та С. А. Пилипенко виділяють також принципи комерційного найменування: істинність, виключність та постійність.

Правовій охороні підлягає як повне, так і скорочене комерційне найменування суб'єкта господарювання, якщо воно фактично використовується ним у господарському обігу.

У зв'язку з відсутністю достатнього правового регулювання комерційних найменувань, на теперішній час в Україні існує чимало проблемних питань, які є предметом палких спорів серед українських фахівців у сфері інтелектуальної власності.

Дискусії ведуться стосовно суб'єктів прав на комерційне найменування. В Цивільному кодексі України використовується термін «особи», що виходячи із змісту розділу II Книги першої Цивільного кодексу України може використовуватися для позначення як юридичних, так і фізичних осіб, в тому числі підприємців. При цьому в ст. 90 Цивільного кодексу України міститься обмеження відносно того, що комерційні найменування можуть мати лише підприємницькі товариства. Товариства, які здійснюють підприємницьку діяльність з метою одержання прибутку та наступного його розподілу між учасниками (підприємницькі товариства), можуть бути створені лише як господарські товариства (повне товариство, командитне товариство, товариство з обмеженою або додатковою відповідальністю, акціонерне товариство) або виробничі кооперативи. Судова практика, що склалася на теперішній час в господарських судах, базується саме на вказаному обмеженні. Так, у п. 4 Оглядового листа Вищого господарського суду України «Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти інтелектуальної власності» від 14 грудня 2007 р. № 01-8/974 наводиться посилання на справу за позовом Адвокатського об'єднання про заборону суб'єкту підприємницької діяльності — фізичній особі використовувати в своїй діяльності у сфері права вивіску «Юридична консультація», що з посиланням на приписи ст. ст. 16, 23, 50, 51, 90, 431, 432, 489–491 Цивільного кодексу України мотивувало необхідністю захисту його права на комерційне найменування. В задоволенні позову було відмовлено з посиланням на те, що відповідно до абз. 1 ч. 2 ст. 90 Цивільного кодексу України комерційне (фірмове) найменування може мати юридична особа, що є підприємницьким товариством. Згідно зі ст. 42 Господарського кодексу 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. При цьому за приписами ст. 1 Закону України «Про адвокатуру» адвокатура України є добровільним професійним громадським об'єднанням, покликаним згідно з Конституцією України сприяти

захисту прав, свобод та представляти законні інтереси громадян України, іноземних громадян, осіб без громадянства, юридичних осіб, подавати їм іншу юридичну допомогу. Відповідно до п. 2.1 статуту позивача, зареєстрованого в Міністерстві юстиції України на виконання приписів ст. 4 Закону України «Про адвокатуру», метою діяльності адвокатського об'єднання є створення найбільш сприятливих умов для успішної роботи професійної діяльності адвокатів-партнерів, сприяння розбудові демократичної правової держави, захисту міжнародно визнаних прав та свобод людини, становленню ринкових відносин в Україні. Тобто судом було встановлено, що позивач, не будучи підприємницьким товариством, не є суб'єктом права інтелектуальної власності на комерційне найменування. Позиція Вищого господарського суду щодо вирішення окремих питань захисту прав інтелектуальної власності на комерційне найменування викладена також у Оглядовому листі від 17 квітня 2006 р. № 01-8/845 «Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист права власності на комерційне найменування (за матеріалами справ, розглянутих у касаційному порядку Вищим господарським судом України)».

Господарський кодекс України ст. 159 встановлює, що права на комерційне найменування можуть належати лише суб'єктам господарювання, тобто юридичним особам та громадянам-підприємцям. При цьому в якості комерційного позначення громадянином-підприємцем може бути заявлене своє прізвище або ім'я.

Невизначеним також є питання включення до комерційного найменування організаційно-правової форми юридичної особи.

Відомості про комерційне найменування суб'єкта господарювання можуть вноситися за його поданням до реєстрів, порядок ведення яких встановлюється законом. В Україні поки що не існує спеціального реєстру комерційних найменувань. На теперішній час використання комерційних найменувань фактично зведено до використання найменувань юридичної особи, які вносяться до Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб — підприємців відповідно до Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб — підприємців» від 15 травня 2003 р. № 755-IV (із змінами та доповненнями). Однак, як вбачається зі ст. 90 Цивільного кодексу України, найменування юридичної особи та комерційне найменування є різними правовими категоріями. Так, найменування юридичної особи — це обов'язок юридичної особи, а комерційне найменування — право підприємницького товариства. Суб'єкт господарювання, комерційне найменування якого було включено до реєстру раніше, має пріоритетне право захисту перед будь-яким іншим суб'єктом, тотожне комерційне найменування якого включено до реєстру пізніше.

Статтею 8 Паризької конвенції встановлено, що фірмові найменування охороняються в усіх країнах Союзу без обов'язкового подання заявки чи реєстрації і незалежно від того, чи є воно частиною торговельної марки. Зазначеному цілком відповідає положення ст. 489 Цивільного кодексу України, згідно з яким право інтелектуальної власності на комерційне найменування охороняється

без обов'язкового подання заявки на нього чи його реєстрації і незалежно від того, є чи не є комерційне найменування частиною торговельної марки. У разі якщо комерційне найменування суб'єкта господарювання є елементом його торговельної марки, то здійснюється правова охорона і комерційного найменування, і торговельної марки.

Під майновими правами інтелектуальної власності на комерційне найменування прийнято розуміти права учасників цивільного обороту, передбачені ст. 490 Цивільного кодексу України, а саме:

- право на використання комерційного найменування;
- право перешкоджати іншим особам неправомірно використовувати комерційне найменування, в тому числі забороняти таке використання;
- інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом.

Суть цих майнових прав полягає в тому, що особі гарантується можливість виступати в цивільному обороті під власним комерційним найменуванням та захищати свої права у встановленому порядку.

Зазначені майнові права можуть реалізовуватися в різних формах, зокрема під час укладення цивільно-правових угод, пропонування товарів (послуг) для продажу, захисту порушених прав, здійснення інших юридичних дій. Комерційні найменування можуть використовуватися шляхом їх розміщення в діловій документації, рекламі, мережі Інтернет, на товарах, упаковці, вивісках, етикетках тощо.

Не допускається неправомірне використання чужого комерційного найменування. Такі дії визнаються чинним законодавством України недобросовісною конкуренцією. Згідно зі ст. 20 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» вчинення дій, визначених цим Законом як недобросовісна конкуренція, тягне за собою накладання Антимонопольним комітетом України штрафів в установленому порядку, а також адміністративну, цивільну та кримінальну відповідальність. Правопорушник може бути притягнутий до адміністративної відповідальності відповідно до ст. 51<sup>2</sup> Кодексу України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 р. № 8073-X (із змінами та доповненнями). Стаття 229 Кримінального кодексу України передбачає можливість притягнення винної особи до кримінальної відповідальності за умови заподіяння матеріальної шкоди у значному та більших розмірах. При цьому матеріальна шкода вважається завданою в значному розмірі, якщо її розмір у двадцять і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, у великому розмірі — якщо її розмір у двісті і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, а завданою в особливо великому розмірі — якщо її розмір у тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Особа, права якої на комерційне найменування порушені, може також звернутися до суду для захисту своїх прав цивільно-правовими способами.

Особа, яка використовує чуже комерційне найменування, на вимогу його власника зобов'язана припинити таке використання і відшкодувати завдані збитки.

Використання у комерційному найменуванні власного імені фізичної особи не визнається неправомірним, якщо до власного імені додається який-небудь відмітний елемент, що виключає змішування з діяльністю іншого господарюючого суб'єкта (підприємця).

Права на комерційне найменування є чинними з моменту його першого використання та діють безстроково.

Враховуючи те, що майнові права інтелектуальної власності на комерційне найменування належать до невідчужуваних прав, їх чинність припиняється разом із припиненням діяльності особи, зокрема у разі ліквідації юридичної особи. Хоча перелік підстав для припинення майнових прав інтелектуальної власності на комерційне найменування, наведений у ст. 491 Цивільного кодексу України, не є вичерпним, на теперішній час законодавство України не містить інших підстав для цього.

Майнові права інтелектуальної власності на комерційне найменування можуть бути передані іншій особі лише разом з цілісним майновим комплексом особи, якій ці права належать, або його відповідною частиною. Передача цілісного майнового комплексу здійснюється особою, якій ці права належать на підставі цивільно-правових угод. Передача цілісного майнового комплексу також може бути здійснена в порядку продажу майна боржника в процедурі санації. Відповідно до ст. 19 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» від 14 травня 1992 р. № 2343-ХІІ (із змінами та доповненнями) з метою відновлення платоспроможності та задоволення вимог кредиторів боржника план санації може передбачати продаж майна боржника недержавної власності як цілісного майнового комплексу. При продажу майна боржника недержавної власності як цілісного майнового комплексу в установленому порядку відчужуються всі види майна, призначеного для здійснення підприємницької діяльності боржника, у тому числі приміщення, споруди, обладнання, інвентар, сировина, продукція, права вимоги, права на знаки (позначення), що індивідуалізують боржника, його продукцію (роботи, послуги) (фірмове найменування, знаки для товарів і послуг), інші права, які належать боржнику, за винятком прав і обов'язків, які не можуть бути передані іншим особам.

Таким чином, багато питань правової охорони комерційних (фірмових) найменувань в Україні є досі невизначеними. Найбільш відчутною ця проблема є для осіб, у яких виникає необхідність у захисті своїх прав у судовому порядку.

### Анотація

*Романадзе Л.Д.* **Правова охорона комерційних (фірмових) найменувань в Україні.** — Стаття.

Стаття присвячена розгляду основних проблем правової охорони комерційних найменувань в Україні. Досліджено умови отримання правової охорони, проаналізовано коло суб'єктів прав на комерційне найменування, висвітлено майнові права інтелектуальної власності на комерційне найменування. Розглянуто наслідки неправомірного використання комерційних найменувань.

*Ключові слова:* комерційне найменування, фірмове найменування, суб'єкти прав на комерційне найменування, майнові права на комерційне найменування, неправомірне використання комерційного найменування.

**Анотація**

*Романадзе Л.Д.* Правовая охрана коммерческих (фирменных) наименований в Украине. — Статья.

Статья посвящена рассмотрению основных проблем правовой охраны коммерческих наименований в Украине. Исследованы условия получения правовой охраны, проанализирован круг субъектов прав на коммерческое наименование, раскрыты имущественные права интеллектуальной собственности на коммерческое наименование. Рассмотрены последствия неправомерного использования коммерческих наименований.

*Ключевые слова:* коммерческое наименование, фирменное наименование, субъекты прав на коммерческое наименование, имущественные права на коммерческое наименование, неправомерное использование коммерческого наименования

**Summary**

*Romanadze L.* Legal Protection of Commercial Names in Ukraine. — Article.

The article is devoted to consideration of fundamental issues of legal protection of commercial names in Ukraine. The conditions obtaining legal protection, analysis subjects of rights to commercial names, highlighted intellectual property rights to the commercial name. Consider the consequences of misuse of commercial items.

*Keywords:* commercial name, company name, the subject of law of commercial name, property rights of commercial name, misuse of commercial name.

УДК 347.238.1(477)

*О. І. Сафончик*

**ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ РЕАЛІЗАЦІ ПРАВА СПІЛЬНОЇ  
ЧАСТКОВОЇ ВЛАСНОСТІ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ**

Спільна власність є різновидом права власності, що ускладнена множинністю суб'єктів, і є правовою формою об'єднання майна фізичних і юридичних осіб, держави, територіальних громад з метою співпраці, об'єднання їх зусиль для досягнення певної мети. У випадку, коли майно належить на праві власності кільком особам (суб'єктам права власності, яких називають співвласниками) одночасно, між ними виникають відносини спільної власності. Отже, право спільної власності — це право двох або більше осіб (співвласників) на один і той самий об'єкт (ст. 355 ЦК України) [1].

Спільний об'єкт може складатися з однієї індивідуально-визначеної речі або сукупності речей, які можуть бути подільними або неподільними, проте як об'єкт права власності вони утворюють єдине ціле. Це означає, що право кожного із співвласників поширюється на весь об'єкт у цілому, а не на його частину. У зв'язку з цим для права спільної власності характерна множинність суб'єктів і єдність об'єкта.

Право спільної власності в об'єктивному сенсі — це сукупність правових норм, що регулюють відносини по володінню, користуванню та розпорядженню власниками на свій розсуд спільною річчю, що їм належить, та передбачають можливість кожного із власників вимагати певної поведінки від усіх інших осіб, у тому числі інших власників [2, 260; 3, 220].

Суб'єктивне право спільної власності — це передбачена нормами об'єктивного права можливість учасників спільної власності на свій розсуд володіти, користуватися та розпоряджатися спільною річчю в межах, встановлених законом, і вимагати від усіх інших осіб, у тому числі і від інших власників певної поведінки, а також обов'язок кожного з власників узгоджувати свою поведінку по володінню, користуванню та розпорядженню спільною річчю з іншими співвласниками [4, 103].

Сучасне законодавство не містить обмежень щодо суб'єктного складу права спільної власності. Вони можуть визначити порядок користування спільною річчю без визнання реальних часток. У цьому випадку право спільної власності не припиняється, кожний зберігає свою частку у праві на річ.

Спільне майно може належати сторонам на праві спільної часткової і на праві спільної сумісної власності. З правової точки зору між двома різновидами спільної власності існують певні відмінності.

Сутність спільної часткової власності (ст. ст. 356–367 ЦК України) в тому, що кожний із співвласників має чітко визначену частку у праві власності на спільне майно (ідеальну частку). Правомочності учасників часткової власності відносно всього об'єкта повинні здійснюватися за загальною згодою всіх співвласників виходячи із рівності інтересів учасників спільної часткової власності незалежно від розміру часток. У зв'язку з цим частки можуть бути рівними і нерівними, що не впливає на обсяг повноважень співвласників. Якщо законом або угодою учасників спільної власності не передбачено інше, то до спільного майна застосовується правовий режим саме спільної часткової власності.

При спільній сумісній власності розміри часток заздалегідь не визначені, хоч і припускається, що вони рівні. При цьому право кожного із співвласників рівною мірою поширюється на все спільне майно, оскільки вони мають рівні права володіння, користування, а за певних умов і розпорядження ним.

В юридичній літературі виділяють зовнішні правовідносини спільної власності (між співвласниками і невластниками) та внутрішні (між самими власниками) [5, 205]. Разом з тим уповноважені учасники правовідносин знаходяться ще і у внутрішньому зв'язку між собою, який може бути простим (коли частка в праві спільної часткової власності належить окремим особам) та складним (коли частки належать подружжю або членам сім'ї або селянського господарства) [6, 8; 7].

Здійснення права спільної власності ґрунтується на простому принципі: реалізація права одним із співвласників не повинна утискати інтереси інших співвласників, тобто воля і права кожного учасника спільної власності обмежені правами інших учасників (тому право спільної власності ще називають «утисненим правом власності») [8, 552].

Володіння, користування і розпорядження частковою власністю здійснюється за взаємною згодою всіх учасників, а за її відсутності — суперечка вирішується в судовому порядку. При цьому вони мають рівне право голосу у здійсненні цих правомочностей незалежно від розміру часток кожного. Співвласники вправі

залежно від призначення майна встановити порядок володіння, користування ним або його частинами у натурі, визначити черговість та інші умови користування конкретною річчю.

Деякі автори вважають, що в праві спільної власності необхідно розрізняти два види правомочності його учасників: 1) правомочності співвласників з приводу всього спільного майна; 2) правомочності кожного з них відносно належної йому частки (Д. М. Генкін, М. Г. Маркова, В. Ф. Маслов) [9, 153; 10, 79; 11, 7]. А деякі автори вважають, що в праві спільної часткової власності необхідно розрізняти три види правомочностей співвласників: 1) правомочності щодо всього майна в цілому; 2) правомочності кожного із співвласників щодо належної йому частки; 3) правомочності кожного з співвласників відносно часток інших співвласників (М. В. Зимельова) [12]. Більш правильною є остання точка зору, оскільки кожний з учасників спільної часткової власності має право переважної купівлі частки, що належить іншому учаснику, у випадку продажу її сторонній особі (ч. 1 ст. 362 ЦК України).

Встановлення співвласниками порядку користування з виділенням частини майна у натурі не припиняє спільної власності, оскільки такі частини не перетворюються в об'єкт самостійної власності кожного з них. У практиці найчастіше укладаються правочини про розподіл користування реальними частинами спільного майна щодо неподільних об'єктів (автомашин, жилих будинків, інших споруд).

В літературі немає єдиної точки зору щодо питання частки в праві спільної власності. Деякі автори під часткою у спільній власності розуміють не індивідуалізовану в натурі частку в праві власності на спільну річ (Ю. С. Червоний, Ю. К. Толстой) [9], інші — частку вартості спільної річчі, але не частку в праві власності на спільну річ (М. Г. Маркова) [10, 82]. Деякі автори під часткою розуміють кількісний показник, що виражений у вигляді дробу або у відсотках об'єму правомочностей кожного власника у відношенні спільного об'єкта (Н. Ю. Ліннікова) [14, 14]. Є точка зору, що учаснику спільної власності належить частка у річчі як матеріальна, так і ідеальна. Проте більш правильною вважається перша точка зору, відповідно до якої кожному учаснику часткової власності належить частка в праві власності на спільну річ.

Кожний учасник спільної часткової власності пропорційно зі своєю часткою має право на прибутки від спільного майна. Плоди, продукція та прибутки від використання майна, що знаходиться в спільній частковій власності, входять до складу спільного майна та розподіляються між співвласниками у відповідності з їх частками в праві спільної часткової власності, якщо інше не встановлено угодою між ними (ст. 359 ЦК України).

Разом з тим на такій же підставі — пропорційно своїй частці він відповідає перед третіми особами за зобов'язаннями, пов'язаними із спільним майном; повинен брати участь у сплаті всякого роду податків і платежів, у витратах із збереження і утримання спільного майна (ст. ст. 359–360 ЦК України). Зазначені правовідносини безпосередньо не обумовлені правом спільної часткової власності. Для їх виникнення необхідні додаткові юридичні факти, оскільки

законодавець, в принципі, не забороняє співвласникам передбачити інший порядок розподілу зазначених обов'язків.

Якщо хто-небудь з учасників права спільної часткової власності ухиляється від участі у спільних витратах, інші учасники, які внесли за нього платежі по спільному майну, вправі стягнути з нього внесену частку витрат. У цьому випадку виникає зобов'язання із безпідставного збагачення (ст. 1212 ЦК України). Із змісту ст. ст. 540-541 ЦК випливає, що учасники спільної власності несуть часткову відповідальність по спільних боргах.

Істотним для учасника спільної часткової власності є його право на відчуження іншій особі своєї частки в спільному майні (ст. 361 ЦК України), тобто йому надається право на оплатне або безоплатне відчуження іншим особам своєї частки у спільному майні (шляхом укладання договорів купівлі-продажу, дарування, міни, заповіту тощо). Набувачами частки можуть бути сторонні особи або інші співвласники. У цих випадках спільна власність не припиняється, оскільки відчужується не конкретна частина майна, а частка у праві спільної власності, тобто відбувається лише заміна суб'єкта цивільних правовідносин. Від обраного засобу відчуження залежить вимога додаткової процедури.

Так, при продажу частки в спільній власності сторонній особі інші учасники спільної власності мають право переважної купівлі-продажу частки, що продається, тобто вони мають право придбати частку за ту ж суму і на тих же умовах, на яких запропоновано відчужувачем третім особам. Виняток становить продаж з публічних торгів, коли частка може бути продана будь-якому покупцеві.

Надання співвласникам права привілеєвої купівлі викликане рядом обставин. Насамперед вони можуть бути самі зацікавлені у придбанні відчужуваної частки для задоволення своїх матеріальних і культурних потреб. Крім того, їм не байдуже, хто стане новим учасником права спільної часткової власності, як будуть виконуватися обов'язки по утриманню спільного майна та користуванню ним.

В юридичній літературі висловлювалась думка щодо недоцільності зберігання права переважної купівлі, оскільки воно ускладнює обіг частки у спільній власності; при цьому коло спільного об'єкта групуються особи, які не перебувають в будь-яких особливих правовідносинах (М. В. Зімельова) [8, 41].

Право переважної купівлі частки співвласниками забезпечується низкою заходів процедурного характеру. Зокрема, продавець частки в спільній власності зобов'язаний сповістити в письмовій формі інших співвласників про свій намір продати частку. У цьому повідомленні він має вказати ціну і всі істотні умови продажу. Незгода співвласників із запропонованими продавцем умовами повинна прирівнюватися до відмови реалізувати своє право привілеєвої купівлі. Після повідомлення співвласників продавець повинен зачекати один місяць, якщо йдеться про продаж частки в праві на будинок (або інше нерухоме майно), або десять днів, якщо відчужується частка в праві на інше (рухоме) майно. Тільки після цього він має право продати свою частку будь-якій особі.



Співвласники можуть відмовитися від придбання відчужуваної частки і раніше зазначених строків. Відповідно співвласник-продавець вправі реалізувати свою частку у спільному майні стороннім особам з моменту такої відмови.

Якщо декілька учасників спільної часткової власності виявили бажання придбати частку у спільній власності, право вибору покупця надається продавцеві.

При продажу частки з порушенням права переважної купівлі, інший учасник спільної власності протягом трьох місяців може звернутися до суду з позовом про перевід на нього прав і обов'язків покупця (ст. 362 ЦК України). До таких вимог застосовується позовна давність в один рік. Зазначений строк позовної давності обчислюється з дня, коли позивач дізнався чи повинен був дізнатися про укладання правочину.

Переведення на співвласника прав і обов'язків покупця, як впливає із змісту закону, здійснюється без попереднього визнання угоди про відчуження частки у спільному майні сторонній особі недійсною. Під порушенням права привілеєвої купівлі слід розуміти випадки продажу частки сторонній особі на пільгових умовах (наприклад, за нижчою ціною, ніж це було запропоновано співвласникам). Інакше продавець мав би можливість легко обійти закон, пропонуючи їм явно неприйнятні умови.

Право переважної купівлі-продажу захищається не позовом про визнання правочину нікчемним, який здійснений з порушенням цього права, і визнанням договору, укладеним з одним з учасників спільної власності, а позовом про переведення на учасника спільної власності прав та обов'язків покупця. Договір, укладений між продавцем частки у спільній власності та особою, яка не є учасником спільної власності, а також судові рішення про переведення прав та обов'язків будуть служити правовстановлюючими документами.

Слід зазначити, що чинне законодавство передбачає тільки право переважної купівлі частки в праві спільної власності, однак при відчуженні частки іншими засобами (зокрема, при безоплатній передачі) дотримання викладеної вище процедури не потрібно, у зв'язку з чим відчужувач може передати безоплатно свою частку в праві спільної власності будь-якій особі, не сповіщаючи про це інших співвласників, не питаючи на це їх згоди і т.п.

Слід зазначити, що кожному з співвласників належить право переважної купівлі-продажу, що пов'язане безпосередньо з особистістю відчужувача, у зв'язку з чим не допускається передача права примусової купівлі (ч. 5 ст. 362 ЦК України).

У випадку загибелі об'єкта право спільної власності припиняється без волі його учасників.

Якщо об'єкт спільної власності був застрахований, то у колишніх власників виникає право на страхове відшкодування пропорційно їх часткам у праві власності на загиблий об'єкт.

Відповідно до ст. 365 ЦК України право особи на частку у спільному майні може бути припинено за рішенням суду на підставі позову інших співвласників, якщо: 1) частка є незначною і не може бути виділена в натурі; 2) якщо

річ є неподільною; 3) спільне володіння та користування майном є неможливим; 4) таке припинення не спричинить суттєвих збитків інтересам співвласника і членів його сім'ї.

Суд постановляє рішення про припинення права особи на долю в спільному майні при умові попереднього внесення вартості цієї частки на депозитний рахунок суду.

Розподіл спільної власності проводиться за взаємною згодою. У разі суперечки питання вирішуються в судовому порядку. У випадку порушення питання про виділення усіма співвласниками фактично відбувається ліквідація права спільної часткової власності (поділ). При неможливості виділити кожному з них частку у натурі і відсутності з цього приводу згоди між ними суд вправі присудити все майно одному із співвласників, а решті — відповідну грошову компенсацію.

### Література

1. Цивільний кодекс України : наук.-практ. комент. / за ред. Є. О. Харитонова. — Х. : Одісей, 2009.
2. Харитонов Е. О. Гражданское право / Е. О. Харитонов, Н. А. Саниахметова. — К. : А.С.К., 2001.
3. Цивільне та сімейне право України : підручник / за ред. Є. О. Харитонова. — Х. : Одісей, 2004.
4. Червоный Ю. С. Понятие и виды общей собственности по советскому праву. Вопросы государства и права развитого социалистического общества / Ю. С. Червоный. — Х., 1975.
5. Право власності в Україні / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — К. : Юрінком Інтер, 2000.
6. Мананкова Р. П. Правоотношения общей долевой собственности по советскому законодательству / Р. П. Мананкова. — Томск, 1977.
7. Червоный Ю. С. Некоторые вопросы регулирования отношений собственности по проекту ГК Украины // Вісник Університету внутрішніх справ. — Х., 1999. — Вип. 6.
8. Гражданский кодекс Украины : науч.-практ. комент. Т. 1. — Х. : Одісей, 2003.
9. Генкин Д. М. Право собственности в СССР / Д. М. Генкин. — М. : ГЮИ, 1961.
10. Маркова М. Г. Понятие и содержание общей собственности : (очерки по гражданскому праву) / М. Г. Маркова. — Ленинград : Изд-во ЛГУ, 1957.
11. Маслов В. Ф. Вопросы общей собственности в судебной практике / В. Ф. Маслов. — М. : Госюриздат, 1963.
12. Зимелёва М. В. Общая собственность в советском гражданском праве // Ученые записки ВШЮН. — М., 1941. — Вып. 2.
13. Гражданское право. Ч. 1 / под ред. Ю. К. Толстого и А. П. Сергеева. — С.Пб., 1996.
14. Линникова Ю. Ю. Право общей долевой собственности граждан : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Ю. Ю. Линникова. — М., 1982.

### Анотація

**Сафончик О. І.** Проблемні питання реалізації права спільної часткової власності за законодавством України. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду проблемних питань реалізації права спільної часткової власності за законодавством України. Сутність спільної часткової власності полягає в тому, що кожний із співвласників має чітко визначену частку у праві власності на спільне майно (ідеальну частку). При спільній сумісній власності розміри часток заздалегідь не визначені, хоч і припускається, що вони рівні. Володіння, користування і розпорядження спільною власністю здійснюються за взаємною згодою всіх учасників, а за її відсутності — суперечка вирішується в судовому порядку. У випадку порушення питання про виділення своєї частки з спільного майна усіма співвласниками фактично відбувається ліквідація права спільної часткової власності (поділ).

**Ключові слова:** власність, право власності, право спільної власності, право спільної часткової власності.

### Анотація

*Сафончик О. И.* Проблемные вопросы реализации права общей долевой собственности по законодательству Украины. — Статья.

Статья посвящена рассмотрению проблемных вопросов реализации права общей долевой собственности по законодательству Украины. Суть общей долевой собственности состоит в том, что каждый из собственников имеет четко определенную долю в праве собственности на общее имущество (идеальную долю). При общей совместной собственности размеры долей заранее не определены, хотя предполагается, что они равные. Владение, пользование и распоряжение общей собственностью осуществляются по взаимному согласию всех ее участников, а при его отсутствии — спор решается в судебном порядке. В случае инициирования вопроса о выделе своей доли из общего имущества всеми собственниками фактически происходит ликвидация права общей долевой собственности (раздел).

*Ключевые слова:* собственность, право общей собственности, право общей долевой собственности.

### Summary

*Safonchuk O. I.* Problematic Issues of Realization of the Right Common Shared Ownership Under Ukraine Law. — Article.

This article is devoted to the problematic issues of realization of the right common shared ownership. The essence of the common property is that each of the co-owners have a clearly defined share in the ownership of common property (the ideal proportion). When common property dimensions of shares previously not been determined, although it is assumed that they are equal. Possession, use and disposal of common property made by mutual agreement of all participants, and in its absence is a dispute resolved in court. In the case of initiation of the question of its allocated share of the common property of all co-owners actually is the elimination of the right common property (section).

*Keywords:* ownership, the right of common ownership, the right of common shared ownership.

УДК 347.189-053.2

С. А. Чванкін

### ПОРЯДОК ВИЗНАЧЕННЯ ПРИЗВИЩА, ІМЕНІ ТА ПО БАТЬКОВІ ДИТИНИ (ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ, СІМЕЙНО-ПРАВОВІ ТА ЦИВІЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНІ АСПЕКТИ)

Прізвище, ім'я та по батькові є тими ознаками, які індивідуалізують особу, виділяють її з-поміж інших, надаються їй при реєстрації народження і є невід'ємними від неї. Права та обов'язки матері, батька і дитини ґрунтуються на походженні дитини від них, засвідченому державним органом реєстрації актів цивільного стану (ст. 121 СК України). Актуальність теми зумовлена тим, що в Україні з прийняттям нових ЦК, СК та ЦПК України уточнені правила визначення прізвища, імені та по батькові дитини.

*Ціллю* цієї статті є аналіз цивільно-правових, сімейно-правових та цивільно-процесуальних аспектів визначення прізвища, імені та по батькові дитини.

Порядок реєстрації народження визначений СК України та Правилами реєстрації актів цивільного стану в Україні, затвердженими наказом Мін'юсту України від 18 жовтня 2000 р. № 52/5 з відповідними змінами.

Реєстрація народження засвідчується свідоцтвом про народження.

Реєстрація народження дитини провадиться державним органом реєстрації актів цивільного стану з одночасним визначенням її походження та присвоєнням прізвища, імені та по батькові.

Заяву про реєстрацію народження дитини батьки зобов'язані подати невідкладно, але не пізніше одного місяця з дня народження дитини, а заклади охорони здоров'я при народженні мертвої дитини — не пізніше трьох діб. У відповідності до п. 2.3 Правил реєстрації невиконання цього обов'язку є підставою для покладення на батьків дитини та керівника закладу охорони здоров'я відповідальності, установлені ст. 212 КоАП.

Якщо дитина народилася мертвою, то свідоцтво про народження в цьому разі не видається, відомості про це записуються в книзі реєстрації актів про народження на підставі лікарського свідоцтва про перинатальну смерть форми № 106-2/о. Якщо смерть дитини настала незабаром після її народження, навіть якщо вона прожила хоч декілька хвилин, складаються два записи: про народження і смерть, але видається тільки свідоцтво про смерть.

Якщо дитина народилася під час перебування матері на морському, річковому, повітряному судні, у потязі або в іншому транспортному засобі, то реєстрація народження провадиться за місцем проживання батьків (одного з них). Місцем народження зазначається місце проживання батьків. Підставою для реєстрації народження може бути акт, складений посадовими особами (капітаном судна, командиром, начальником потягу) іншого транспортного засобу за участю двох свідків і лікаря або фельдшера (якщо лікар або фельдшер були на транспортному засобі).

Якщо дитина народилася в експедиції, на судні або в іншій віддаленій місцевості, де немає органів реєстрації актів цивільного стану, реєстрація народження провадиться за місцем проживання батьків чи одного з них не пізніше одного місяця з дня їх повернення. У цих випадках, на бажання батьків, місцем народження дитини в записі акта про народження зазначається місце проживання батьків або фактичне місце народження, якщо воно підтвержене медичним свідоцтвом про народження.

Так само вирішується питання реєстрації народження дитини, якщо вона народилася за кордоном і її народження не було зареєстровано в консульській установі, дипломатичному представництві України чи компетентному органі іноземної держави.

Реєстрація народження підкинутої, знайденої дитини провадиться за письмовою заявою представника служби у справах дітей. Одночасно із заявою про реєстрацію народження дитини до органів реєстрації актів цивільного стану подаються рішення про реєстрацію народження підкинутої, знайденої дитини, яке приймається органом опіки та піклування за поданням служби у справах дітей протягом 15 днів після надходження повідомлення про таку дитину, а також довідка закладу охорони здоров'я про вік підкинутої, знайденої дитини.

У випадку, коли батьки підкинутої, знайденої дитини невідомі, прізвище, власне ім'я, по батькові такої дитини, а також прізвище, власне ім'я, по бать-

кові її батьків записуються згідно з даними, зазначеними в рішенні органу опіки та піклування.

У відповідності до п. 2.11 Правил реєстрації при реєстрації народження близнят про кожного з них складається окремий запис акта про народження і видається окреме свідоцтво про народження.

Статтями 145–147 СК України встановлений порядок визначення прізвища, імені, по батькові дитини (присвоєння прізвища (родового імені), по батькові (батьківського імені) та власного імені) при реєстрації народження державним органом реєстрації актів цивільного стану.

**Визначення імені.** Відповідно до ст. 28 ЦК України — фізична особа набуває прав та обов'язків і здійснює їх під своїм ім'ям.

Ім'я фізичної особи, яка є громадянином України, складається із прізвища, власного імені та по батькові, якщо інше не впливає із закону або звичаю національної меншини, до якої вона належить.

Ім'я дитини визначається за згодою батьків. Одне з перших рішень, які належить прийняти батькам, — вибір імені для дитини. Це дуже серйозне рішення, тому новоспеченим мамі й татові варто підійти до цього процесу не тільки з фантазією, а й з повною відповідальністю. Багато хто вважає, що ім'я впливає на характер людини, і тому пошук його — напружена і хвилююча робота для обох батьків.

Коли новій людині дають ім'я, це ще й суспільні відносини, що підлягають і правовому регулюванню. Ці відносини входять в інститут особистих немайнових прав та обов'язків батьків і дітей. Логічно, що такі правовідносини регулюються сімейним законодавством.

СК регламентує, що «ім'я дитини визначається за згодою батьків» (ч. 1 ст. 146).

Система імен, що побутує в нашій країні, формувалася протягом багатьох століть. Їх підказували здебільшого різні обставини родинного життя. Наприклад, довгоочікуваного сина називали Ждан, небажаного — Неждан, Нечай, перший син діставав ім'я Одинець, третій у сім'ї — Третяк і т.п. В іменах відображалися певні риси людей (Буян), пора року, коли дитина з'явилася на світ (Весна), віра в магичну силу імені, спільного з назвою рослин, тварин тощо (Береза, Орел, Сокіл). Імена з негативним емоційним забарвленням давалися як застережний захід: за уявленням наших пращурів погані імена (Горе, Захворій) оберігали дітей від дії злих духів.

Такі імена, як Іван, Олексій, Михайло, Григорій, Петро, Федір, Ганна, Олена, Катерина, популярні в Україні, належать до візантійських імен, а такі як: Богдан, Віра, Надія, Любов — з грецької мови, Ігор, Олег, Ольга — скандинавського походження.

Із вибором імен пов'язано багато звичаїв. У нас переважно дають ім'я святого, в день якого народилася дитина. Ім'я дитині вибирають родичі, однак дуже часто покладаються на волю священика. В інших народів вибирають ім'я батьки, перш за все батько, повитуха або куми, буває, що радиться ціла родина.

У наші дні переважна більшість імен, якими називають новонароджених,

належить до системи традиційних імен, успадкованої від попередніх поколінь. Поряд з «офіційними» іменами існують розмовно-побутові (скорочені, чи усічені, здрібно-пестливі та згрубіло-зневажливі) їх варіанти.

Батьки не завжди зважають на здатність імен варіюватися, наполягаючи на присвоєнні дитині не документального варіанта імені, з порушенням правил правопису. Носії таких імен, особливо дорослі, відчують незручність у багатьох життєвих обставинах. Такі імена ускладнюють подальше документування особи при оформленні документів про освіту, отриманні паспорта та інші.

Тому, даючи ім'я, варто уникати якихось небажаних асоціацій поєднання ініціальних літер, воно повинно бути гарним, простим, милозвучним, яке вдало поєднувалося б з прізвищем і по батькові. До вибору імені батькам слід ставитися з усією відповідальністю, щоб не довелося їх дітям у майбутньому порушувати питання про зміну імені.

Але іноді дійти згоди про ім'я дитини батькам не вдається, наприклад, запропоноване батьком ім'я викликає стійкі негативні асоціації в матері, а ім'я, яке пропонує матір, на думку батька, абсолютно неприйнятне в нинішньому столітті.

Згідно з ч. 3 ст. 146 СК «спір між батьками щодо імені дитини може вирішуватись органом опіки і піклування або судом».

Зміст ч. 3 ст. 146 СК не дає чіткого визначення виду цивільного судочинства, в якому має розглядатися така категорія справ, напевне мається на увазі позовне провадження. Позовне судочинство передбачає пред'явлення позовної заяви і наявність двох сторін — позивача й відповідача. На перший погляд, усе здається досить простим: у дитини двоє батьків, між якими виникла суперечка, вони й повинні виступати сторонами процесу. Оскільки предмет позову є спірні сімейні правовідносини, то головним питанням тут стає: чиє і яке саме право порушене?

Права на одноосібне визначення імені будь-ким із батьків не існує — є положення про вибір імені за згодою. Але батьки разом не можуть дійти згоди з приводу вибору імені для їхньої дитини. Тобто фактично порушення права немає, тому що немає самого права. По суті, заява повинна надійти від обох батьків, адже вони мають «спільний статус», однакові права та обов'язки, і виступати в суді вони повинні на одній стороні. Але, виходячи з того, що між батьками є спір, все ж таки «розділимо» їх на дві процесуальні сторони. Причому відповідачу варто пред'явити зустрічний позов з аналогічними вимогами [1].

Далі виникає питання, на якій підставі суд повинен надати перевагу комусь із батьків. Адже згідно із законом вони рівні у своїх правах і обов'язках відносно дитини (ст. 141 СК). Закон також не знає імен, які мають «перевагу». Можна, звичайно, припустити, що суддя вибере те ім'я, яке підходить за національним критерієм (а якщо батьки різних національностей?), або яке благозвучніше і краще поєднується з прізвищем і по батькові (чисто суб'єктивний погляд судді), або яке має велике значення для якоїсь сторони (оцінке поняття, яке можна оспорювати до безкінечності). Але це лише роздуми — правових підстав для таких переваг немає.

Яким саме має бути рішення в такій справі? Найцікавіший варіант — це зобов'язати батьків дійти згоди й дати дитині ім'я. Звичайно, він звучить щонайменше дивно. Законодавець розраховує, що суд повинен винести рішення, яким зобов'яже батьків назвати дитину конкретним ім'ям.

Ім'я дитини, народженої жінкою, яка не перебуває у шлюбі, у разі відсутності добровільного визнання батьківства визначається матір'ю дитини. Дитині може бути дано не більше двох імен, якщо інше не впливає із звичаю національної меншини, до якої належать мати і (або) батько. Спір між батьками щодо імені дитини може вирішуватися органом опіки та піклування або судом (ст. 146 СК).

**Прізвище дитини** визначається за прізвищем батьків. Якщо мати, батько мають різні прізвища, прізвище дитини визначається за їхньою згодою. Батьки, які мають різні прізвища, можуть присвоїти дитині подвійне прізвище, утворене шляхом з'єднання їхніх прізвищ. Спір між батьками щодо прізвища дитини може вирішуватися органом опіки та піклування або судом (ст. 145 СК).

Відповідно до п. 2.6 Положення про порядок, зміни, доповнення, поновлення та анулювання актових записів цивільного стану, затвердженого наказом Мін'юсту України від 26 вересня 2002 р. № 86/5, заяви батьків про виправлення (зміну) прізвища або імені дитини в актовому записі про її народження в зв'язку з тим, що при реєстрації народження дитині присвоєно прізвище або ім'я без урахування побажань обох або одного з батьків, приймаються відділами реєстрації актів цивільного стану не пізніше одного року з дня народження, а заяви про виправлення імені дитини в зв'язку з тим, що вона фактично має ім'я, відмінне від зазначеного в актовому записі про її народження, — до досягнення нею 16-річного віку.

Стаття 148 СК передбачає можливість **зміни прізвища дитини її батьками**, зокрема:

– у разі зміни прізвища обома батьками змінюється прізвище дитини, яка не досягла семи років. Якщо дитина досягла семи років, прізвище змінюється за її згодою;

у разі зміни прізвища одного з батьків прізвище дитини може бути змінене за згодою обох батьків та дитини, яка досягла семи років;

за заявою батьків або одного з них, якщо другий помер, оголошений померлим, визнаний недієздатним або безвісно відсутнім, дитині, яка не досягла чотирнадцяти років та якій при реєстрації народження присвоєно прізвище одного з батьків, може бути змінене прізвище на прізвище другого з батьків;

у разі заперечення одним із батьків щодо зміни прізвища дитини спір між ними щодо такої зміни вирішується органом опіки та піклування або судом. При вирішенні спору беруться до уваги виконання батьками своїх обов'язків щодо дитини, а також інші обставини, які засвідчують відповідність зміни прізвища інтересам дитини.

**По батькові дитини** визначається за іменем батька. По батькові дитини, народженої жінкою, яка не перебуває у шлюбі, за умови, що батьківство щодо дитини не визнано, визначається за іменем особи, яку мати назвала її батьком

(ст. 147 СК). Якщо батько має подвійне ім'я, то по батькові дитині присвоюється за одним із них на вибір батьків. На прохання батьків по батькові може також утворюватись згідно з національними традиціями або не присвоюватись взагалі. У разі реєстрації народження дитини в громадян, у національній традиції яких немає звичаю зазначати по батькові, то в записі акта та свідоцтві про народження дитини мають право записати лише її прізвище та ім'я (п. 2.23 Правил реєстрації).

У разі, якщо батько змінив своє ім'я, по батькові дитини, яка досягла чотирнадцяти років, змінюється за її згодою (ст. 149 СК).

### Література

1. Ім'я для дитини — вибір згідно із законом // [http://www.roditeli.com.ua/view/name\\_zakon](http://www.roditeli.com.ua/view/name_zakon)

### Анотація

*Чванкін С. А. Порядок визначення прізвища, імені та по батькові дитини (цивільно-правові, сімейно-правові та цивільно-процесуальні аспекти). — Стаття.*

Стаття присвячена дослідженню особливостей визначення та порядку реєстрації прізвища, ім'я та по батькові дитини. Проаналізовані цивільно-правові, сімейно-правові та цивільно-процесуальні аспекти визначення прізвища, імені та по батькові дитини.

*Ключові слова:* порядок реєстрації прізвища, ім'я та по батькові дитини, визначення прізвища, ім'я та по батькові дитини, ім'я фізичної особи, індивідуалізація фізичної особи.

### Аннотация

*Чванкин С. А. Порядок определения фамилии, имени и отчества ребенка (гражданско-правовые, семейно-правовые и гражданско-процессуальные аспекты). — Статья.*

Статья посвящена исследованию особенностей определения и порядка регистрации фамилии, имени и отчества ребенка. Проанализированы гражданско-правовые, семейно-правовые и гражданско-процессуальные аспекты определения фамилии, имени и отчества ребенка.

*Ключевые слова:* порядок регистрации фамилии, имени и отчества ребенка; определение фамилии, имени и отчества ребенка; имя физического лица, индивидуализация физического лица.

### Summary

*Chvankin S. A. Order of Definition of a Surname, Name and Patronymic of the Child (Civil-Law, Family-Legal and Civil-Remedial Aspects). — Article.*

The article is devoted to the research and determination of the order of child's name, surname and patronymic registration. Civil, family law and civil procedural aspects of the child's surname, name and patronymic determination are analyzed.

*Keywords:* procedure of child's name, surname and patronymic registration, the definition of child's name, surname and patronymic, the name of an individual, the individualization of a person.



## ТОВАРИСТВА 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 виключно 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 нестачі 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 використовується 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 ви-

годи 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 вигід 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 частину його власникам полісів [8].

В Англії дуже популярні й поширені 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 займали 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 становлять страхові відносини у сфері шляхової торгівлі, що зустрічаються ще в XIII в., які досягли свого повного розквіту в XVI–XVII вв. 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 — ремесла.

У нашій країні 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 орієнтуються 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 (безприбутковій) основі історично виникли набагато раніше комерційних страхових організацій, і ця форма страхування була широко розвинена в Росії на початку ХХ 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 мають один до одного члени такого товариства, і у вітчизняному цивільному обороті часто відсутня [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, установчих документів і правил страхування тільки при регулюванні страхових відносин між товариством і його членами. В іншому спеціалізований закон повинен відповідати ЦК України.

Основна мета взаємного страхування полягає 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 огля-

ду 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 уставу, 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 приналежного 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 член-

ства 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; дотримуватися 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, 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 ревью. — 1999. — № 8. — С. 23–27.
3. Аленичев В. Страховое дело России в XX веке / В. Аленичев, В. Шахов // Страховое ревью. — 1999. — № 7. — С. 11–21.
4. Алякринский А. Л. Правовое регулирование страховой деятельности в России / А. Л. Алякринский. — М., 1992. — С. 18–19.
5. Гварлиани Т. Суть вопроса об управлении денежными потоками в страховой компании // Страховое ревью. — 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 ревью. — 1999. — № 8. — С. 32–34.
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. — С. 11–15.
10. Райхер В. К. Общественно-исторические типы страхования / В. К. Райхер. — Ленинград, 1947. — С. 13–14.
11. Турбина К. Е. Общества взаимного страхования / К. Е. Турбина. — М., 1994. — С. 29–30.
12. Фогельсон Ю. Страховое законодательство (комментарий) / Ю. Фогельсон. — М., 1998. — С. 34–35.

### Анотація

*Адамов А. С. Товариства взаємного страхування. — Стаття.*

Стаття присвячена вивченню необхідності існування товариств взаємного страхування, а також принципів їх діяльності. Автором аналізуються причини зародження товариств взаємного страхування, виділяється специфіка діяльності товариств взаємного страхування. В статті виділяються проблемні питання, які виникали та виникають у процесі формування та функціонування товариств взаємного страхування.

*Ключові слова:* взаємне страхування, товариство взаємного страхування, страховий внесок, страхове відшкодування, страховик, страхувальник, страховий ризик.

### Анотація

*Адамов А. С. Общества взаимного страхования. — Статья.*

Статья посвящена изучению необходимости существования обществ взаимного страхования, а также принципов их деятельности. Автор анализирует 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

*Adamov A. S. Fund Associations. — 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.

УДК 347.254

*І. В. Гаверська*

### ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЖИТЛОВИХ ПРАВ ЛЮДИНИ ТА ШЛЯХИ ЇХ ВИРІШЕННЯ

Кожна особа тією чи іншою мірою все своє життя буквально приречена брати участь у житлових правовідносинах. Адже без створення відповідного матеріального й нормативно-правового підґрунтя було б неможливо забезпечити нормальні умови для природного існування і соціального буття людини. Однак попри очевидність зазначеного факту, чимало надзвичайно злободенних питань, пов'язаних з правовою регламентацією цієї сфери життєдіяльності суспільства, нині виявилися витісненими з переліку першочергових й абсолютно незаслужено опинилися немовби на периферії законодавчого процесу, обговорення засадами масової інформації й загального контексту наукового життя [4, 35].

Вирішення житлової проблеми було і залишається однією з найгостріших соціальних проблем у державі. Адміністративні шляхи розподілу житла давали можливість певною мірою вирішувати житлові питання більшості громадян за часів СРСР, вироблена нормативна база була досить досконалою, що підтверджується тим, що вона існує і на сьогодні майже в незмінному вигляді. Прикрі реалії сьогодення свідчать про загострення житлової кризи у вирішенні житлових проблем.

Питанням приватно-правового регулювання житлових правовідносин приділялася значна увага, зокрема такими вченими, як С. Алексєєв, С. Асканазій,

І. Бірюков, С. Братусь, В. Грибанов, О. Дзера, О. Красавчиков, Є. Мічурін, С. Сліпченко, О. Соболев, А. Тітов, Ю. Червоний, Ю. Толстой та ін.

Основною метою даної статті є виявлення та вирішення проблем у житловій сфері, вирішення проблеми, пов'язаної з приватизацією та реприватизацією житла, проведенням ремонту та його утриманням, співвідношення Житлового кодексу України з Цивільним кодексом України.

В Україні були прийняті нові Цивільний, Сімейний кодекси України, які тим чи іншим чином регулюють житлові правовідносини. Потребує докорінної зміни Житловий кодекс, нормативно-правові акти, що регулюють правові відносини у житловій сфері. Чинне житлове законодавство не відповідає змінам, що сталися за останні роки в економіці країни, й потребує негайного приведення його у відповідність із системою ринкової економіки.

Слід зазначити, що основна нормативна база в житловій сфері розроблена за часів УРСР і деякі традиційні положення радянського житлового законодавства знайшли своє закріплення в новому законодавстві України. Однак нові суспільні відносини, які виникають у житловій сфері, потребують удосконаленого правового регулювання. Так, ст. 47 Конституції України визначає приватно-правовий принцип вирішення житлової проблеми в Україні [1]. Держава бере на себе зобов'язання тільки створення умов, за яких кожний громадянин має можливість побудувати житло, придбати його у власність або взяти в оренду. Але разом з тим та ж Конституція визначає, що громадянам, які потребують соціального захисту, житло повинно надаватися державою й органами місцевого самоврядування безоплатно або за доступну для них плату відповідно до закону. Тобто держава надає допомогу, але гарантує житло тільки певній частині громадян. Держава повинна не тільки проголошувати, але й виробляти правовий механізм забезпечення цих процесів.

На даному етапі розвитку суспільних відносин згідно з Конституцією України та міжнародно-правовими стандартами наша держава має поступово й послідовно забезпечувати житлові права осіб.

Проблеми, пов'язані з подальшим розвитком житлового законодавства, спричиняють стурбованість складною ситуацією, яка склалась у країні із забезпеченням населення житлом, вирішенням питань, пов'язаних з приватизацією житла та їх врегулюванням на ринку житла.

Слід зазначити, що житлові правовідносини, які виникають у житловій сфері, мають свої особливості. Потребу у житлі людина задовольняє тільки користуванням конкретним житловим приміщенням. Для цього вона вступає у відносини з іншими суб'єктами (фізичними чи юридичними особами), і внаслідок того, що відносини, в які вступає людина для задоволення своєї житлової потреби, регулюються правом, вони набувають статусу житлових правовідносин.

Житлові правовідносини переважно виникають з цивільно-правових правочинів, а також інших правомірних та неправомірних дій та подій. Об'єктом речових правовідносин є майно. У зобов'язальних правовідносинах об'єктом є дії: передати майно, виконати роботу, сплатити гроші або утриматися від певної дії.



Переважає більшість відносин, що регулюються житловим законодавством, є майновими. Ці правовідносини, які виникають у процесі користування житловими приміщеннями, поділяються на два види: зобов'язальні відносини (договір найму (оренди) житлового приміщення) і речові відносини (право власності на житлові приміщення (будинки), а також право користування житловими приміщеннями членами сім'ї власника житлових приміщень).

Але разом з тим не можна залишити поза увагою майнові і немайнові житлові відносини. Правові норми, що регулюють майнові і немайнові житлові відносини, створюють певну систему. Специфіка житлового права полягає в тому, що деякі житлові правовідносини мають нематеріальний характер, їх цінність не очевидна, але визнана.

Громадянин може створювати матеріальні та нематеріальні блага лише в тому разі, якщо матиме сприятливі умови для життя у буквальному, фактичному розумінні цього слова. Природні особисті немайнові права належать кожному, причому у більшості від дня народження.

Конституція України містить великий за обсягом перелік прав людини, більшість з яких за своїм змістом є особистими немайновими. Деякі конкретизуються у Цивільному кодексі України. Зокрема, це і право на життя, на охорону здоров'я, на особисту свободу і недоторканність, на сім'ю, на місце проживання, на безпечне довкілля, ім'я, честь, гідність, на місце проживання. З цього можна зробити висновок, що житлові правовідносини — це майнові та немайнові правовідносини.

Правова регламентація житлових правовідносин здійснюється багатьма галузями права: конституційним, адміністративним, господарським, кримінальним, фінансовим тощо, але в цілому це цивільно-правова проблема, яка повинна бути вирішена найближчим часом.

Деякі автори відносять житлове право в особливу, комплексну галузь права [7, 7]. Разом з тим більшість авторів визначають житлове право як частину цивільного [6, 14].

Слід зазначити, що чинне на сьогодні житлове законодавство пов'язано з правом на житло як особливим інститутом житлового права і правом власності на житло як особливим інститутом цивільного права, тому потребує з'ясування співвідношення Житлового кодексу з новим Цивільним кодексом України, що викличе необхідність з'ясування співвідношення чинних законодавчих актів, які належать до різних галузей права України, але регулюють прямо чи опосередковано правові відносини у житловій сфері. Цивільний, Господарський, Сімейний кодекси, які тим чи іншим чином стосуються вирішення правових відносин у житловій сфері, що передусім вимагає прийняття і нового Житлового кодексу. Це необхідно тому, що відносини, пов'язані з правом на житло та з користуванням жилими приміщеннями (договір оренди, найму житла, ренти, довічного утримання тощо), з правом власності на житло, регулюються значною кількістю розрізаних нормативних актів, у тому числі підзаконних, що ускладнює не тільки правове регулювання цих питань, а й відтворює систему суперечностей, закладених у них [5, 99].

Наявність великої кількості розрізаних нормативних актів, спрямованих на формалізацію процесів реалізації природного права людини на житло, призводить до звуження можливості у носіїв суб'єктивних житлових прав отримати відповідний гарантований, ефективний (цивільно, адміністративно, кримінально, в тому числі і соціально) правовий захист. Підзаконні нормативно-правові акти начебто заповнюють прогалини, що мають місце в законах, але тим самим підміняють закон, створюють хаотичність, не спрямовані на забезпечення громадян житлом, підвищення їх соціального добробуту. Як вбачається, подальше удосконалення законодавства й, відповідно, прийняття нового Житлового кодексу має бути спрямоване на забезпечення суб'єктам житлового права ширшої можливості для охорони та захисту своїх житлових прав, у тому числі і права на отримання, користування житловою площею.

Потребують вирішення проблеми, пов'язані з реприватизацією житла, проведення ремонту та його утримання. Реформування відносин власності через приватизацію житлового фонду, начебто спрямоване на створення соціально орієнтованої економічної системи, не вирішило в соціальному плані поставлених завдань і навпаки їх загострило. Приватизація житла є особливий вид цивільно-правового договору. Стаття 345 нового Цивільного кодексу України однією з підстав набуття права власності визначає приватизацію [2, ст. 345]. Приватизація здійснюється у добровільному порядку відповідно до закону. Здається, що такий закон повинен містити норми як приватного, так і публічного права і врегулювати також усі питання щодо умов переходу прав власності державного житла.

З наведеного можна зробити висновок, що невирішених проблем на шляху подальшого удосконалення житлового законодавства як інституту цивільного права дуже багато. Цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності. Житлове право виходить за межі цивільно-правового регулювання, оскільки завданням житлового законодавства є регулювання житлових правовідносин з метою забезпечення громадян України житлом, належного використання і збереження житлового фонду, а також забезпечення правового режиму в сфері житлових відносин. Житлові відносини мають комплексний характер. Тому не можуть бути вирішені цивільним правом й ті, що пов'язані з подальшою приватизацією та можливою реприватизацією житла, користуванням земельною ділянкою, відведеною для будівництва нового, примусовим виселенням, приватне утримання багатоквартирного будинку.

Формування ринкових відносин у житловій сфері, перш за все, вимагає оновлення житлового законодавства шляхом прийняття нового Житлового кодексу. На мій погляд, це є основна проблема у житловій сфері. Хоча серед науковців і практиків триває дискусія, у якій висловлюється думка, що Житловий кодекс не потрібний. Майже 70% житлових відносин регулюється Цивільним кодексом, а тому місце Житлового кодексу повинен зайняти Закон «Про соціальне забезпечення житлом» з прихильниками такої концепції не

можна погодитися. Досвід Росії свідчить, що саме прийняття Житлового кодексу Росії дало можливість з 1 березня 2005 р. комплексно врегулювати житлову сферу. В Росії Житловий і Цивільний кодекси органічно доповнюють один одного. Проекти ЖК розроблялися Кабінетом Міністрів України і навіть опубліковувалися для широкого обговорення ще у 2001 р [3]. 1 січня 2007 р. набув чинності Закон України «Про житловий фонд соціального призначення», який у незмінному вигляді залишає Житловий кодекс УРСР 1983 р.

Прийняття нового Житлового кодексу України вкрай необхідно, оскільки відносини, пов'язані з користуванням жилими приміщеннями, правом власності на житло, регулюються значною кількістю нормативних актів, у тому числі підзаконних, що ускладнює правове регулювання цих питань. За відсутності спеціального житлового законодавства ринок житла функціонує за загальними правилами ринку нерухомості.

### Література

1. Конституція України : прийнята на V сесії Верховної Ради України 28 черв. 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
2. Цивільний кодекс України : за станом на 15 січ. 2008 р. — Х. : Одіссей, 2008. — 424 с.
3. Проект Житлового кодексу України // Голос України. — 2001. — 7 квіт.
4. Галаянч М. Актуальні питання приватно-правового регулювання відносин у житловій сфері. Підприємництво, господарство і право. — 2007. — № 6. — С. 35–36.
5. Галаянч М. Розвиток житлового законодавства України: цивільно-правові проблеми забезпечення житлових прав людини // Право України. — 2004. — № 11. — С. 98–103.
6. Асканазий С. И. Жилищное право / С. И. Асканазий, И. П. Брауде, А. И. Пергамент. — М., 1995. — С. 14.
7. Седугин П. И. Жилищное право / П. И. Седугин. — М., 2000. — С. 45, 46.

### Анотація

*Гаверська І. В.* Цивільно-правові проблеми забезпечення житлових прав людини та шляхи їх вирішення. — Стаття.

В статті висвітлюється питання забезпечення житлових прав людини, розвиток житлового законодавства, співвідношення житлового законодавства з цивільним законодавством України.

*Ключові слова:* житло, законодавство у житловій сфері, житлові спори, житлові правовідносини.

### Аннотация

*Гаверская И. В.* Гражданско-правовые проблемы обеспечения жилищных прав человека и пути их решения. — Статья.

В статье освещаются вопросы обеспечения жилищных прав человека, развитие жилищного законодательства, соотношение жилищного законодательства с гражданским законодательством Украины.

*Ключевые слова:* жилье, законодательство в жилищной сфере, жилищные правоотношения.

### Summary

*Gaverska I. V.* Civil-Law Problems of Maintenance of Vital Human Rights and the Ways of Their Decision. — Article.

The article highlights the issue of housing rights, development of housing legislation, the relation between housing legislation and civil legislation of Ukraine.

*Keywords:* domicile, legislation in a housing area, housing disputes, housing relations.

### ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОКАЗАНИЯ БЫТОВЫХ УСЛУГ ПОТРЕБИТЕЛЮ

В Конституции Украины, как и множества развитых стран, закреплены основные права и свободы человека, которые разделены на такие, что обеспечивают природное существование и социальное бытие, а государство как гарант исполнения конституционных норм должно обеспечить реализацию этого права. Создание комфортных условий проживания граждан есть неотъемлемая часть обеспечения бытия человека — гражданина, прямо определено Конституцией Украины.

Реализация закрепленного Конституцией права человека зависит в первую очередь от состояния жилищно-коммунального хозяйства Украины, а также от качества системы законодательства, призванного урегулировать отношения, возникающие при оказании жилищно-коммунальных услуг.

О том, что система предоставления коммунальных услуг в нашей стране далека от совершенства, знают все, такое состояние вызвано необходимостью реформирования жилищно-коммунального хозяйства Украины. Проблемами поставки (оказания) жилищно-коммунальных услуг в различное время занимались ведущие правоведы, ученые-юристы Украины, России и бывшего СССР М. И. Брагинский, Е. В. Блинкова, В. В. Витрянский, О. Н. Садилов, Р. Б. Шипка, В. К. Мамутов, В. П. Жушман, В. В. Луць, В. С. Щербина и др.

Согласно действующему законодательству Украины, в частности законам Украины «О защите прав потребителей», «О теплообеспечении», «Об электроэнергетике», а также части 3 статьи 20 Закона Украины «О жилищно-коммунальных услугах» жилищно-коммунальные услуги оказываются только на основании договора, заключенного между поставщиком и потребителем услуг. Порядок его заключения урегулирован ГК Украины. Так в соответствии со ст. 638 договор считается заключенным, если стороны в надлежащей форме достигли согласия по всем существенным условиям. Существенными условиями договора являются условие о предмете договора, условия, которые определены законом как существенные или являются необходимыми для данного вида договоров, а также все те условия, в отношении которых по заявлению хотя бы одной из сторон должно быть достигнуто согласие. Для определения существенных условий договора на оказание жилищно-коммунальных услуг обратимся к Закону Украины «О жилищно-коммунальных услугах». Так, в соответствии со ст. 26 Закона существенными условиями договора на оказание жилищно-коммунальных услуг являются:

- 1) наименование сторон;
- 2) предмет договора;
- 3) исчерпывающий перечень жилищно-коммунальных услуг, тарифы и их составляющие на каждую из этих услуг, общая стоимость услуг;

- 4) порядок уплаты за потребленные жилищно-коммунальные услуги;
- 5) порядок перерасчета размера платы за жилищно-коммунальные услуги в случае их не предоставления или предоставления не в полном объеме, снижения их качества;
- 6) права и обязанности сторон;
- 7) порядок контроля и отчета сторон;
- 8) порядок измерения объемов и определение качества предоставленных услуг;
- 9) определение точек распределения, в которых происходит передача услуг от исполнителя/производителя потребителю;
- 10) порядок обслуживания сетей и распределение полномочий относительно их эксплуатации и восстановления (ремонта);
- 11) условия доступа в квартиру, дом, помещение, на земельный участок для устранения аварий, неполадок, осмотра сетей, снятия контрольных показателей средств учета;
- 12) порядок осуществления ремонта;
- 13) ответственность сторон и штрафные санкции за невыполнение условий договора;
- 14) порядок решения споров;
- 15) перечень форс-мажорных обстоятельств;
- 16) срок действия договора;
- 17) условия изменения, пролонгации, прекращения действия договора;
- 18) дата и место заключения договора.

Такой же перечень существенных условий предусмотрен и постановлением Кабинета Министров Украины № 630 от 21.07.2005 г. (с изменениями от 31.10.2007 г.) «Об утверждении Правил предоставления услуг централизованного отопления, снабжения холодной и горячей водой и водоотведения и типового договора о предоставлении этих услуг» (далее — Правила), «Об обеспечении потребителей природным газом» от 27.12.2001 г. и др.

Анализируя положения ст. 638 ГК Украины, устанавливающей понятие существенных условий, а также Постановление КМУ «Об утверждении правил предоставления услуг централизованного отопления, снабжения холодной и горячей водой и водоотведения и типового договора о предоставлении этих услуг», становится очевидным их противоречивость друг другу. Так, в соответствии с Правилами к существенным условиям договора на оказание услуг по снабжению холодной и горячей водой и водоотведения отнесено условие о «порядке перерасчета размера платы за жилищно-коммунальные услуги в случае их непредоставления или предоставления не в полном объеме, снижения их качества». Непонятно тогда, каков порядок применения положений ст. 526 ГК Украины в части исполнения взятых на себя обязательств. Согласно ст. 526 ГК обязательство должно быть выполнено надлежащим образом в соответствии с условиями договора, ст. 678 ГК устанавливает правовые последствия передачи товара ненадлежащего качества и устанавливает право покупателя потребовать от продавца либо изменение цены, либо устранение недостатков или воз-

мещение расходов на устранение недостатков товара. Статья 906 ГК предусматривает ответственность стороны за неисполнение или ненадлежащее исполнение взятых на себя обязательств, выраженную в возмещении убытков, положения типового договора предусматривают императивно осуществление перерасчета, что, на наш взгляд, противоречит положениям ГК Украины и предоставляет приоритеты исполнителю по отношению к потребителю. Так, в соответствии с проектом Жилищного кодекса в случае несвоевременной оплаты жилищно-коммунальных услуг квартиросъемщик или собственник обязан будет заплатить пеню, тогда как поставщик (исполнитель) в соответствии с Правилами только осуществить перерасчет за некачественно оказанную услугу. Так, к примеру, если поставщик тепловой энергии на протяжении всего отопительного сезона будет подавать тепловую энергию не соответствующей требованиям СНиП, то потребитель все равно должен будет их оплачивать, так как по отношению к нему могут применить взыскание в виде неустойки, выраженной в пене. Тогда как потребитель должен будет доказывать, что услуга некачественная и даже если он докажет факт ненадлежащего исполнения обязательств, то исполнитель должен будет произвести всего лишь перерасчет. Думается, что такой подход к установлению ответственности не соответствует принципам гражданского права.

Как видно из названия Постановления КМУ «Об утверждении Правил предоставления услуг централизованного отопления, снабжения холодной и горячей водой и водоотведения и типового договора о предоставлении этих услуг», Кабинет Министров утвердил типовую форму договора, который носит общеобязательный характер и без его наличия все иски в суд, как поставщика, так и потребителя, являются юридически необоснованными. Таким образом, если потребитель не согласен с условиями, прописанными в типовом договоре, он все равно должен их подписать, так как ему могут отказать в оказании услуг, или если услуга оказана некачественно, то он лишается возможности обратиться в суд. На наш взгляд, государство, приняв такой нормативный акт, защищает не слабую сторону, а лоббирует интересы производителей (исполнителей) услуг.

Для анализа сложившиеся ситуации в жилищно-коммунальной сфере рассмотрим механизм предоставления коммунальных услуг», а также механизм установления тарифов на них. Анализируя состояние коммуникаций тепло-снабжения, водоснабжения, а также водоотведения, можно прийти к выводу, что система централизованного снабжения населения теплом, холодной и горячей водой превратилась в систему захоронения части ресурсов, а также загрязнения окружающей среды (канализационные стоки). Причем все сверхнормативные потери в части потребления тепловой энергии, горячей и холодной воды, а также затраты на устранение порывов коммуникаций включены в расчет тарифов, хотя поставщик пытается уверить потребителей в том, что потери сверх норм лежат якобы на нем.

Свидетельством того, что производитель (исполнитель) услуг включает сверхнормативные потери в тарифы на оказание услуг, является то, что периодичес-

ки они обращаются в государственные органы с просьбой о пересмотре стоимости услуг. А те законно нормированные потери в 13% не в состоянии покрыть потери, возникающие из-за отсутствия четкого сбалансированного управления производством и просчетов руководителей предприятий поставщиков (исполнителей). Зачастую в г. Харькове можно наблюдать картину, когда неделями не устраняются протечки в трубопроводах, через которые вытекает огромное количество холодной воды, месяцами парит земля, что является свидетельством протечки в теплотрассах или отсутствия на трубопроводах теплоизоляции. На наш взгляд, такое состояние дел в жилищно-коммунальной сфере обусловлено отсутствием законодательно закрепленной ответственности должностных лиц за качество подготовки систем тепло-, водоснабжения к их эксплуатации, а также отсутствием специального закона в части установления норм потребления холодной, горячей воды на одного человека. Принятый КМУ нормативный акт «Об установлении норм пользования жилищно-коммунальными услугами гражданами, имеющими льготы по их оплате» от 01.08.1996 г. № 879 возлагает эту обязанность на органы местного самоуправления. Поэтому многие коммунальные предприятия свою бесхозяйственность прячут в повышении норм потребления на человека, используя положения Закона «О жилищно-коммунальных услугах», согласно которому утверждение норм потребления и качества жилищно-коммунальных услуг, так же как и контроль за их соблюдением, является компетенцией органов местного самоуправления.

Анализируя потребления холодной и горячей воды жителей г. Харькова, Харьковская правозащитная группа (ХПГ) потребовала, чтобы КП «Вода» пересчитало нормы расхода воды населением, так как они явно завышены. Об этом красноречиво говорит статистика показаний приборов учета холодной и горячей воды потребителей, у которых они установлены. Также неоспорим факт меньших затрат при индивидуальном отоплении и горячем водоснабжении в сравнении с оплатой по тарифам. Согласно опубликованным данным, в Украине в начале XXI века удельное водопотребление достигло в среднем 370 л/сут на 1 человека, а среднесуточное потребление воды 1 жителя Киева составило 410–450 л/сут. Суточная норма потребления горячей воды на человека составляет 105 л, а тариф рассчитывался с учетом температуры в 55 градусов. Как видно из приведенных данных, расход воды на каждого человека достаточно большой и оплату при отсутствии прибора учета воды каждый житель осуществляет с учетом приведенной нормы, которую, совершенно очевидно, он потребить не в состоянии. Таким образом большинство граждан — потребителей воды оплачивают фактически не потребленную воду, что, на наш взгляд, должно образовывать чистую прибыль предприятию. Тогда встает вопрос, откуда у горводоканала убытки и почему возникает необходимость увеличения цен на оказываемые услуги водоснабжения. Кроме того, следует отметить, что согласно ст. 526 ГК Украины и Правилам условие о предмете относится к существенным, следовательно, характеристика этого предмета также относится к существенным условиям или является неотъемлемой частью предмета. Так в соответствии с ГОСТ 2874-82 «Вода питьевая, Гигиенические тре-

бования и контроль над качеством», СНиП 2.04.02-84 «Водоснабжение», ДБН 360-92 «Градостроительство» как горячая, так и холодная вода не соответствует качественным показателям, указанным в перечисленных нормах.

Свидетельством данного факта являются неоднократные заявления в СМИ санитарных врачей о случаях наличия в наших трубопроводах возбудителей гепатита, брюшного тифа. А выступление по телевидению директора Института воды указывает на то, что в связи с тем, что в Украине большая часть водопроводов изношены и в процессе транспортировки к кранам потребителей вода теряет качественные характеристики питьевой воды, а приобретает всего лишь характеристики технической воды. Исходя из этого очевидно, что потребитель получает товар не соответствующий показателям качества, а следовательно, поставщик (исполнитель) постоянно нарушает условие договора, что должно повлечь за собой наказание, а не перерасчет за некачественно оказанную услугу, как это предусмотрено одним из существенных условий договора. Кроме того, на наш взгляд, учитывая состояние водопроводных сетей и в целях недопущения нанесения вреда здоровью потребителей, в Украине необходимо отойти от практики централизованного обеспечения питьевой водой. Необходимо установить локальные очистные станции, воду к локальным очистным станциям подавать техническую, которая после очистки не будет нуждаться в транспортировке по грязным водопроводам, а будет подаваться непосредственно в дома. Тогда расчет тарифа за услугу водоснабжения будет осуществляться с учетом поставки не «питьевой воды», а «технической», что существенно снизит ее стоимость.

Оказание услуги по теплообеспечению тоже, на мой взгляд, оставляет желать лучшего и в первую очередь потому, что система законодательства, регулирующая данный вид правоотношений, не соответствует требованиям времени. Так, Закон Украины «О теплоснабжении» по своей сути регулирует отношения по теплоснабжению в общем, никакой конкретики в части теплообеспечения потребителей-граждан. Все регулирование отдано на откуп подзаконным актам, которые в основном стоят на защите отраслевых интересов. Так, в соответствии с Законом потребитель практически не может реализовать свое право на установление автономного отопления, так как исполнитель в данном случае теряет клиента, поэтому подзаконный акт делает практически невозможным установление автономного отопления или отказ от централизованных услуг. При этом необходимо учесть, что коль отношения по теплоснабжению по своей сути являются договорными и урегулированы публичным договором, то согласно ст. 633 ГК потребитель может его расторгнуть в любое время (предположим, что он больше не нуждается в таких услугах). Оказывается, все не так просто. Эти услуги тебе навязываются под любым предлогом, при этом не учитываются интересы потребителя в части необходимой ему температуры, она устанавливается органами местного самоуправления, тогда стоит вопрос, зачем мне такие услуги, которые не соответствуют моим потребностям. Поэтому законодателю необходимо определиться, то ли это договорные отношения, тогда их необходимо привести в четкое соответствие с требованием ГК Украи-



ны, или это административные — императивно установленные. Вызывает недоумение у потребителя процесс установления температуры теплоносителя или, скорее, что есть предметом данного договора. В соответствии с Типовым договором «О предоставлении услуг централизованного отопления, поставки холодной, горячей воды и водоотведения» в редакции постановления Кабинета Министров Украины от 03.09.2009 г. предметом договора являются услуги централизованного отопления, поставки холодной, горячей воды и водоотведения. Только при анализе п. 1 Типового договора (условие о предмете) нет характеристик предмета договора, что является неотъемлемой частью условия о предмете. В связи с этим встает вопрос, каким же образом реализовать потребителю свои права, закрепленные в п. 16 Типового договора, на качественные услуги, если в условии о предмете они не определены.

Согласно вышеупомянутым Правилам температура в нашей квартире должна быть не ниже 18 градусов, то есть показателем качества услуги будет считаться внутренняя температура в 18 градусов. Вызывает сомнение выполнение обязательств по предоставлению качественных услуг поставщиком (исполнителем), без учета теплоотдачи электроприборов (телевизор, холодильник, электрические лампочки и др.), газовой плиты на кухне, периодически работающих в течение дня. Доказательством того, что они оказывают влияние на подогрев воздуха, является то, что ночью, когда все отключено, температура ниже 18 градусов. Следовательно, поставщик (исполнитель), оказывая некачественные услуги, взимает стоимость как за качественно оказанную услугу, кроме этого, непонятно, почему установлена температура в 18 градусов и почему не учитываются индивидуальные особенности потребителей (в детском саду, в больнице температура должна быть выше 18 градусов). Для решения данной проблемы, на мой взгляд, необходимо в Закон «О теплоснабжении» внести дополнение и установить минимальную температуру теплоносителя, которую привязать к условиям, установленным в СНиП. Кроме этого, учитывая состояние магистральных трубопроводов отопления и изоляции, их протяженность, стоит задуматься о целесообразности использования централизованного отопления, так как из-за ветхости трубопроводов невозможно поддерживать проектное давление в трубопроводах, что дает теплопотери при транспортировке тепловой энергии. На мой взгляд, применение локальных теплогенерирующих установок уменьшит протяженность трубопроводов, а следовательно, и теплопотери, к тому же их ремонт будет осуществляться с меньшими затратами, а следовательно, и стоимость услуг теплоснабжения будет ниже.

В соответствии со ст. 13 Закона Украины «О теплоснабжении» к компетенции органов местного самоуправления относится и установление для соответствующей территориальной громады в порядке и границах, определенных законодательством, тарифов на тепловую энергию. Проанализируем порядок установления тарифов на тепловую энергию. Как было упомянуто выше, температура теплоносителя устанавливается в зависимости от внешней температуры воздуха, график температуры теплоносителя согласовывается с органами местного самоуправления. Исходя из этого совершенно очевидно, что от внешней

температуры воздуха и зависит, до какой температуры будет подогрет теплоноситель. Если внешняя температура воздуха ниже, то и теплоноситель нагревают больше, если выше — нагревают меньше, следовательно, затраты на создание единицы продукции также колеблются в зависимости от внешней температуры воздуха. Таким образом, при расчете фактической стоимости оказания услуг теплоснабжения (он должен производиться ежемесячно) исполнитель (поставщик) обязан корректировать тариф с учетом действительной внешней температуры окружающей среды. В настоящий момент средняя действительная температура окружающего воздуха в отопительный сезон давно уже выше принятой к расчету по региону.

В Законе Украины «О теплоснабжении», а именно в ст. 6, закреплены принципы государственной политики в сфере теплоснабжения. Анализируя их и выше изложенное, очевидно, что практически все принципы носят всего лишь декларативный характер, все они нарушаются, причем исполнителем (поставщиком), а также государственными органами, призванными осуществлять не только управление, но и контроль за соблюдением как действующего законодательства, так и закрепленных принципов. Исходя из этого становится очевидным, что пока регулирование отношений в сфере оказания жилищно-коммунальных услуг будет осуществляться на основе администрирования с использованием Типовых договоров (которые не учитывают взаимные интересы сторон), а не полноценным гражданско-правовым договором, состояние дел в жилищно-коммунальной сфере не улучшится. Пока государство в лице государственных органов будет осуществлять регулирование этой сферы по принципу, есть на кого переложить ответственность и с кого взять средства на покрытие бесхозяйственности (бездеятельности) руководителей компаний поставщиков (исполнителей) коммунальных услуг — значит процесс «регулирования» осуществляется. Примером такого отношения государства и его органов, в том числе и Верховной Рады (представителей народа, «защищающих интересы народа»), является недавно принятый Жилищный кодекс, который предусматривает одностороннюю ответственность при оказании жилищно-коммунальных услуг. Так, Кодекс предусматривает при наличии задолженности по уплате за потребленные коммунальные услуги взимать пеню, тогда как ответственность поставщика (исполнителя) остается прежней — всего лишь перерасчет за некачественно оказанную услугу. Как видно, о взаимной ответственности речи не идет, так же как и о том, что Закон в равной степени должен защищать интересы участников данных правоотношений.

#### *Литература*

1. Конституція України. — Х. : Одіссей, 2003. — 56 с.
2. Цивільний кодекс України : коментар. — Х. : Одіссей, 2003. — 832 с.
3. Закон України «Про житлово-комунальні послуги» [Електронний ресурс] // Сервер Верховної Ради України. — Режим доступу : // [www.rada.gov.ua](http://www.rada.gov.ua).
4. Закон України «Про теплозабезпечення» [Електронний ресурс] // Сервер Верховної Ради України. — Режим доступу : // [www.rada.gov.ua](http://www.rada.gov.ua).
5. Закон України «Про захист прав споживачів» від 12 травня 1991 р. ( у редакції Закону № 3161-IV від 1 грудня 2005 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : // [www.rada.gov.ua](http://www.rada.gov.ua).

6. Постановление Кабинета Министров Украины «Об утверждении правил предоставления услуг централизованного отопления, снабжения холодной и горячей водой и водоотведения и типового договора о предоставлении этих услуг» № 630 от 21.07.2005 г. (с изменениями от 31.10.2007 г.).

### Анотація

*Сергієнко В. В. Правове регулювання надання побутових послуг споживачу. — Стаття.*

Стаття присвячена аналізу ситуації, що виникає при наданні житлово-комунальних послуг, та особливостям їх регулювання, порядку встановлення відповідальності сторін за недотримання деяких положень чинного законодавства. Соціальна перебудова в Україні, як і в багатьох країнах, включає створення комфортних умов мешкання громадян, що є невід'ємною частиною забезпечення побуту людини-громадянина, що прямо визначено у Конституції України.

*Ключові слова:* житлово-комунальні послуги, постачальник, виконавець, споживач, тариф, магістральні трубопроводи, істотні умови, договір, типовий договір.

### Аннотация

*Сергиенко В. В. Правовое регулирование оказания бытовых услуг потребителю. — Статья.*

Статья посвящена анализу сложившейся ситуации при оказании жилищно-коммунальных услуг и особенностям их регулирования, порядку установления ответственности сторон при несоблюдении отдельных положений действующего законодательства. Социальные преобразования в Украине, как и в других государствах, включают в себя создание комфортных условий проживания граждан, что является неотъемлемой частью обеспечения быта человека-гражданина, что прямо определено Конституцией Украины.

*Ключевые слова:* жилищно-коммунальные услуги, поставщик, исполнитель, потребитель, тариф, магистральные трубопроводы, существенные условия, договор, типовой договор.

### Summary

*Sergienko V. V. Legal Regulation of the Provision of Consumer Services to the Consumer. — Article.*

This article analyzes the current situation in the provision of municipal services and features of their regulation. Order to establish liability of the parties at non-observance of certain provisions of existing legislation. Social transformation in Ukraine as in other states include the creation of comfortable living conditions of citizens, that is an integral part of ensuring that human existence — a citizen, right by the Constitution of Ukraine.

*Keywords:* public utilities, suppliers performer, consumer, rate, pipelines, essential conditions, contract, standard contract.

УДК 347.721(477)

*О. В. Зудіхін*

## ЗАХИСТ ПРАВА НА УЧАСТЬ У ТОВАРИСТВІ ТА ОТРИМАННЯ ІНФОРМАЦІЇ ПРО ДІЯЛЬНІСТЬ ТОВАРИСТВА СУБ'ЕКТАМИ КОРПОРАТИВНИХ ВІДНОСИН ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Статус учасника господарського товариства дозволяє особі мати не тільки певні права, пов'язані із отриманням прибутку та матеріальними благами, а також певні права, які визначають його як суб'єкта корпоративних відносин

і пов'язані з немайновими благами. Слід зазначити, що охорона немайнових прав учасника корпоративних відносин має не менш важливе значення, ніж охорона та забезпечення майнових прав таких суб'єктів.

Спроби дослідити сутність та особливості немайнових прав суб'єктів корпоративних відносин у різні часи приймалися такими вченими, як О. М. Вінник, О. А. Воловик, К. В. Денисенко, О. В. Дзера, О. Р. Кібенко, Н. С. Кузнецова, І. М. Кучеренко, О. М. Переверзева, Н. О. Саніахметова, Р. О. Стефанчук, І. В. Спасибо-Фатеєва, Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova, В. С. Щербина, та іншими науковцями.

Незважаючи на те, що проблеми правової природи немайнових прав, їх захисту були досить детально розглянуті і в радянській юридичній літературі й в сучасній українській правовій літературі, питання захисту немайнових корпоративних прав залишається поза увагою науковців.

Метою цієї статті є виявлення специфіки немайнових корпоративних прав, способів та форм їх захисту за сучасним законодавством України.

Основне право учасника господарського товариства — брати участь в управлінні справами товариства. Про важливість цього права свідчить велика кількість позовів, які подаються до господарських судів України на його захист.

Так, право на участь в управлінні може бути порушене при невірних списках акціонерів, які складає реєстратор, і тоді акціонер може подавати позов і до АТ (про визнання недійсними рішення загальних зборів), і до реєстратора (зберігача) з вимогою оформлення прав на акції або про визнання прав акціонера. Ці спори виявляють наявність декількох реєстрів, неправомірність внесення відповідних записів до реєстрів, неправомірну зміну реєстратора, нездійснення запису в реєстрі при відчуженні акцій та з інших підстав.

У господарських товариствах право учасників на управління реалізується шляхом їх участі у загальних зборах учасників, що є вищим органом товариства. Враховуючи вказане, у складі права на управління у літературі [1; 2] виділяють декілька правових можливостей учасника.

Зокрема, право на участь у загальних зборах супроводжується численними дрібнішими правами учасників, які є не менш значущими і саме які й становлять по суті участь в управлінні. Наприклад, це право акціонерів, які володіють більше ніж 10 відсотками голосів, на внесення пропозицій до порядку денного загальних зборів (ст. 43 Закону України «Про господарські товариства») [3]. Або право вимагати скликання позачергових зборів. Здійснення цього права також залежить від володіння учасниками 10 і більше відсотків простих акцій товариства. Слід зауважити, що недоліком ЗУ «Про акціонерні товариства» [4] є відсутність норми, яка б передбачала право акціонерів, які володіють 10 і більше відсотків простих акцій товариства, скликати і річні збори акціонерів.

Аналіз матеріалів Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку, судової практики, чинного законодавства свідчить про ускладнення реалізації акціонером певних прав. Так, реалізація права брати участь в управлінні акціонерним товариством, на наш погляд, потребує доповнення існуючих у законодавстві положень щодо скликання та проведення загальних зборів:

1) регламентації діяльності рахункової комісії, порядку її формування, здійснення повноважень;

2) закріплення наслідків зборів акціонерів, які не відбулися: зниження кворуму; дати складення реєстру акціонерів; повідомлення акціонерів про проведення зборів; термін такого повідомлення; визначення органу, який приймає рішення про збори; термін, протягом якого необхідно провести збори;

3) введення документа, який підтверджує голосування акціонера (картку голосування), визначення належного оформлення такого документа;

4) визначення відомостей, які повинні бути зафіксовані в протоколі загальних зборів (місце, час проведення зборів; загальна кількість голосів; відомості про секретаря та голову зборів; порядок денний; основні положення виступів; питання, за які голосували; підсумки голосування; прийняті рішення);

5) встановлення імперативних норм про місце проведення загальних зборів.

Крім того, необхідно встановити відповідальність за порушення цих норм, можливість застосування санкцій у вигляді штрафів.

Відповідно до ст. 10 Закону України «Про господарські товариства» на вимогу учасника товариства зобов'язане надавати йому для ознайомлення річні баланси, звіти товариства про його діяльність, протоколи зборів. У ч. 1 ст. 88 ГК цей перелік доповнений протоколами ревізійної комісії та протоколами зборів органів управління. Окрім зазначених документів, учасник господарського товариства має право на одержання відомостей, що не становлять комерційної таємниці, згідно з переліком, затвердженим постановою КМУ від 9 серпня 1993 р. № 611 [5].

Способом захисту права учасника господарського товариства на отримання інформації про діяльність товариства (п. «г» ч. 1 ст. 10 Закону про господарські товариства, ст. 116 ЦК України [6], ч. 1 ст. 88 ГК України [7]) є спонукання в судовому порядку до виконання товариством дій — надання відповідної інформації.

Значний інтерес становлять особливості захисту учасником товариства права на одержання інформації, яка, зокрема, сприяє в реалізації в повному обсязі свого корпоративного права. Предметом цих відносин є інформація, що стосується підготовки та проведення загальних зборів (зборів учасників) товариства, та інформація, яка надається учаснику на його запит.

Цікавим з точки зору практики є питання про те, чи може учасник господарського товариства вимагати надання інформації за той період часу, коли він ще не мав статусу учасника товариства. Узагальнення судової практики свідчить, що воно неоднозначно вирішується судами.

З цього приводу ВГСУ вважає, що правильною є практика тих судів, які при вирішенні спорів про зобов'язання товариства надати інформацію про діяльність товариства керуються датою, з якої особа стала акціонером товариства, оскільки відповідно до ст. 5 Закону «Про Національну депозитарну систему і особливості електронного обігу цінних паперів в Україні» реалізація корпоративних прав, що випливають з акції (в тому числі і права на отримання інформації про діяльність товариства), є можливою лише після внесення відповідних змін до реєстру власників іменних цінних паперів [8].

Щодо інформації про підготовку до проведення загальних зборів, то держателів іменних акцій повідомляють про них персонально способом, передбаченим статутом товариства. Крім того, акціонерне товариство повинно сповістити акціонерів — власників акцій на пред'явника, опублікувавши загальне повідомлення у місцевій пресі за місцезнаходженням акціонерного товариства і в одному із офіційних друкованих видань ВРУ, КМУ чи ДКЦПФР не пізніше як за 45 днів до скликання загальних зборів.

Із проведеного дослідження можна зробити такі висновки:

Перелік загальної інформації, яка має міститися у повідомленні про скликання зборів, наводиться у ст. 40 Закону «Про господарські товариства». Відповідно до цієї статті у повідомленні про наступне скликання загальних зборів для вирішення питання про зміни статутного (складеного) капіталу акціонерного товариства повинні міститися: а) мотиви, спосіб та мінімальний розмір збільшення або зменшення статутного (складеного) капіталу; б) проект змін до статуту акціонерного товариства, пов'язаних із збільшенням або зменшенням статутного (складеного) капіталу; в) дані про кількість акцій, що випускаються додатково або вилучаються, та їх загальну вартість; г) відомості про нову номінальну вартість акцій; д) права акціонерів при додатковому випуску акцій або їх вилученні; е) дата початку і закінчення підписки на акції, що додатково випускаються, або їх вилучення; є) порядок відшкодування власникам акцій збитків, пов'язаних із змінами статутного (складеного) капіталу тощо.

Усі інші проблеми щодо дослідження майнових та немайнових прав суб'єктів корпоративних відносин, пов'язаних із участю у товаристві та отриманням інформації про діяльність товариства за цивільним законодавством України, що існують в теорії та практиці, виходять за межі цієї статті і становлять перспективні напрямки подальших наукових розвідок.

### Література

1. Ломакин Д. В. Акционерное правоотношение / Д. В. Ломакин. — М. : Спарк, 1997 — 155 с.
2. Тарасов И. Т. Учение об акционерных компаниях / И. Т. Тарасов. — М. : Статут, 2000. — 665 с.
3. Про господарські товариства : Закон України від 19.09.1991 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 49. — Ст. 682.
4. Про акціонерні товариства : Закон України від 17.09.2008 р. // Відомості Верховної Ради України — 2008. — № 50–51. — Ст. 384.
5. Про перелік відомостей, що не становлять комерційної таємниці : постанова Кабінету Міністрів України № 611 від 09.08.1993 р.
6. Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40–44. — Ст. 356.
7. Господарський кодекс України // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18, 19–20, 21–22. — Ст. 144.
8. Про Національну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів в Україні : Закон України від 10.12.1997 р. // Відомості Верховної Ради. — 1998. — № 15. — Ст. 67.

### Анотація

*Зудіхін О. В.* Захист права на участь у товаристві та отримання інформації про діяльність товариства суб'єктами корпоративних відносин за цивільним законодавством України. — Стаття. Наукова стаття присвячена аналізу реалізації права учасника господарського товариства на

отримання інформації про діяльність товариства, права на участь у товаристві за цивільним законодавством України. На підставі дослідження загальнотеоретичних положень прав суб'єктів корпоративних відносин у цивільному праві України виявлені проблеми, пов'язані із реалізацією права учасника товариства на участь в його управлінні та отримання інформації про діяльність товариства.

*Ключові слова:* форма захисту, корпоративні права, немайнові права, судовий захист, право на інформацію, право на участь у товаристві.

### Аннотация

*Зудихин О. В.* Защита права на участие в обществе и получение информации о деятельности общества субъектами корпоративных отношений по гражданскому законодательству Украины. — Статья.

Научная статья посвящена анализу реализации права участника хозяйственного общества на получение информации о деятельности общества, права на участие в обществе по гражданскому законодательству Украины. На основании исследования общетеоретических положений прав субъектов корпоративных отношений в гражданском праве Украины выявлены проблемы, связанные с реализацией права участника общества на участие в его управлении и получение информации о деятельности общества.

*Ключевые слова:* форма защиты, корпоративные права, неимущественные права, судебная защита, право на информацию, право на участие в обществе.

### Summary

*Zudihin O. V.* Protecting the Right to Participate in Company and on Obtainment of Information Relating to Company Activity by Subjects of Corporative Relations Under Civil Law of Ukraine. — Article.

Research article is dedicated to analysis on implementation of the right of participant of Economic Company on obtainment of information relating to company activity, right on participation in company under Civil Law of Ukraine. During study of general theoretical provisions of the rights of subjects of corporative relations in Civil Law of Ukraine, were revealed the problems related to implementation of the right of participant of the Company on his participation in management and obtainment of information relating to company activity.

*Keywords:* form of protection, corporate rights, non-property rights, court protection, right for information, right for participation in society.

УДК 347.251

*Д. Ю. Касілова*

### ВОЛОДІННЯ ЗА НАБУВАЛЬНОЮ ДАВНІСТЮ ЯК ОСОБЛИВИЙ ВИД ВОЛОДІННЯ

Інститут набувальної давності є стародавнім механізмом, який забезпечує нормальне функціонування цивільного обігу. Досягнення в інтересах окремих суб'єктів і суспільства в цілому «визначеності юридичних відносин щодо фактичного володіння шляхом перетворення володіння на право власності» — мета і призначення набувальної давності. Іншими словами, набувальна давність є ефективним засобом, що дозволяє долати невизначеність відносин у сфері майнового обігу в ситуаціях «розриву» між фактом і правом [1, 116].

Слід зазначити, що чинним ЦК інститут набувальної давності був вперше

запроваджений в цивільне законодавство України, адже ЦК 1963 р. не містив жодної згадки про нього. Проте набувальна давність в ЦК України розглядається лише як один із способів набуття права власності. За таких обставин неможливо виявити зв'язок між інститутами набувальної давності та володіння, який, безперечно, існує. Недосконалість законодавчого регулювання відносин давнісного володіння, що полягає, зокрема, в цьому, призводить до зниження ефективності практичного використання норм щодо набувальної давності.

Завданням даної статті є встановлення співвідношення між інститутами давнісного володіння та володіння за чинним законодавством з огляду на їх історичну еволюцію. А також дослідження в цьому ракурсі можливостей вдосконалення законодавчого регулювання відносин щодо набувальної давності.

Окремі аспекти даного питання розглядалися такими вченими-правниками, як Д. В. Дождев, І. А. Покровський, В. О. Матвійчук, О. А. Підпригора, С. О. Погрібний, С. П. Рабінович, Є. О. Харитонов, 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.

Відповідно до ЦК України особа, яка добросовісно заволоділа чужим майном і продовжує відкрито, безперервно володіти нерухомим майном протягом десяти років або рухомим майном протягом п'яти років, набуває право власності на це майно, якщо інше не встановлено кодексом [2, 344].

З цієї норми видно, що давнісне володіння є не чим іншим, як добросовісно набутих незаконним володінням, якому притаманні певні особливості. Однак норми про давнісне володіння містяться в ЦК України виключно в главі 24 «Набуття права власності». Не піддаючи сумніву функціонування набувальної давності як способу набуття права власності, разом з тим автор вважає за потрібне з урахуванням володільницької природи давнісного володіння помістити також відповідні норми до глави 31 «Право володіння чужим майном». В той же час слід врахувати те, що хоча виходячи з назви відповідної глави ЦК України мова в ній мала б йти лише про законне володіння, проте насправді вона регулює відносини, пов'язані як із законним, так і незаконним володінням.

Недосконалим вважає застосоване законодавцем рішення і Я. М. Шевченко. Набувальна давність, на її думку, — це один із видів володіння. Такому виду володіння дослідники римського права дали ім'я «кваліфікованого володіння». «Між власністю та сервітутами, з одного боку, та фактичним володінням — з іншого, знаходиться кваліфіковане володіння, що було назване Р. Єрінгом «особливою формою захисту права власності» і піднесено до ступеня самостійного права» [3, 494].

Справді, з I ст. до н.е., з часів претора Публіціана, кваліфікованому володінню надавався захист за допомогою спеціального позову, подібного до речового позову про захист права власності. Однак «кваліфіковане володіння» прийнято було розглядати як допоміжний інститут стосовно права власності та сервітутів, але як самостійний — стосовно інших видів володіння. Отже, Я. М. Шев-



ченко вважає, що набувальна давність повинна була ввійти в главу, присвячену володінню, як окремий його вид [3, 495].

До речі, визнання спорідненості інститутів набувальної давності та володіння можна помітити у французькому цивільному законодавстві. Так, в Кодексі Наполеона норми, які регулюють набувальну давність та володіння, розташовані головним чином у титулі XX «Про давність і про володіння». Разом із тим книга третя, до якої входить цей титул, називається «Про різноманітні способи, якими набувається власність» [4, 632].

Як бачимо, і римське приватне, і французьке цивільне право зважають на подвійну сутність давнісного володіння як способу набуття права власності, з одного боку, і виду володіння — з іншого.

Однак давнісному володінню як виду володіння притаманні специфічні риси.

По-перше, давнісне володіння веде до набуття права власності. Набуття права власності на майно базується на сукупності вимог, які пред'являються законодавцем до такого володіння. Такими вимогами є добросовісність заволодіння майном, відкритість, тривалість і безперервність володіння ним. Слід зазначити, що жоден інший вид володіння не тягне виникнення у володільця права власності на майно. Отже це є специфічною особливістю саме давнісного володіння.

По-друге, давнісному володінню надається спеціальний захист. Відповідно до п. 2 ч. 3 ст. 344 ЦК України: «Втрата не з своєї волі майна його володільцем не перериває набувальної давності у разі повернення майна протягом одного року або пред'явлення протягом цього строку позову про його витребування» [2, 344].

На підставі цієї норми давнісний володільць може у випадку порушення його володіння звернутися з позовом про витребування майна до суду. Однак давнісний володільць є не ким іншим, як незаконним володільцем і, отже, володіння він здійснює, не маючи для цього жодних правових підстав.

Таким чином, при захисті володіння він не зможе посилатися на будь-яке право, адже останнього просто не існує. Відповідно, в даному випадку неможливе застосування петиторного захисту, за допомогою якого захищається право особи на річ, адже захист права неможливий без з'ясування підстави існування такого права. Петиторні засоби використовуються, перш за все, для захисту права власності. Однак відповідно до ЦК України захист права володіння, тобто законного володіння, теж має петиторний характер [2, 396].

У даному ж випадку захист давнісного незаконного володіння має ґрунтуватися на підставі самого факту здійснення володіння. Крім того, до уваги береться відповідність такого володіння вимогам, що пред'являються законодавцем до давнісного володіння (перш за все добросовісність його набуття). Такі підстави надання захисту фактичному володінню дозволяють стверджувати про його посесійний характер [5, 106]. Особливістю посесійного захисту є те, що факт володіння захищається без посилання на будь-яке право, якого може і не бути, як у випадку з давнісним володінням. Володільць в посесійному процесі вказує лише на факт володіння майном і факт порушення такого

володіння. Підстава ж здійснення самого володіння значення не має, посилання на якесь право просто не береться до уваги.

В літературі відзначається, що сама норма, з якої випливає можливість отримання захисту давнішим володільцем, має недоліки: невизначеність механізму здійснення захисту; відсутність вказівки на зміст захисту; невизначеність кола осіб, проти яких він може бути застосований та інші [6, 306]. Попри зазначені недоліки, давніший володільець, як зазначає С. П. Рабінович, покладаючись на це положення, а також ст. 15 та ст. 16 ЦК України, які надають можливість судового захисту інтересу, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства, може вимагати відновлення становища, яке існувало до порушення, відшкодування майнової та моральної шкоди або застосування інших передбачених законом способів захисту цивільних інтересів [5, 107].

Повніше і краще, на його думку, питання захисту давнішого володільця вирішується в ЦК РФ, який передбачає право на захист володіння проти третіх осіб, які не є власниками майна, а також не мають права на володіння в силу іншої підстави, передбаченої законом чи договором [7, 234]. Так, ЦК РФ чітко визначає коло осіб, проти яких може бути застосований захист. Однак на практиці можлива така ситуація: власник речі, втративши своє володіння, заявляє в індикаційний позов до володіючого невластника. У зв'язку з добросовісністю останнього справа власником програна. Проте річ викрадається власником у давнішого володільця. Очевидно, що право вимагати повернення речі згідно з ЦК РФ у володільця відсутнє.

Звідси випливає висновок про необхідність надання давнішому володільцю захисту і проти власника, і проти осіб, що мають право володіння через передбачені законом або договором підстави, тобто титульних володільців.

Цікаво порівняти норми ЦК України про захист давнішого володіння з подібними в проекті ЦК України від 25 серпня 1996 року. Відповідно до нього до набуття права власності на майно за набувальною давністю володільець мав таке саме, як і власник, право на захист проти третіх осіб, які не є власниками майна, а також проти осіб, які не мають права на володіння за іншою підставою [8, 406]. З наведеної норми видно, що, по-перше, в проекті, на відміну від самого ЦК України, було чітко визначене коло осіб, проти яких володільцю було надано можливість захисту. По-друге, захист за проектом не обмежувався можливістю витребування майна, він міг включати будь-які засоби, передбачені для захисту права власності.

Та обставина, що давніший володільець прирівнюється до власника шляхом надання йому «такого самого, як і власнику, права на захист від третіх осіб» дає можливість стверджувати про наявність наступництва в регулюванні цього питання. Так, проект ЦК України містив спеціальні посесійні позови для захисту володіння, але для захисту давнішого володіння він передбачив необхідним використовувати не ці посесійні засоби, а петиторні засоби захисту права. Така ситуація дуже нагадує римське приватне право, де володіння для набуття власності захищалося за допомогою окремого Публіціанового позову. Цей по-

зов засновувався на фікції — безпідставному припущенні, що давнісний володільець, який насправді тільки згодом за умови дотримання всіх вимог міг набути право власності, вже став власником і, відповідно, має право на отримання належного власникові захисту. Таким чином можна припустити, що, хоча спостерігаються значні відмінності між порядками регулювання захисту давнісного володільця в римському приватному праві і проекті ЦК України (це виявляється насамперед в тому, що проект обмежив такий захист лише третіми особами, в той час як за римським правом таких обмежень не було), проте саму таку оригінальну модель захисту проект ЦК України запозичив саме з римського права.

Отже, необхідно вказати на ті кардинальні зміни, які сталися з нормою, яка регулює захист давнісного володіння, під час прийняття Верховною Радою ЦК України. Так, проект ЦК України, наслідуючи римську традицію, за наявності спеціальних посесійних засобів захисту володіння взагалі, для захисту давнісного володіння передбачив необхідним використовувати петиторні засоби. На відміну від цього чинний ЦК України за загальним правилом захищає володіння за допомогою петиторних засобів, але для набувальної давності він зробив виняток і передбачив посесійні засоби захисту.

Враховуючи зазначене вище, слід звернути увагу на те, що захист набувальної давності петиторними засобами є надійнішим і, відповідно, більшою мірою відповідає інтересам давнісного володільця. За загальним правилом посесійний захист має лише попередній (провізорний) характер, тобто власник, не довівши своє право в посесійному процесі, згодом може вдатися до петиторних засобів і повернути собі річ на підставі наявності в нього відповідного титулу. Таким чином, передбачений ЦК України порядок захисту давнісного володіння за допомогою посесійних засобів дозволяє констатувати, що законодавець в цьому випадку поступився надійнішим захистом давнісного володіння на користь захисту права власності.

Викладене дає можливість дійти висновку, що давнісне володіння — це незаконне, добросовісно набуте володіння, яке, за умови своєї відкритості і безперервності через визначений час приводить до набуття права власності давнісним володільцем, а також підлягає спеціальному захисту.

Тобто, з одного боку, давнісне володіння — один із видів володіння. В цьому сенсі норми про нього слід було б також включити до глави 31 книги III ЦК України, яка регулює відносини володіння. Такий підхід був застосований в проекті ЦК України від 25 серпня 1996 року, в якому норми про набувальну давність містились в главі про набуття права власності, а норми про захист володіння майном до набуття на нього права власності за давністю володіння — у відповідній главі про володіння.

З іншого боку, давнісне володіння в порівнянні з іншими видами володіння має певні специфічні риси, а саме: за певних умов призводить до набуття права власності; має специфічний захист. Що ж стосується захисту давнісного володіння, слід зауважити, що забезпеченню повнішого захисту давнісного володільця сприяло б повернення ЦК України до петиторних засобів, які вико-

ристовувались римським приватним правом і були передбачені проектом ЦК України від 25 серпня 1996 року.

Аналіз нормативного підґрунтя, наукових точок зору щодо визначення сутності володіння за набувальною давністю є одним з кроків у дослідженні нових для вітчизняного цивільного законодавства інститутів, який надає можливість визначити напрямок подальших напрацювань у даній сфері з метою усунення наявних прогалин і колізій, а також удосконалення правозастосовчої діяльності.

### Література

1. Шадріна Н. Течение сроков приобретательной давности по гражданскому праву России // *Хозяйство и право* : ежемес. юрид. журн. — 2003. — № 9.
2. Цивільний кодекс України // *Відомості Верховної Ради України*. — 2003. — № 40–44. — Ст. 356.
3. Цивільне право України: Академічний курс : підручник. У 2 т. Т. 1. Загальна частина / за заг. ред. Я. М. Шевченко. — Вид. 2-ге, допов. і переробл. — К. : Ін Юре, 2006.
4. Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / пер. с фр. В. Захватаев ; предисл. А. Довгерт, В. Захватаева ; прил. 1–4 В. Захватаева ; отв. ред. А. Довгерт. — К. : Истина, 2006.
5. Рабінович С. П. Захист інтересів добросовісного володільця за новим Цивільним кодексом України // *Актуальні проблеми держави і права* : зб. наук. пр. — 2004. — Вип. 23.
6. Матвійчук В. О. Цивільно-правовий захист фактичного володіння // *Держава і право: Юридичні і політичні науки* : зб. наук. пр. — 2006. — Вип. 31.
7. Гражданский кодекс Российской Федерации. Ч. I // *СЗ РФ*. — 1994. — № 32. — Ст. 3302.
8. Проект Цивільного кодексу України від 25 серпня 1996 року. — Режим доступу : [www.rada.gov.ua](http://www.rada.gov.ua).

### Анотація

*Касілова Д. Ю.* Володіння за набувальною давністю як особливий вид володіння. — Стаття.

У статті автор досліджує володіння за набувальною давністю. Розглядаються питання про спільні риси давнісного володіння і володіння, а також про особливості володіння за набувальною давністю. Чинне цивільне законодавство з цього приводу аналізується в порівнянні з положеннями римського приватного права, французького законодавства та проекту ЦК України від 25 серпня 1996 року. Автор робить висновок, що володіння за набувальною давністю є видом володіння, якому притаманні специфічні риси. Виходячи з цього, запропоновані зміни до цивільного законодавства України, які мають сприяти збільшенню ефективності його застосування.

*Ключові слова:* володіння, набувальна давність, давнісне володіння, давнісний володільець, позов Публіціана, петиторний захист, посесійний захист.

### Аннотация

*Касилова Д. Ю.* Владение по приобретательной давности как особый вид владения. — Статья.

В статье автор исследует владение по приобретательной давности. Рассматриваются вопросы об общих чертах давностного владения и владения, а также об особенностях владения по приобретательной давности. Действующее гражданское законодательство по этому поводу анализируется в сравнении с положениями римского частного права, французского законодательства и проекта ГК Украины от 25 августа 1996 года. Автор приходит к выводу, что владение по приобретательной давности является видом владения, которому присущи специфические черты. Исходя из этого, предложены изменения в гражданское законодательство Украины, которые должны содействовать увеличению эффективности его применения.

*Ключевые слова:* владение, приобретательная давность, давностное владение, давностный владелец, иск Публициана, петиторная защита, посессорная защита.

### Summary

*Kasilova D. Yu. Possession on Hereditary Prescription As a Personal Kind of Possession. — Article.*

In this article the author examines possession of usucaption. Issues of the commonalities of possession of usucaption and possession are studied as well as the question about the particular features of possession of usucaption. Existing law on this subject is analyzed in comparison with the provisions of Roman private law, French law and the draft of a Civil Code of Ukraine on August 25, 1996. The author concludes that possession of usucaption is a type of possession, which is characterized by special features. According to this, the author proposes changes to the civil legislation of Ukraine, which should help to increase the efficiency of its use.

*Keywords:* possession, usucaption, possession of usucaption, possessor of usucaption, Publician lawsuit, petitory protection, possessory protection.

УДК 347.27

*Р. В. Карпов*

### ОСОБЛИВОСТІ ПЕРЕХОДУ ПРАВ ЗА ЗАСТАВНОЮ

Розвиток іпотечних відносин в нашій країні обумовив появу нових видів цінних паперів, які використовуються фінансовими установами для рефінансування виданих кредитів під заставу нерухомості. Особливе місце в механізмі рефінансування займає заставна — цінний папір, який з'явився у 2004 р. з набранням чинності Закону України «Про іпотеку» від 5 червня 2003 р. № 898-IV (далі — Закон «Про іпотеку»). Цим Законом було визначено основні терміни, поняття та порядок переходу прав за заставною. Практичне використання нового цінного паперу виявило низку питань, які можуть бути вирішені за допомогою теоретичного аналізу властивостей заставної. Питання передачі прав за заставною є одним з найважливіших для практики та найцікавішим для теорії.

В останні роки, особливо після прийняття низки законів, що регулюють іпотечні відносини, дослідження властивостей заставної та іпотечних цінних паперів значно активізувалися. Вітчизняні науковці О. Т. Євтух, С. І. Кручок, О. С. Любунь, О. І. Кіреєв, М. П. Денисенко відзначали важливе місце заставної та іпотечних цінних паперів у механізмі іпотечного кредитування. Проте заставна у більшості досліджень розглядається як допоміжний засіб у іпотечному кредитуванні, а не як суто цінний папір [1; 2; 3]. Разом з тим у творах цивілістів-класиків М. М. Агаркова, Г. Ф. Шершеневича, К. П. Победоносцева та сучасних науковців В. А. Белова, С. М. Бервено, В. В. Воловика, В. В. Посполітака, В. Л. Яроцького приділялося багато уваги переходу прав за цінними паперами взагалі та іпотечними зокрема. Враховуючи те, що заставна є новим цінним папером для українського ринку, необхідний аналіз особливостей переходу прав за заставною як саме цінного паперу, що використовується в національній системі іпотечного кредитування.

Таким чином, з'ясування особливостей переходу прав за заставною є метою даного дослідження.

Обіг заставної регулюється Цивільним кодексом України, Законом «Про іпотеку», Законом «Про цінні папери та фондовий ринок» від 23 лютого 2006 р. № 3480-IV (далі — Закон «Про цінні папери») та деякими іншими нормативними актами.

Порядок передачі прав за цінними паперами визначається ст. 197 ЦК України та залежить від характеристики самого цінного паперу. Отже, для з'ясування особливостей передачі заставної необхідно розглянути її ознаки.

Згідно зі 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.

Закон «Про цінні папери» відносить заставну до групи іпотечних цінних паперів і визначає, що іпотечні — це такі цінні папери, випуск яких забезпечено іпотечним покриттям (іпотечним пулом) та які посвідчують право власників на отримання від емітента належних їм коштів. Відповідно до ст. 20 Закону «Про іпотеку» заставна визначена як борговий цінний папір, а значить як окремий вид цінних паперів, хоч і забезпечених іпотекою. А у ст. 31 заставні взагалі відсутні у наданому переліку іпотечних цінних паперів. Саме тому відкритим залишається питання щодо віднесення заставної до тієї чи іншої групи цінних паперів.

Суперечність між згаданими нормами можна усунути, якщо у ч. 1 ст. 31 Закону «Про іпотеку» додати таке визначення: «заставна — це іпотечний цінний папір, що може забезпечувати випуск інших іпотечних цінних паперів».

Для дослідження передачі прав за заставною важливо з'ясувати те, що заставна є ордерним цінним папером.

Згідно зі ст. 20 Закону «Про іпотеку», заставна може передаватися її власником будь-якій особі шляхом вчинення індосаменту. У той же час положення ст. 197 ЦК чітко відносить заставну до ордерних цінних паперів: «права за ордерним цінним папером передаються шляхом вчинення на цьому папері передавального напису (індосаменту)».

На відміну від українського, сучасне російське законодавство визначає заставну як іменний цінний папір. Проте, аналізуючи властивості заставної, російський вчений Е. Павлодський все ж таки наполягав, що «заставна, як видається, є ордерним цінним папером» [4, 23]. Він припускав, що легітимація власника заставної заснована на її змісті, який включає початкового заставодержателя і дату видачі йому заставної. Нез'ясованість та протиріччя у визначенні заставної викликали зміни у російському законодавстві, якими був визначений принципово інший спосіб передачі прав по заставній — цесія. Як визначають С. В. Ротко та Д. А. Тимошенко, законодавець відійшов від застосування індосаменту як форми передачі прав за заставною, вказавши загальноприйнятий спосіб передачі для іменних цінних паперів — цесію. Однак це не вирішило остаточно проблеми наявності у заставній характерних ознак ордерних цінних паперів та дозволило визнати, що «законодавець заплутався при визначенні

правової природи інституту, введеного для поліпшення і спрощення господарського обороту» [5, 12].

Таким чином, згідно з українським законодавством, можна з впевненістю визначити заставну як ордерний цінний папір.

Заставна є порівняно новим для національного законодавства цінним папером, тому деякі норми вдосконалюються. Наприклад, на даний час визначено, що заставна не є емісійним цінним папером, тому вона не випускається, а видається. До внесення змін у ч. 1 ст. 20 Закону «Про іпотеку» Законом № 3201-IV від 15 грудня 2005 р. це не було узгоджено, що і відзначали українські дослідники, наприклад О. Табала [6, 51].

Факт існування заставної виключно у документарній формі також важливий для дослідження переходу прав. Заставна складається у письмовій формі в одному примірнику на бланку стандартної форми та передається боржником особі, яка на момент видачі заставної відповідно до умов іпотечного договору має статус іпотекодержателя. Відповідно, ця особа стає першим власником заставної, якщо інше не передбачено іпотечним договором.

Наступною важливою властивістю заставної є зв'язок з іпотечним договором, яким власне і повинна бути передбачена її видача. Як було визначено, заставна передається її власником будь-якій особі шляхом вчинення індосаменту. Разом з тим наступний власник заставної набуває всі права іпотекодержателя (нового кредитора) за договором, яким обумовлене основне зобов'язання, та за іпотечним договором, на підставі якого була видана заставна, а права попереднього власника заставної як іпотекодержателя (первісного кредитора) припиняються. Як бачимо, зв'язок заставної та основного зобов'язання постійний та повністю залежить від його існування і виконання. Тому, крім оригіналу заставної, попередній власник заставної на вимогу нового власника зобов'язаний передати останньому документи та інформацію, що є важливими для здійснення прав, що випливають із заставної. Відступлення прав за іпотечним договором та основним зобов'язанням не допускається у разі видачі заставної.

З'ясування найвагоміших властивостей заставної як цінного паперу, дозволяє детально розглянути особливості передачі заставної.

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 збігаються 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, який 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 одною з ознак заставної, обумовлена перш за все зв'язком заставної з нерухомістю, перехід прав за якою потребує державної реєстрації.

Рішенням Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 4 вересня 2003 р. № 363 «Про стандартну (типову) форму бланка заставної» заздалегідь передбачений вигляд та зміст індосаменту на заставній, який друкується на зворотному боці бланка. Поле для вчинення індосаменту передбачає не тільки інформацію щодо особи, якій передається заставна, а й умови передачі заставної, стан заборгованості на дату передачі заставної. Є місце і для відмітки про видачу дубліката заставної. Це узгоджується зі ст. 25 Закону «Про іпотеку», яка визначає, що у тексті передавального напису можуть вказуватися умови, за яких здійснюється передача заставної.

Відзначимо, що за деякими ознаками способу передачі заставна схожа на більш відомий ордерний цінний папір — вексель. Наприклад, передача заставної також не потребує згоди боржника, а у разі недостатності на заставній місця для передавальних написів або інших необхідних відміток до заставної прикріплюється додатковий лист, написи на якому виконуються таким чином, щоб вони починалися на заставній і закінчувалися на цьому листі.

Найважливіше місце у процесі передачі заставної природно належить індосаменту, який здійснюється на ній. Він потребує окремої уваги та окремого дослідження.

Науковці виділяють декілька основних функцій індосаменту, хоча і досі не досягли єдності щодо їх кількості та точних назв. Наприклад, М.В.Старинський та Ж. В. Завальна визначають три основні — передавальну, гарантійну та легітимаційну [7, 184]. В. А. Белов висловлюється так: «Угода індосаменту направляє на досягнення трьох юридичних наслідків, які відповідають трьом основним історично виробленим функціям індосаменту — передавальній, приказній та гарантійній» [8, 435]. Далі він визначає, що індосамент-надпис виконує єдину функцію — легітимаційну, тобто визначає суб'єкта, уповноваженого по ордерному цінному паперу [8, 437].

Легітимаційна функція індосаменту заставної полягає в тому, що названа в індосаменті особа є законним держателем паперу. Хоча передача заставної не вимагає державної реєстрації, на розсуд індосата вона може бути зареєстрована у встановленому законом порядку. Цей факт посилює легітимаційну функцію індосаменту заставної.

Передавальну функцію індосаменту заставної відображає ч. 2 ст. 20 Закону «Про іпотеку», якою визначено, що наступний власник заставної набуває всі права іпотекодержателя (нового кредитора) за договором, яким обумовлене основне зобов'язання, та за іпотечним договором, на підставі якого була видана заставна, а права попереднього власника заставної як іпотекодержателя (первісного кредитора) припиняються.

Приказну функцію індосаменту, яка визначається В. А. Беловим, можна



побачити і у заставній, за якою боржник зобов'язується перед іпотекодержателем виконати основне зобов'язання. Саме перехід права власності за допомогою індосаменту і обумовлює цю функцію, бо передача заставної не потребує згоди боржника.

Гарантійна функція індосаменту заставної, як виявляється, багато в чому розкриває правову природу цього цінного паперу. Взагалі, як визначав М. М. Агарков, гарантійна функція не є необхідною функцією індосаменту [9, 102]. Але ця функція встановлює відповідальність індосанта перед наступними держателями цінного паперу.

На перший погляд, гарантійна функція для індосаменту заставної може бути взагалі відсутня. Згідно зі 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 прямої вказівки на таку умову в індосаменті. Норма про солідарну відповідальність визначена диспозитивним чином, тобто наявність цієї відповідальності буде залежати лише від волевиявлення продавця заставної. Така норма суттєво відрізняє заставну від векселя, кожен продавець якого (звичайно, якщо інше спеціально не вказано в індосаменті) стає солідарно відповідальним перед власником векселя. Останній відповідно має право пред'явити позов кожному, хто будь-коли виписував, купував або продав вексель.

Гарантійна функція, виражена у солідарній відповідальності, важлива для векселя, платіж по якому забезпечується перш за все волею боржника, менш важлива у випадку заставної, яка апріорі має забезпечення іпотекою. Для того, хто приймає заставну, важлива тільки наявність договору, що і визначено у ст. 26 Закону «Про іпотеку», а гарантійна функція індосаменту у заставній може бути цілком відсутня, якщо це не визначено окремо. Підкреслимо, що хоча заставна передається за допомогою індосаменту, він є цілком специфічним та суттєво відрізняється від вексельного.

Написи на заставній, що забороняють її наступну передачу, є недійсними. Це значить, що законодавець не передбачає для заставної не тільки бланкового, а й так званого ректа індосаменту. Наявність на цінному папері такого застереження робить його іменним, бо передбачає формулювання: «тільки цієї особі, але не її наказу» або подібне [8, 458].

Крім всього, на даний час заставна має особливості, які відрізняють її від всіх інших цінних паперів. Вони полягають в наявності обов'язків індосанта вже після передачі заставної. Законом визначено, що індосант зобов'язаний у п'ятиденний строк письмово повідомити боржника про передачу заставної індосату та всіма доступними засобами не припустити виконання основного зобов'язання боржником на свою користь. Дана норма, здається, повинна бути переглянута. Так, у ст. 24 Закону «Про іпотеку» сказано, що іпотекодержатель зобов'язаний письмово у п'ятиденний строк повідомити боржника про відступлення прав за іпотечним договором і права вимоги за основним зобов'язанням. Це цілком правильно у випадку з іпотечним договором. Але заставна — цінний папір, і всі права за ним належать власнику, який перш за все зацікавлений у тому, щоб повідомити боржника і таким чином легітимізуватися. Саме тому необхідно змінити дану норму і визначити, що новий власник заставної повинен повідомляти 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 видається, така передача відбувається одночасно з передачею заставної.

Заставна має особливість — вона може бути відновлена. Тому легітимація власника заставної важлива у разі її втрати. Особа, яка вимагає видачі дубліката, може довести своє право власності на втрачену заставну шляхом відтворення всіх попередніх індосаментів. Тільки за цієї умови боржник видає дублікат заставної.

**Висновки.** Якщо об'єднати розглянуті властивості заставної, можна зробити висновки та підкреслити особливості переходу прав за заставною.

Перше, заставну можна визначити як документарний, ордерний, борговий та іпотечний цінний папір.

Друге, перехід прав за заставною здійснюється на загальних підставах згідно зі ст. 197 ЦК України за допомогою виключно ордерного (іменного, повного) індосаменту. Розгляд особливостей переходу прав за допомогою тільки іменного індосаменту виявив залежність від специфіки заставної як цінного паперу, забезпеченого іпотекою.

Третє, як ордерний цінний папір заставна має деякі спільні риси у способі передачі з більш відомим ордерним цінним папером — векселем, хоча і не регулюється вексельним законодавством.

Четверте, індосамент, який здійснюється на заставній, не має гарантійної функції у класичному розумінні, тобто у даному випадку відсутня обов'язкова солідарна відповідальність. Такий індосамент без застосування вказаного у ст. 26 Закону «Про іпотеку» застереження про додаткову відповідальність індосанта є дуже схожим на передавальний надпис, який використовується відносно іменних цінних паперів.

П'яте, заставна має особливості, які полягають у наявності певних обов'язків індосанта після передачі цінного паперу. Пропонується змінити цю

норму та перекласти функцію повідомлення боржника про перехід прав за заставною на індосата.

### Література

1. Евтух А. Т. Ипотека — механизм эффективного использования ресурсов : [монография] / А. Т. Евтух. — Луцк : Волин. обл. тип., 2001. — 316 с.
2. Кручок С. І. Іпотечне кредитування : навч. посіб. / С. І. Кручок. — К. : Мета, 2002. — 208 с.
3. Любунь О. С. Іпотечний ринок : Підручник / О. С. Любунь, О. І. Кіреєв, М. П. Денисенко. — К. : Атіка, 2006. — 288 с.
4. Павлодский Е. Правовое регулирование закладной // Хозяйство и право. — 2000. — № 6. — С. 23–28.
5. Ротко С. В. Закладная как ценная бумага и коллизии в ее правовой природе / С. В. Ротко, Д. А. Тимошенко // Современное право. — 2008. — № 8. — С. 9–12.
6. Іпотека — аналіз, коментарі, практика застосування / за заг. ред. В. М. Марченка. — Х. : Страйк, 2006. — 640 с.
7. Старинський М. В. Правове регулювання відносин у сфері випуску та обігу цінних паперів в Україні : навч. посіб. / М. В. Старинський, Ж. В. Завальна. — Суми : Університет. кн., 2007. — 405 с.
8. Белов В. А. Курс вексельного права : учеб. пособие / В. А. Белов. — М. : Центр ЮрИнфоР, 2006. — 748 с.
9. Агарков М. М. Учение о ценных бумагах / М. М. Агарков. — М. : Финстатинформ, 1993. — 140 с.

### Анотація

**Карпов Р. В. Особливості переходу прав за заставною.** — Стаття.

Розглядаючи порядок переходу прав за заставною, автор висвітлює особливості індосаменту та наслідки його здійснення, пропонує внесення змін у Закон України «Про іпотеку», направлених на виключення існуючих невідповідностей.

*Ключові слова:* застава, індосамент, зобов'язання, солідарна відповідальність, ордерні цінні папери, іпотечний договір.

### Анотация

**Карпов Р. В. Особенности перехода прав по закладной.** — Статья.

Рассматривая порядок перехода прав по закладной, автор освещает особенности индосамент-та и последствия его осуществления, предлагает внесение изменений в Закон Украины «Об ипотеке», направленных на устранение существующих несоответствий.

*Ключевые слова:* закладная, индосамент, обязательство, солидарная ответственность, ордерные ценные бумаги, ипотечный договор.

### Summary

**Karpov R. V. Feature of Transition of the Rights Under the Pledge.** — Article.

Considering the order of transfer of rights on the mortgage deed, the author highlights the features of endorsement and the consequences of its implementation, proposes changes in the hypothec law to eliminate the existing discrepancies.

*Keywords:* mortgage deed, endorsement, liability, shared responsibility, order securities, the mortgage contract.

## ІСТОРИЧНІ ПЕРЕДУМОВИ ВИНИКНЕННЯ НЕТРАДИЦІЙНИХ БАНКІВСЬКИХ ОПЕРАЦІЙ ТА ПОСЛУГ

Історія завжди хвилювала людство. Для того, щоб об'єктивно зрозуміти сучасні суспільні відносини, час від часу необхідно повертатися до джерел пізнання, що є підґрунтям відповідних процесів розвитку суспільства.

Ключ до розуміння сутності банківських правочинів лежить в історичній площині, у дослідженні генезису банківських відносин. Процес виникнення та подальшого розвитку банківської справи всебічно впливає не тільки на торговельно-економічні відносини, але і на релігійні, політичні, соціальні та інші відносини. На жаль, досі вченими не було зроблено жодного комплексного дослідження історії становлення та розвитку регулювання нетрадиційних банківських операцій та послуг.

Основною метою цієї статті є спроба здійснити узагальнення основних етапів історичного процесу, який пройшли нетрадиційні банківські операції та послуги, всебічно розглянути сутність цього поняття та визначити місце, яке займав даний різновид банківських правочинів.

У вітчизняній юридичній науці питання виникнення та розвитку нетрадиційних банківських операцій системно не досліджувалися. Проте існує ряд наукових робіт, у яких в тій чи іншій мірі були розглянуті окремі проблеми виникнення банківської справи та нетрадиційних банківських операцій зокрема. Це наукові дослідження І. Безклубого [1], В. Вартапеняна [2], Л. Єсіпової [4], Є. Карманова [6, 232–262] та інших.

Перші банки («ділові будинки») з'явилися в далекій давнині на Близькому Сході. Звичайно ж, це не були банки в тому вигляді, в якому вони існують зараз. Однак уже в часи Нововавилонського царства (VII–VI ст. до н.е.) «ділові будинки» виконували багато банківських операцій: здійснювали приймання й видачу внесків, облік векселів, оплату чеків, безготівкові розрахунки між вкладниками, а також деякі види кредитних операцій.

Досить розвинена банківська діяльність існувала в Греції. Спочатку банкірські операції здійснювалися «корпораціями» жерців. Згодом у зв'язку з інтенсивним розвитком торгівлі, що пішла за перськими війнами, потреба в кредиті й посередництві спонукала приватних осіб зайнятися банкірськими операціями. Афінські жителі, що присвятили себе цій справі, займалися своїм промыслом, сидячи за столиками на ринку, звідси і їх назва трапезіти (від грецького трапеза — стіл) [2, 62].

До кінця V ст. до н.е. у афінян спостерігається вже деяка спеціалізація по окремих видах угод. Так, трапезіти займалися переважно прийманням внесків і здійсненням платежів за рахунок клієнтів. У свою чергу, від них відділився клас фахівців — мінял (арги-раймоси), що стали разом з тим експертами по визначенню дійсності та ціни численних видів монет, що були у обігу. Можли-

во стверджувати, що саме вони почали здійснювати операції, які є прототипом такого різновиду нетрадиційної банківської операції, як операція з дорогоцінними металами. Третя категорія банкірів здійснювала видачу дрібних позик, звичайно під заставу, тобто ломбардна справа [2, 62].

Нетрадиційні банківські послуги зі зберігання цінностей з'явилися ще у IV столітті до н.е. Як свідчать деякі джерела, винахідцями перших банківських операцій були не тільки окремі особи (трапезіти), а й деякі церковні установи, де нагромаджувалися значні кошти. Надійним місцем для зберігання цінностей були храми. Злодії ставилися з повагою до вівтарів і не грабували їх. Завдяки вкладам, недоторканність яких гарантувалася поважним ставленням до релігії, грецькі храми (Дельфійський, Делоський, Самоський і Ефеський) перетворилися в своєрідні банківські установи.

Поступово Афіни, як і вся Греція, втратили провідну економічну роль, яка перейшла до Єгипту. Тут були відкриті «королівські банки» здебільшого під керуванням греків. Протягом досить тривалого часу виконання своїх функцій храмові господарства здійснювали на підставі звичаю, проте поступово державою формуються юридичні норми (закони Хамурапі 1759 р. до н.е.).

Банківська справа в Єгипті елліністичного періоду була організована у формі державної монополії. Уся мережа банків користувалася монопольним правом ведення банківських операцій у країні, за що вона, у свою чергу, виконувала всі функції державного казначейства. За наявними даними, ці банки крім фіскальних функцій здійснювали такі операції: покупку, продаж і розмін монети, видачу позичок, іпотечні й ломбардні операції, облік зобов'язань до настання строку, приймання внесків. Збережені від цієї епохи папіруси містять інформацію про додаткові функції єгипетських банкірів, а саме — про їхню діяльність як радників по складанню актів, керуванню клієнтськими маєтками, грошовими переказами [2, 62].

Опціонні операції з дорогоцінними металами і камінням використовуються в господарському обігу з давніх давен: перші згадки про їх використання збігаються з виникненням торговельної діяльності в людському суспільстві. Опціонні операції були відомі в Стародавній Греції, джерела того часу вказують на їх використання також фінікійцями і римлянами [9, 12].

Трохи запізнився розвиток банківської справи в античному Римі, і буде правильно сказати, що воно було завезено із Греції. Як і в Афінах, римські банкіри також мали свої заклади на форумі, але замість грецьких столиків тут банкірський промисел здійснювався на масивних крамницях. Тісний зв'язок банкірського промислу з форумом наочно ілюструється термінами, що означали банкрутство, — «fogo sedere, abire, a fogo fugere» (тобто поступитися місцем на форумі, утекти з форуму). Так само, як і їхні грецькі попередники, римські банкіри спеціалізувалися по окремих операціях. Діловодство в римських «банках» було мало відмінно від грецького зразка: внески, позички й платежі на комісійних засадах. Досить часто аргентарій (римський банкір) також виступав у ролі аукціонника, одержуючи за це винагороду в 1% з вирученої від продажу суми. Характерною рисою банківської справи в Римі були властиві

духу римського народу визначеність і розробленість юридичних форм банківських угод. Так, існував спеціальний вид договору з банкіром, який полягав у тому, що клієнт банкіра доручав йому сплатити за його рахунок третій особі певну суму. Існувало в Римі щось подібне до банківського векселя або грошового переказу [2, 62].

У Стародавньому Римі міняли мали декілька назв. Чеський романіст Мілан Бартошек наводить їх у своєму енциклопедичному виданні, що видавалося у Європі багатьма мовами: менсарії (від лат. *mensa* — «стіл») — стіл міняли; нумулярії (від лат. *nummus* — «монета») *nummularii* — дрібні банкіри, міняли; аргентарії (від лат. *argentum* — «срібло») *argentarii* — банкіри, що проводили різні фінансові операції, але в першу чергу — лихварські операції. Всі вони були зобов'язані вести облікові книги та надавати їх для розгляду у суді. *Argentarii* відносились до *equites* — вершників — фінансової аристократії, яка у IV–III ст. до н.е. складалась із найуспішніших плебейських торговців і підприємців. З часом вони прибрали до рук найбільш вигідні джерела прибутку (особливо банківські та лихварські операції, оренду земельних ділянок, постачання армії та всебічну експлуатацію провінції) та стали поряд з нобілітетом другим владним станом у Римській імперії [1, 8].

Римські аргентарії вели двоякого роду книги: підручний журнал, куди записувалися угоди, їх здійснення в хронологічному порядку (*adversarium*), і головна книга (*codex rationum mensae*), у яку записи заносилися згодом. У кодексі кожному клієнтові була відведена своя сторінка з відділенням кредиту (*acceptum ferre*) і дебету (*expensum ferre*). При наявності спірних фінансових питань книги надавалися аргентарієм до суду [2, 62].

У Стародавньому Римі надання певної послуги мало, як правило, відплатний характер. Це було зумовлено тим, що всі необхідні послуги виконувалися рабами. Проте необхідність отримання більш високого рівня послуг (юридичних, медичних, з виховання та навчання дітей тощо) передбачала залучення до відповідної діяльності представників вищих класів. Особа, що отримувала послугу, мала моральний обов'язок урочисто віддячити (надати *honorarium*). Все більшого поширення діставала творча праця, діяльність осіб вільної професії, які передбачають обов'язок оплатити відповідну роботу або надану послугу [1, 39–40].

Розглядаючи таку нетрадиційну банківську операцію, як факторинг, слід зазначити, що юридичну природу договору факторингу становить цесія (*cessio*). Витоки регулювання зазначених відносин слід шукати в римському праві. Стародавнє право квіритів не передбачало заміни сторони у зобов'язанні. Зобов'язання (*obligatio*) належало виключно учасникам правовідносин і не могло бути передане третім особам.

З часом у системі класичного римського права з'явилися різні способи заміни сторін у зобов'язанні. Передумовою виникнення цього інституту була юридична конструкція, що передбачала так званий процесуальний спосіб передачі зобов'язання третій особі. При здійсненні судочинства за формулярним процесом особа, якій хотіли передати своє право вимоги по зобов'язанню, ста-

вала мандатарієм кредитора у процесі (*procuratio ad litem*); до того ж такий представник на відміну від звичайного мандатарія, що діє в інтересах третьої особи, називався *procurator in rem suam*, тобто він мав право залишити на свою користь все, що стягнуто від боржника, не надавши звіту своєму довірителю [8, 286].

Подальший шлях римського приватного права в напрямку формування інституту заміни сторін у зобов'язанні був складним і тривалим, від новації, яка передбачає укладання декількох правочинів, до цесії — більш мобільного способу.

Сучасне трактування цього інституту істотно не відрізняється від позиції юристів Стародавнього Риму. Проте слід наголосити на те, що в англо-саксонській системі права розвиток інституту головним чином пов'язаний з правом справедливості (*law of equity*). У відповідності з правом справедливості, передача права вимоги визнається як судами, так і законом. За загальним правом (*common law*) цесія вважається такою, яка відбулась лише після повідомлення боржника. Така система права не передбачає суворого дотримання конкретної форми договору, крім випадків окремо визначених у законі. Заміна боржника у зобов'язанні в англо-саксонській системі права відбувається за допомогою інституту новації, який передбачає припинення старого зобов'язання і виникнення нового — того ж самого змісту і з тим же кредитором, що і попереднє, але з новим боржником.

Континентальною системою права передбачено, що цесіонарій і цедент набувають прав і обов'язків з моменту укладення угоди цесії. Так, О. Кот зазначає, що цесія, передусім, передбачає наявність волевиявлення первісного кредитора у формі укладення угоди з новим кредитором про передачу права. Провідне значення надається правовій нормі та юридичному факту, настання якого ініціює реалізацію правової норми про перехід права [7, 134].

Давні римляни винайшли досконалу банківську систему, щоб обслуговувати їх величезну торговельну мережу, яка поширювалася на Європу, Азію та більшість Африки. У 395 р. н.е. Римська імперія розпалася на східну та західну частини. Наприкінці V ст. більшість торговельних і фінансових мереж Західної імперії було зруйновано. Банківська справа майже зникла у Західній Європі. В той же час Кодекс Юстиніана, звід законів, виданий у VI ст. у Візантії, містив чимало банківських законів [1, 9].

Банківська справа сучасного типу одержала свій розвиток у середні століття в Італії, оскільки саме через неї проходила більшість торговельних шляхів, що зв'язують Європу із країнами Сходу. На початку XV ст. виникли перші банки сучасного типу: Банк св. Георгія в Генуї, а потім банки у Венеції й у Франції (1587 р.). До середини XVII ст. банки стають невід'ємною частиною економіки найбільш розвинених держав і зосереджують у своїх руках практично весь їхній грошовий обіг [2, 63].

В Італії, де більш за всі інші країни була розвинута торгівля, з'являються *campsores* — міняли, що повинні були проводити експертизу на наявність у монетах різних країн дорогоцінного металу та встановлювати між ними

співвідношення, згадуються операції дуже подібні до нетрадиційних банківських операцій з дорогоцінними металами.

Невдовзі міняли починають розширювати свої операції та поступово переходять до обслуговування грошового обігу. Приблизно з XI ст. їх починають називати банкірами від італійського слова *banco* або *banca*, що означає лавка, та французького *banque* — скриня, призначена для зберігання грошей. Найперші італійські банкіри вели свою справу на лавках на вулиці. Виконуючи операції — «переписування», банкіри автоматично фіксували всі правочини, що було дуже важливо для торговців, які могли у випадку спору послатися на банкірську книгу для доведення факту платежу.

Посередницькі послуги як різновид нетрадиційних банківських операцій з'явилися вже в античному та феодальному господарстві, коли з'явилась потреба у функціях банків як посередників у платежах.

Розкриття сутності лізингової угоди виникло у часи Арістотеля (384/383 — 322 рр. до н.е.). Про даний вид угод було відомо ще в стародавній державі шумер (приблизно 2000 р. до н.е.). Зокрема, глиняні таблички, знайдені в шумерському місті Ур, містять відомості про оренду сільськогосподарських знарядь, землі, водяних джерел, волів та інших тварин.

Якщо звернутися до інших стародавніх цивілізацій, наприклад греків, римлян та єгиптян, то вони вважали оренду доступним та вигідним, а можливо, й єдиним засобом придбання устаткування, землі та домашньої худоби.

Виникнення ще одного різновиду нетрадиційних банківських операцій, а саме факторингових операцій, історично пов'язують зі створенням у Великій Британії в XVII ст. фінансової установи — Будинку факторів (*House of Factors*). У той час великі європейські торгові дома мали свої представництва в колонії — факторії, що очолювали фактори (торгові посередники по збуту товарів на незнайомих іноземним виробникам ринках). Перед фактором, що знав товарний ринок, платоспроможність покупців, закони і торговельні порядки даної країни, ставилися завдання пошуку надійних покупців, збереження і збуту товару, а також наступного інкасування торгового виторгу.

Нетрадиційна банківська операція — форфейтинг («forfeit» французького походження й означає «відмову від прав») виникла наприкінці 50-х — на початку 60-х рр. минулого століття в результаті змін у структурі світової економіки, коли ринок продавця товарів виробничого призначення поступово перетворювався на ринок покупця цих товарів. Цей час характеризується значним розвитком міжнародної торгівлі, зниженням рівня митного протистояння, що утворилося внаслідок післявоєнної депресії. У той же час відродження торговельних відносин між країнами Західної і Східної Європи і зростаюча значущість у світовій торгівлі країн Азії, Африки і Латинської Америки створили безліч фінансових труднощів, у першу чергу в західноєвропейських експортерів. Більш того, поява цих нових ринків припадає на час, коли існуючі банки були не в змозі запропонувати послуги, які очікували експортери. Таким чином, форфейтинг з'явився у відповідь на незадовільний і постійно зростаючий попит на кошти [6, 246].



Такий різновид нетрадиційних банківських операцій, як трастові послуги, виник і розвинувся в США на основі низки специфічних інститутів, які існували в цивільному праві англо-саксонських країн. У свій час Американська асоціація банкірів дала визначення трастової справи: «Це функція виконання замовлень, управління власністю за дорученням і виконання агентських доручень у всіх випадках для фізичних осіб, товариств, асоціацій, господарських корпорацій, а також для публічних громадських, навчальних культурних і благодійних установ і урядових органів». З кінця XIX ст. трастова справа все більше концентрується в руках комерційних банків. У сучасних умовах, навіть коли повіреною особою є, скажімо, юридична фірма або фізична особа, фактично операції проводить банк, який діє як агент. Певні соціальні і економічні події за останні 20–30 років в західних країнах свідчать про значне зростання трастової справи і її поширення не лише на найбагатші кола, але і на середніх і дрібних підприємців, на інтелігенцію і чиновників [5, 3].

Наймолодшою з усіх нетрадиційних банківських операцій є операції з надання послуг за допомогою Інтернету, а саме Інтернет-банкінг. Інтернет-банкінг — це технологія віддаленого банківського обслуговування, яка дає змогу клієнтові отримувати банківські послуги, не відвідуючи банківський офіс (домашній банк). Ця технологія з'явилася на початку 80-х рр. XX ст. і з того часу набула популярності у світовій практиці банківської діяльності.

Еру Інтернет-банкінгу розпочав у США 18 жовтня 1995 р. Security First Network Bank. За перші півтора року існування банку середньомісячний приріст його капіталу становив 20%, активи зросли до 40 млн доларів, а кількість клієнтських рахунків — до 10 тисяч. Із серпня 2001 р. SFNB став частиною Centura Bank, що входить до RBC Financial Group, створеної нещодавно Royal Bank of Canada. В Європі першим віртуальним банком був німецький Advance Bank, дочірня структура Дрезденської банківської групи. Він розпочав свою діяльність у 1996 р. і поступово став порталом комплексного фінансового обслуговування [10, 52].

На даний момент банківський Інтернет-сервіс на Заході є одним з найбільш динамічних сегментів електронної комерції. Уже зараз можна говорити про формування цього сектора ринку послуг — близько 80 з 100 найбільших банків надають послуги Інтернет-банкінгу.

В умовах сьогодення нетрадиційні банківські операції та послуги набувають все більшої популярності, без них не можливий успішний розвиток сучасної країни. Але вдосконалення існуючого стану нетрадиційних банківських операцій та послуг потребує, перш за все, звернення до генезису даного різновиду банківських правочинів.

### Література

1. Безклубий І. А. Банківські правочини: цивільно-правові проблеми : монографія / І. А. Безклубий. — К. : Київ. ун-т, 2005. — 378 с.
2. Вартапенян В. А. Зарождение банковского дела в Древнем мире // Банковское право. — 2006. — № 3. — С. 62–63.

3. Воронина Е. И. Специфика применения банковских гарантий и гарантий исполнения по первому требованию по праву Франции // Банковское право. — 2002. — С. 59–62.
4. Єсіпова Л. О. Історія розвитку банківської гарантії // Актуальні проблеми держави і права. — 2006. — Вип. 28. — С. 196–202.
5. Жуков Е. Ф. Тростовые и факторинговые операции коммерческих банков / Е. Ф. Жуков. — М. : Консалтбанкир, 1995. — 48 с.
6. Карманов Є. В. Банківські договори. Договори в іноземній валюті : навч. посіб. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / Є. В. Карманов. — Х. : Право, 2004. — 312 с.
7. Кот О. О. Уступка вимоги: доктрина, законодавство та практика // Вісник Вищого арбітражного суду України. — 2000. — № 4. — С. 133–137.
8. Нерсесов Н. О. Избранные труды по представительству и ценным бумагам в гражданском праве / Н. О. Нерсесов. — М. : Статут, 1998. — С. 286–289. — (Классика российской цивилистики).
9. Шеленкова Н. Б. Правовая природа биржевых опционных операций : дис. ... канд. юрид. наук / Н. Б. Шеленкова. — М., 1994.
10. Юрчук Г. Мережа Інтернет — сучасний канал і середовище надання фінансових послуг // Вісник національного банку України. — 2002. — № 7. — С. 52–58.

### Анотація

*Михайлюк Г. О.* Історичні передумови виникнення нетрадиційних банківських операцій та послуг. — Стаття.

У статті здійснено узагальнення основних етапів історичного процесу, який пройшли нетрадиційні банківські операції та послуги на шляху свого становлення та розвитку починаючи з VI ст. до н.е. до часів сьогодення. В значній мірі відображено генезис таких нетрадиційних банківських операцій та послуг як лізинг, форфейтинг, факторинг, тростові послуги, посередницькі послуги, операції з дорогоцінними металами, послуги зі зберігання цінностей та надання банківських послуг за допомогою Інтернету.

*Ключові слова:* нетрадиційні банківські операції, банк, історія становлення та розвитку, банківські правочини.

### Аннотация

*Михайлюк Г. О.* Исторические предпосылки возникновения нетрадиционных банковских операций и услуг. — Статья.

В статье осуществлено обобщение основных этапов исторического процесса, которые прошли нетрадиционные банковские операции и услуги на пути своего становления и развития начиная с VI в. до н.э. и до сегодняшнего дня. В значительной мере отображен генезис таких нетрадиционных банковских операций и услуг, как лизинг, форфейтинг, факторинг, тростовые услуги, посреднические услуги, операции с драгоценными металлами, услуги по сбережению ценностей и предоставление банковских услуг с помощью Интернета.

*Ключевые слова:* нетрадиционные банковские операции, банк, история становления и развития, банковские сделки.

### Summary

*Mykhailiuk G. O.* The Historical Background of Non-Traditional Banking Transactions and Services. — Article.

The generalization of the historical process main stages, which non-traditional banking transactions and services overcame towards their formation and development since the VI century BC till nowadays was made in the article. To the large extent the genesis of such non-traditional banking transactions and services as leasing, forfeit, factoring, trust services, brokerage services, transactions with precious metals, banking services with the values safekeeping and banking transactions through the Internet was reflected.

*Keywords:* non-traditional banking transactions, bank, the history of the formation and development, banking transactions.

## ПОРЯДОК УКЛАДЕННЯ РЕНТНИХ ДОГОВОРІВ

У сучасних умовах побудови економіки на ринкових засадах, відмови від адміністративно-командних методів її регулювання, впровадження радикальних реформ у сфері власності, розвитку підприємництва істотно підвищується роль цивільно-правового договору як одного з найефективніших правових методів опосередкування суспільних відносин. Рентні договори за своєю природою є досить специфічними і тому потребують глибокого і досконалого вивчення, в тому числі і щодо порядку їх укладення. У зв'язку з цим актуальним видається висвітлення в науковій літературі будь-яких аспектів стосовно специфіки їх правового врегулювання й, зокрема, такого практично важливого питання, як момент укладення рентного договору.

Проблемам рентних договорів взагалі та порядку їх укладення присвячено праці таких вчених, як В. С. Ем, О. А. Маркова, В. В. Новикова, З. І. Цибуленко та ін.

Метою цієї статті є вирішення таких проблемних питань: момент виникнення рентних правовідносин, вивчення точок зору щодо консенсуального чи реального характеру рентних договорів, визначення порядку їх оформлення, надання пропозицій по удосконаленню чинного законодавства.

ЦК України у ст. 732 встановлює вимоги щодо договору ренти. Договір ренти має укладатися в письмовій формі з обов'язковим нотаріальним посвідченням. Договір ренти, предметом якого є нерухомість, підлягає державній реєстрації. Аналогічні вимоги встановлені в ст. 745 ЦК України і до такого виду рентних договорів, як довічне утримання.

Щодо рентних договорів, то нотаріальна форма оформлення до них застосовувалася ще за часів Радянського Союзу, а саме до одного з їх видів — договору довічного утримання. В ст. ст. 253–254 ЦК 1964 р. не було прямої вказівки на те, в якій формі повинен оформлюватися договір довічного утримання. Але так як довічне утримання було різновидом купівлі-продажу житлового будинку, то до нього застосовувалися правила ст. 239 ЦК, згідно з якими договір нотаріально посвідчувався, а в сільській місцевості письмово оформлювався та підлягав наступній реєстрації у виконкомі місцевої Ради. При цьому реєстрації підлягав не перехід права на нерухоме майно чи предмет договору, а самі договори, реєстрацією яких займалися органи технічної інвентаризації як підрозділи комунального хазяйства відповідних Рад народних депутатів. З ціллю охорони інтересів відчужувачів та третіх осіб в актах реєстрації відмічалось, що житловий будинок придбаний по договору довічного утримання [1, 67].

Думається, що причини нотаріального посвідчення рентних договорів такі: по-перше, договір укладається на довгий термін, що передбачає довгострокове виконання, тому для таких договорів потрібне більш ретельне оформлення; по-друге, у зв'язку з ризиковим характером права сторін потребують особливо-

го захисту. З одного боку, захисту потребує отримувач ренти як більш слабка сторона, а з іншого боку, нотаріальна форма договору дозволяє відстоювати і права платника ренти [1, 68–69].

Тому, нотаріальна форма правочину, у даному випадку — рентного договору, має особливе значення. Тим більше нотаріус перевіряє особи учасників правочину і вказує дату його укладення. Тим самим він виключає можливість суперечки в майбутньому про те, що особа, неправильно вказана як учасник правочину, не мала права укласти угоду. Фіксує час укладення правочину, унеможлиблюється здійснення операції заднім числом і пов'язаних з цим суперечок. Оспорювання нотаріально посвідченого правочину складніші, ніж оспорювання правочину в простій письмовій формі [2, 80].

Таким чином, необхідність нотаріальної форми оформлення рентних договорів не викликає сумніву.

Більш актуальним, з цього приводу, є питання про момент укладення рентного договору та, як наслідок, міркування про його консенсуальний чи реальний характер.

Хоча з моменту ухвалення нині чинного ЦК пройшло лише декілька років, в літературі, заснованій на цьому Кодексі, вже позначилися декілька точок зору.

Автори, які дотримуються однієї з них, вважають договір ренти реальним [3, 138], тоді як, на думку інших, це договір консенсуальний [4, 44], а третіх — залежно від об'єкта або реальний (при відчуженні рухомого майна), або консенсуальний (при відчуженні нерухомого майна) [5, 12; 6, 630–633; 7, 343; 8, 22].

Більшість вчених вважають, що договір довічного утримання є реальним [6, 630–633; 7, 343; 8, 22]. В той же час, на думку окремих юристів, цей договір є консенсуальним [9, 292–294; 10, 36].

Відомо, що розділення договорів на реальні і консенсуальні засноване на тій ролі, яку відіграє пов'язана з договором передача речі (майна). При реальному договорі передача — необхідний елемент його укладення, а тому: немає передачі — немає і договору. На відміну від цього консенсуальним вважається договір, укладений ще до передачі речі, унаслідок чого власне передача складає елемент змісту (виконання) договору. З цього приводу Д. І. Мейєр реальним вважав «договори, які здійснюються за допомогою віддачі речі одним контрагентом іншому», а консенсуальними — «здійснювані простою угодою» [11, 393].

Тому варто підтримати точку зору М. І. Брагинського, який зазначає, що «маючи на увазі вказаний критерій, стосовно довічного утримання (а зараз — до ренти) слід визнати, що легальне визначення реального договору в частині, що відноситься до платежів ренти, повинне було містити формулу «передає у власність», а консенсуального — «зобов'язується передати у власність» [6, 630].

Також, слід підкреслити, що першу з вказаних двох формул використовували свого часу не тільки республіки СРСР, що виділили відповідний договір у окремий розділ, але навіть і ЦК РРФСР 1964 р., помістивши вказаний договір, у розділ «Купівля — продаж». При цьому створилася вельми своєрідна ситуація, при якій родовий договір — купівля-продаж включав в своє визна-

чення вказівку на те що продавець «зобов'язується передати у власність» (ст. 237 ЦК 1964 р.), а поміщений в той же розділ договір купівлі-продажу житлового будинку з умовою довічного утримання розглядався як такий, в якому «продавець передає у власність покупця житловий будинок або його частину», тобто як побудований явно по моделі договору реального. По іншому було свого часу в ЦК БСРСР, який у визначенні договору, пов'язаного з наданням контрагенту утримання, передбачив, що і в ньому відповідна сторона «зобов'язується передати майно у власність». Таким чином, цей договір став подібно до купівлі-продажу консенсусним [6, 631].

Розгорнене обґрунтування протилежної концепції — консенсусного характеру договору наводилося О. С. Йоффе. Зокрема, він вважав, що «єдине заперечення проти запропонованої конструкції могло б ґрунтуватися не на тексті закону, а на тому, що у такому разі після реєстрації договору набувальник мав би право добиватися його примусового виконання, включаючи витребування ще не переданого відчужувачем будинку. Неясно, проте, чому за відчужувачем потрібно зберігати можливість ухилення від договору і після його реєстрації з посиланням тільки на те, що будинок ще не переданий набувальнику? До того ж не виключено, що після реєстрації договору він втратить інтерес не для відчужувача, а для набувальника. Тоді вже правом, на примусове виконання, незважаючи на передачу, що ще не відбулася, міг би скористатися сам відчужувач. А це означає, що, знаходячись відповідно до закону, консенсуальна конструкція не ущемляє інтересів жодної із сторін і разом з тим забезпечує підвищену охорону інтересів відчужувача на випадок будь-якої несправності, допущеної іншим контрагентом» [12, 294].

У тому ж місці своєї роботи О. С. Йоффе наводить приклад, який повинен, на його думку, підтвердити необхідність консенсуальної моделі. Автор звертає увагу на те, що при цій моделі, «якщо реєстрація відбулася, то, хоча б будинок ще фактично не був переданий, набувальник вже став його власником, а тому зобов'язаний утримувати відчужувача. Якщо ж будинок переданий, але реєстрація не відбулася, договір ще не укладений і ніяких пов'язаних з ним зобов'язань набувальник нести не може» [12, 294]. Останнє на думку М. І. Брагинського «якраз і вписується в конструкцію реального договору» [6, 632].

Н.П. Волошин також відносив договір довічного утримання до консенсуальних договорів тому, що він є різновидом договору купівлі-продажу і повинен відповідати його загальній характеристиці [10, 36]. З цього приводу варто підтримати точку зору В. С. Недорезова, який констатує таке: «З такою аргументацією не можна погодитися, тим більше що практично всі автори (у тому числі і сам Н. П. Волошин) писали про те, що довічне утримання є самостійним видом договору, зовсім відмінний від купівлі-продажу» [13, 60].

А. Мамаєв по цьому питанню висловлював думку про суперечливість конструкції договору ренти. Він стверджує, що незважаючи на те, що договір ренти сформульований законодавцем як реальний, посилання на застосування до ренти правил купівлі-продажу та дарування при передачі майна робить його консенсуальним. Незастосування цих норм робить безглуздим й посилання на них.

Щоб уникнути суперечності, він запропонував два варіанти — або «внести зміни в ЦК, окремо передбачивши наслідки відмови від передачі майна платнику ренти», або змінити конструкцію ренти і зробити його консенсусним і взаємним. «У цьому випадку відсилання до купівлі-продажу і дарування буде правомірним до природи договору ренти» [14, 18]. І вказане варто підтримати.

Розглядаючи сучасне легальне визначення договорів ренти та довічного утримання (догляду) в ЦК, можна дійти висновку, що ці договори дійсно мають реальний характер. Тому більш привабливою здається думка В. С. Ем: «... договір ренти буде реальним якщо по договору передається рухома річ безоплатно, а якщо за плату, то договір буде консенсуальним, якщо під виплату ренти передається нерухоме майно, то про консенсуальність чи реальність договору говорити не приходиться, так як правотвірна сила виникає тільки при взаємозв'язку з іншим юридичним фактом — актом державної реєстрації» [5, 13]. Це твердження може бути застосоване і до договору довічного утримання.

Наявність трьох різних поглядів, які згадувалися вище, свідчать про те, що в теорії цивільного права немає однозначної відповіді на запитання, з якого моменту вважаються укладеними рентні договори.

Тому, говорячи про момент укладення договору ренти, треба звернути увагу ще на одну точку зору.

Згідно з легальним визначенням договору ренти, що дається в ст. 731 ЦК, одна сторона (одержувач ренти) передає другій стороні (платникові ренти) у власність майно, а платник ренти взамін цього зобов'язується періодично виплачувати одержувачеві ренту у формі певної грошової суми або в іншій формі.

Як зазначає М. П. Апанасюк, обов'язкова наявність сукупності перелічених дій, необхідних для укладення договору ренти, свідчить про те, що підставою його виникнення є юридичний склад. Відповідно момент укладення даного договору має пов'язуватися зі сформованістю юридичного складу. Для обґрунтування цієї точки зору він пропонує розглянути укладення договору ренти з позиції теорії юридичних фактів [15, 122].

Він зазначає, що для укладення договору ренти сторонам необхідно здійснити, як мінімум, три юридично значимі дії, а у випадку передачі під виплату ренти нерухомого майна ще й четверту: досягти домовленості, здійснити передачу майна в підтвердження її дійсності, нотаріально посвідчити договір у випадку передачі під виплату ренти рухомого майна, а також зареєструвати договір у випадку передачі під виплату ренти нерухомого майна. Тільки при наявності певної сукупності всіх вище перелічених дій можна говорити, що сторони уклали договір ренти. Здійснення останньої із цих дій і є моментом укладення договору ренти [15, 126].

Тіж самі міркування, на нашу думку, можуть застосовуватися і щодо договору довічного утримання (догляду), що ще раз підтверджує його схожість на договір ренти.

З цього приводу існує і інша точка зору, а саме, беручи до уваги зміст ст. ст. 638, 640 ЦК України, всі договори, що підлягають нотаріальному посвідченню та/або державній реєстрації, є консенсуальними, оскільки факту

передання майна чи вчинення іншої дії не надається жодного правового значення. Але такий підхід позбавлений логіки. Якщо на підтвердження факту укладення договору майно передається за договорами, що не підлягають нотаріальному посвідченню та/або державній реєстрації, то такі договори є реальними. Якщо ж є пряма вказівка про необхідність нотаріального посвідчення та/або державної реєстрації, договір може бути лише консенсуальним.

Виходячи з цього, на думку О. Яворської, характер договору не може ставитися в залежність від його форми.

Окрім цього, вона зазначає, що норми ст. 640 (про момент укладення договору) та ст. 334 (щодо моменту набуття права власності за договором) ЦК України є нормами загальної дії та застосовуються, якщо інше не встановлено спеціальними нормами [16, 74]. Нормативна вказівка у дефініціях договору ренти і довічного утримання, на нашу думку, на «передає», а не «зобов'язується передати» і є тим спеціальним правилом, що підлягає застосуванню. Навіть після нотаріального посвідчення та державної реєстрації договору без передання майна не можна стверджувати, що договір є укладеним і відповідно спонукати отримувача ренти чи відчужувача за договором довічного утримання до такого передання. Адже законодавець в імперативній формі визначає — отримувач ренти, відчужувач «передає».

Усвідомлюючи можливість контраргументів, що згідно з запропонованим підходом применшується значення нотаріального посвідчення чи державної реєстрації договору, оскільки він ще не укладений, бо не відбулося передання майна, слід зазначити:

- реальний договір у цивільному праві — це скоріше виняток із загального правила;
- інтереси особи повинні мати безумовний пріоритет над формальними процедурами, навіть якщо такі встановлюються для забезпечення таких інтересів;
- нотаріальне посвідчення та державна реєстрація, окрім інших функцій, є публічним засвідченням наміру сторін, тільки наміру. Тому їх значення аж ніяк не применшується, якщо, окрім формальних процедур, намір має бути підтверджений ще й реальною дією за рахунок передання власного майна чи інших особистих зусиль. Ні нотаріальне посвідчення, ні державна реєстрація не є гарантією виконання взятих на себе зобов'язань.

Аналізовані законодавчі підходи та практика застосування свідчать про існування проблеми неузгодженості моментів нотаріального посвідчення та/або державної реєстрації договору з моментом передання майна. А в контексті аналізу норм ст. 334 ЦК України — проблеми неузгодженості моментів набуття права власності та передання майна за договорами, які підлягають нотаріальному посвідченню та/або державній реєстрації. Безумовно, законодавча невизначеність цих моментів впливає передусім на чіткість відносин сторін у договорах, які конструюються як реальні [16, 74–75].

Тому обидва з зазначених міркувань про момент укладення рентних договорів, а саме одного з них — договору ренти, мають право на життя, так як їх автори розглядають зазначене питання, використовуючи різні підходи.

З цього приводу необхідно відмітити існування декількох точок зору, які ми вважаємо достатньо вдалими. Перша з них належить В. В. Новікової, яка зазначає, що можна було б змінити конструкцію договору ренти і зробити його консенсуальним і взаємним: «За договором ренти одна сторона (одержувач ренти) зобов'язується передати іншій стороні (платникові ренти) у власність майно, а платник ренти зобов'язується в обмін на отримане майно періодично виплачувати одержувачеві ренту у вигляді певної грошової суми або надання засобів на його утримання в іншій формі» [17, 213–218].

Вказану точку зору В. В. Новікової частково підтримує і М. Ткалич, який наголошує, що існування реальної конструкції договору ренти є виправданим тільки у разі передання рухомого або нерухомого майна безоплатно [18, 55].

У цьому випадку, як вважає М. Брагінський, одержувач ренти виступає «заздалегідь більш слабкою стороною і потребує підвищеного ступеня правової охорони» [6, 637].

Підтримує таку точку зору і О. Маркова, яка стверджує: «Якщо одержувач ренти відмовиться від фактичного передання майна після підписання договору, це означатиме, що договір не укладено. Якщо майно підлягає безоплатному переданню, то інтереси платника ренти не дуже постраждають, оскільки він ще не вклав власні кошти, а тільки розраховував на набуття цього майна» [1, 84].

Таким чином, зазначає М. Ткалич, правова конструкція договору ренти у такому вигляді, в якому вона міститься у главі 56 ЦК України, є дуалістичною за своїм характером і може спричинити певні проблеми під час застосування її на практиці, а тому потребує удосконалення.

На його думку, у ст. 731 ЦК України теж доцільно було б передбачити консенсуальну конструкцію договору ренти, а тому він пропонує ч. 1 цієї статті викласти у такій редакції: «За договором ренти одна сторона (одержувач ренти) зобов'язується передати іншій стороні (платникові ренти) у власність майно, а платник ренти взамін цього зобов'язується періодично виплачувати одержувачеві ренту у формі певної грошової суми або в іншій формі». З його точки зору, у цьому випадку, зокрема, відсилання до договорів купівлі-продажу та дарування буде правомірним і не суперечитиме юридичній природі договору ренти [18, 55].

Підсумовуючи, наведемо слова А. Мамаєва, який коментує дуалістичний характер конструкції договору ренти таким чином: «Можливо, вихід із ситуації, що склалася, дасть практика правозастосування. Але доцільніше все ж усунути ту суперечність на законодавчому рівні. Це особливо важливо у зв'язку з тим, що зазначена проблема має не тільки теоретичне, а й практичне значення. Договір ренти є новим інститутом цивільного права і для успішного становлення даного інституту необхідно висвободити його від прогалин та суперечностей» [14, 18].

Треба додати, що такі ж запропоновані вище зміни можуть бути застосовані і щодо договору довічного утримання (догляду), незважаючи на те, що існує думка про те, що його реальна конструкція більш захищає набувача. З нашої



точки зору, так як рентні договори підлягають нотаріальному посвідченню, а у разі передання нерухомого майна ще й державній реєстрації, цього достатньо для гарантування виконання обов'язків та захисту прав сторін у майбутньому.

### Література

1. Маркова О. А. Договор ренты в российском гражданском праве : дис. ... канд. юрид. наук / О. А. Маркова. — М. : РГБ, 2003 — 176 с.
2. Эйсмонт О. Неуловимая рента // Эксперт. — 2004. — № 10. — С. 79–81.
3. Гражданское право : учебник. Ч. II / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М., 1988. — 546 с.
4. Цыбуленко З. И. Рента и пожизненное содержание с иждивением // Российская юстиция. — 1998 — № 7. — С. 41–45.
5. Ем В. С. Договор ренты // Законодательство. — 1999. — № 5. — С. 12–15.
6. Брагинский М. И. Договорное право. Кн. 2. Договоры о передаче имущества / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. — М. : Статут, 2000. — 800 с.
7. Советское гражданское право. Ч. II / под ред. В. Ф. Маслова, А. А. Пушкина. — 2-е изд., перераб. и доп. — К. : Вища шк., 1983. — 503 с.
8. Советское гражданское право : учебник. Т. 2 / под ред. О. А. Красавчикова. — 3-е изд., испр. и доп. — М. : Высш. шк., 1985. — 544 с.
9. Иоффе О. С. Обязательственное право / О. С. Иоффе. — М. : Юрид. лит., 1975. — 880 с.
10. Гражданское право. Т. II / под ред. П. Е. Орловского, С. М. Корнеева. — М. : Юрид. лит., 1970. — 576 с.
11. Мейер Д. И. Российское гражданское право / Д. И. Мейер. — СПб., 1897. — 542 с.
12. Иоффе О. С. Обязательственное право / О. С. Иоффе. — М., 1975. — 549 с.
13. Нedorезов В. С. Рентные отношения в гражданском праве // Право и государство: теория и практика. — 2007. — № 5. — С. 60–67.
14. Мамаев А. Протекторность конструкции договора ренты // Российская юстиция. — 1999. — № 9. — С. 17–21.
15. Апанасюк М. П. Момент укладения договору ренти // Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2005. — № 4. — С. 119–124.
16. Яворська О. Особливості передавання майна у власність за договорами ренти // Підприємництво, господарство і право. — 2008. — № 9. — С. 72–76.
17. Новікова В. В. Передача майна за договором ренти за плату та безплатно: визначення понять // Вісник господарського судочинства. — 2006. — № 2. — С. 213–218.
18. Ткалич М. Проблемні аспекти законодавчої конструкції договору ренти // Підприємництво, господарство, право. — 2005. — № 6. — С. 53–55.

### Анотація

**Озернюк Г. В. Порядок укладення рентних договорів. — Стаття.**

Стаття присвячена дослідженню порядку укладення рентних договорів, зокрема моменту укладення рентного договору. Вивчаються точки зору щодо консенсуального та реального характеру рентних договорів.

*Ключові слова:* рентний договір, порядок укладення рентного договору, консенсуальний та реальний характер рентного договору.

### Аннотация

**Озернюк Г. В. Порядок заключения рентных договоров. — Статья.**

Статья посвящена исследованию порядка заключения рентных договоров, в частности момента заключения рентного договора. Изучаются точки зрения относительно консенсуального и реального характера рентных договоров.

*Ключевые слова:* рентный договор, порядок заключения рентного договора, консенсуальный и реальный характер рентного договора.

### Summary

*Ozernuk H. V. Procedure of Conclusion of Rental Contract. — Article.*

The article is devoted to procedure of conclusion of rental contract, in particular the moment of conclusion of rental contract. Research the points of view in relation to consensual and real nature of rental contracts.

*Keywords:* rental contract, procedure of conclusion of rental contract, consensual and real nature of rental contracts.

УДК 351.824.11

*А. В. Сербова*

### ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ПОСТАВКИ ПРИРОДНОГО ГАЗА ПОТРЕБИТЕЛЮ — ГРАЖДАНИНУ

Природный газ в настоящее время является одним из основных источников, обеспечивающих потребности человечества в энергии, что оказывает большое влияние на бытие человека. В перспективе значение газового комплекса в мировой экономике будет возрастать, как и будет возрастать его влияние на происходящие социальные явления. Согласно расчетам Международного энергетического агентства, потребление природного газа на европейском энергетическом рынке к 2020 году может возрасти почти до 70% по сравнению с 2000 годом.

С провозглашением независимости Украины вопрос об ее энергообеспечении становится все актуальнее и в первую очередь потому, что энергопотребление в Украине постоянно возрастает, а вопрос об снижении энергоемкости производства практически не решается, а отсутствие государственной программы реконструкции производственных мощностей предприятий народнохозяйственного комплекса, в том числе и жилищно-коммунальной сферы еще больше усугубляет положение Украины.

Актуальность темы статьи состоит в том, что рыночные преобразования в Украине выявили ряд проблемных вопросов в части регулирования отношений по энергообеспечению потребителей, в том числе и природным газом. Несовершенство действующего законодательства, отсутствие полноценного рынка природного газа снижают инвестиционную привлекательность газовой отрасли Украины, которой сегодня необходимы капитальные вложения не только в реконструкцию существующих мощностей, обеспечивающих добычу и транспортировку природного газа, но и в разведку и разработку новых месторождений. Все эти указанные недостатки в совокупности сказываются на газообеспечении потребителей, как предприятий, так и граждан.

Вопросам исследования проблемы газоснабжения посвящены работы зарубежных и отечественных ученых Л. И. Абалкина, А. Г. Аганбегяна, О. Т. Богомолова, В. В. Бушуева, А. А. Зарнадзе, В. А. Крюкова, Х. Ламперта, Д. С. Леонова, Д. С. Львова, А. Е. Конторовича, Кузовкина.

Социальные преобразования в Украине, как и в других государствах, включают в себя создание комфортных условий проживания граждан, что есть неотъемлемой частью обеспечения бытия человека — гражданина, прямо определено Конституцией Украины. Снабжение природным газом бытового потребителя является неотъемлемой частью создания таких условий, трудно представить себе современное жилище без голубого топлива. Очевидно, что при такой значимости газоснабжения для населения правовое регулирование в этой сфере должно быть четким и понятным.

Действующее законодательство, регулирующее снабжение бытового потребителя природным газом страдает пробелами и неоднозначными формулировками, толкование которых осуществляется по-разному. Некоторые действующие нормативно-правовые акты, принятые Верховной Радой и органами государственной исполнительной власти, сводятся лишь к закреплению прав и обязанностей участников данных правоотношений, а некоторые настолько запутаны и двусмысленны, что порой в них трудно разобраться даже опытному юристу.

В 2004 году в Украине был принят Закон «О жилищно-коммунальных услугах» (далее — Закон) и в соответствии со ст. 13 Закона к коммунальным услугам относится газоснабжение населения. Согласно Закону отношения между потребителем и поставщиком (исполнителем) коммунальной услуги строятся исключительно на договорной основе и причем п. 3 ст. 20 Закона указывает на то, что этот договор должен быть только типовым. Вновь принятый Закон Украины «Об основах функционирования рынка природного газа» в ст. 12 указывает, что поставка природного газа осуществляется в соответствии с договором, по которому поставщик обязуется поставить потребителю газ, качественные характеристики которого определены стандартами, в объеме и порядке, предусмотренном договором, а потребитель обязуется оплачивать принятый природный газ. Обязательные условия договора между гарантированным поставщиком и потребителем природного газа по регулируемому тарифу устанавливаются в типовом договоре о поставках природного газа. Реализация природного газа для удовлетворения потребностей населения в соответствии с п. 5 ст. 10 Закона Украины «Об основах функционирования рынка природного газа» осуществляется гарантированными поставщиками по розничным ценам, установленным Национальной комиссией регулирования электроэнергетики Украины.

Тоже п. 4 Правил предоставления населению услуг по газоснабжению предусматривается, что услуги по газоснабжению предоставляются потребителю на основании заключаемого им договора в соответствии с типовым договором, утвержденным в установленном порядке.

В Постановлении КМУ от 27 декабря 2001 г. № 1729 «Об обеспечении потребителей природным газом» п. 10 указывается, что в случае поставки природного газа населению потребители заключают с газотранспортными и газодобывающими предприятиями НАК «Нефтегаз Украина» и субъектами хозяйствования, имеющими лицензию на распределение природного и нефтяного газа, договоры на транспортировку природного газа.

Анализируя положения Закона «О жилищно-коммунальных услугах», Постановление КМУ «Об обеспечении потребителей природным газом» и Правила предоставления населению услуг по газоснабжению, нетрудно прийти к следующим выводам:

В отношениях между потребителем природного газа и поставщиком появилось новое лицо — исполнитель коммунальной услуги — посредник. Его присутствие, по Закону и по Правилам, обязательно, так как оказание услуг газоснабжения, как и некоторых других видов, предусматривает наличие у потребителей присоединенных сетей, которые необходимо обслуживать и поддерживать в технически исправном состоянии. А в соответствии с п. 3.4 Положения о техническом обслуживании внутридомовых систем газоснабжения жилых домов, общественных зданий, предприятий бытового и коммунального назначения от 30.07.1997 г. техническое обслуживание газопроводов и газового оборудования жилых домов и общественных зданий, предприятий бытового и коммунального назначения в населенных пунктах Украины осуществляется субъектами предпринимательства, имеющими лицензию на право осуществления такой деятельности. При этом субъект предпринимательства оказывает эти услуги на основании договора, заключенного с собственниками внутридомовых газовых сетей, и за их счет.

В договоре должны быть определены взаимные обязательства собственника и субъекта предпринимательства по безопасности внутридомовых сетей газоснабжения (ВДСГ), порядок их технического обслуживания, ответственность за соблюдение условий договора согласно действующему законодательству, в том числе за качественное и своевременное проведение технического обслуживания ВДСГ, а также ответственность за убытки, причиненные собственнику в результате несчастных случаев или аварий, вызванных ненадлежащим обслуживанием систем газоснабжения и газовых приборов.

Для определения существенно-значимых условий договора снабжения потребителей природным газом проанализируем условия типового договора о предоставлении населению услуг по газоснабжению, утвержденного постановлением КМУ от 05.07.2006 г.

В соответствии с п. 1 Типового договора исполнитель обязуется непрерывно осуществлять поставку потребителю, членам его семьи и другим лицам, зарегистрированным в квартире, частном доме, природный или сжиженный газ от групповых резервуарных установок для бытовых нужд с гарантированным уровнем надежности, безопасности, качества и величиной давления, а потребитель обязуется своевременно оплачивать предоставленные услуги по установленным тарифам (ценам). А также исполнитель обязуется оказывать услуги технического обслуживания и ремонта внутридомовых систем газоснабжения и дворовых газопроводов.

Анализируя п. 1 Типового договора, очевидно, что исполнитель должен поставлять природный газ соответствующего качества и давления, само качество и давление в договоре не прописано, хотя в Законе Украины «Об основах функционирования рынка природного газа» указывается, что до момента заклю-

чения договора потребитель имеет право потребовать у исполнителя предоставить качественные показатели природного и другого газа. Пункт 10 Типового договора указывает, что проверка величины давления и качественных показателей газа осуществляется исполнителем на основании заявления потребителя. То есть постоянный контроль потребителем качества и давления природного газа не осуществляется в связи с отсутствием у него измерительных приборов, к тому же потребителю неизвестны предельно допустимые нормы давления газа. Так в 2010 году в зимний период в газопроводах постоянно удерживалось низкое давление газа, что ощущали бытовые потребители при приготовлении и подогреве пищи, воды. Таким образом, следует отметить, что при снижении давления в газопроводах потребитель, который оплачивает услугу исходя из нормы потребления на человека, фактически оплачивает природный газ, который он не потребил.

Следующим камнем преткновения в отношениях между исполнителем и потребителем является вопрос о предоставлении услуги технического обслуживания и ремонта внутридомовых систем газоснабжения и дворовых газопроводов. Во-первых, это связано с тем, что в соответствии с Законом Украины «О жилищно-коммунальных услугах» жилищно-коммунальные услуги оказываются через посредника управляющего многоквартирным домом. Она же состоит в договорных отношениях с предприятием, имеющим лицензию на право обслуживания газовых систем и оборудования, потребители же состоят в договорных отношениях с управляющей компанией и оплачивают ей за техническое обслуживание газовых сетей и оборудования. А вот управляющая компания не всегда способна своевременно оплатить услуги технического обслуживания и ремонта, что представляет большие неудобства потребителям, особенно с принятием Закона Украины «Об основах функционирования рынка природного газа» и нового Жилищного кодекса. В такой ситуации возникают вопросы: в состоянии ли частные управляющие компании выполнять функции посредника в газоснабжении и каковы гарантии защиты интересов граждан.

Исходя из положения Жилищного кодекса обслуживание внутридомового газового оборудования (ВДГО) должно осуществляться за счет квартирной платы, в которую включается ремонт и содержание жилого помещения. Согласно Правилам газораспределительная (газоснабжающая) организация должна присоединить сети потребителя к своим сетям при условии, если они технически готовы и находятся в исправном состоянии. Внутриквартирное оборудование и приборы, исходя из положения Закона Украины «О жилищно-коммунальных услугах», должно подключать жилищно-коммунальное предприятие, управляющая компания. Поэтому газораспределительные (газоснабжающие) предприятия согласно тех же Правил могут отказаться от обслуживания внутриквартирного, домового оборудования (газовые плиты, газовые колонки) без договора с потребителем или управляющей компанией.

В настоящий момент, несмотря на наличие подзаконных актов, регулирующих порядок контроля за деятельностью газоснабжающих, газораспределительных компаний, со стороны государства фактически отсутствует должный

контроль за діяльністю компаній, організацій, оказуючих услуги ремонту и технического обслуживания внутридомовых, внутриквартальных газовых сетей и оборудования. А жилищно-коммунальные предприятия, на которых возложен в том числе и контроль за техническим состоянием газового оборудования, в силу того, что на них возложен достаточно широкий круг обязанностей, не в состоянии осуществлять контроль.

Не ведется контроль со стороны эксплуатирующих предприятий и за соблюдением гражданами правил пользования газом в быту. По данным газораспределительных компаний и выступлений глав местных администраций, изношенность домового газового оборудования почти повсеместно достигла критической отметки, в связи с этим участились случаи взрывов и пожаров в многоквартирных домах.

На мой взгляд, вновь принятый Закон Украины «Об основах функционирования рынка природного газа» изменит отношение государства и органов государственного контроля за использованием газа и техническим состоянием газовых сетей и оборудования.

Так в соответствии со ст. 5 Закона четко обозначены государственные органы, которые обязаны осуществлять государственный надзор (контроль) в сфере функционирования рынка природного газа. Определено, что включает в себя государственный надзор и контроль, в частности:

1. Соблюдение субъектами хозяйствования, осуществляющими лицензируемую деятельность на рынке природного газа, лицензионных условий в соответствии с Порядком контроля за соблюдением лицензионных условий, утвержденным Национальной комиссией регулирования электроэнергетики Украины.

2. Соблюдение установленных Национальной комиссией регулирования электроэнергетики Украины тарифов (и их структуры) на транспортировку природного и нефтяного газа магистральными трубопроводами, хранение природного газа, распределение и поставки природного, нефтяного газа и газа (метана) угольных месторождений.

В то же время следует отметить, что в Законе не нашли отражения, на наш взгляд, очень важные моменты: связанные с установлением эффективных, понятных и прозрачных требований к специализированной организации по обслуживанию внутридомовых газовых сетей и оборудования. А так же, на мой взгляд, в Законе необходимо было установить технический регламент по техобслуживанию и ремонту внутридомовых газовых сетей и оборудования.

### *Литература*

1. Конституція України. — Х. : Одіссей, 2003. — 56 с.
2. Цивільний кодекс України : коментар. — Х. : Одіссей, 2003. — 832 с.
3. Закон України «Про захист прав споживачів» від 12 травня 1991 р. ( у редакції Закону № 3161-IV від 1 грудня 2005 р.
4. Закон України «Про житлово-комунальні послуги» // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 47. — Ст. 514.
5. Закон України «Про засади функціонування ринку природного газу» [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [www.rada.gov.ua](http://www.rada.gov.ua).

6. Постанова КМУ від 27 грудня 2001 р. № 1729 «Про забезпечення споживачів природним газом».

#### Анотація

*Сербова А. В. Правове регулювання поставки природного газу споживачу — громадянину. — Стаття.*

Стаття присвячена питанню регулювання відносин, що виникають при постачанні природного газу побутовому споживачеві. А так само питань здійснення нагляду і контролю при газопостачанні споживачів з боку виконавця (постачальника), державних органів.

*Ключові слова:* споживач, виконавець, газорозподільне підприємство, постачання, газопостачання, внутрішньобудинкові газові мережі.

#### Аннотация

*Сербова А. В. Правовое регулирование поставки природного газа потребителю — гражданину. — Статья.*

Статья посвящена вопросу регулирования отношений, возникающих при поставках природного газа бытовому потребителю. А также вопросам осуществления надзора и контроля при газоснабжении потребителей со стороны исполнителя (поставщика), государственных органов.

*Ключевые слова:* потребитель, исполнитель, газораспределительное предприятие, поставка, газоснабжение, внутридомовые газовые сети.

#### Summary

*Serbova A. V. Legal Regulation of Supply of Natural Gas to Consumer — a Citizen. — Article.*

This article is devoted to the regulation of relations arising from the supply of natural gas to domestic consumers. As well as the implementation of surveillance and control in the gas supply to consumers by the executive (the supplier), as well as government agencies.

*Keywords:* consumer, performer, gas distribution company, delivery, gas, gas in-house network.

УДК 347.764:368.19:7

*В. О. Токарева*

#### СУБ'ЄКТИ ПРАВОВІДНОСИН СТРАХУВАННЯ ТВОРІВ МИСТЕЦТВА, ПРЕДМЕТІВ КОЛЕКЦІОНУВАННЯ ТА АНТИКВАРІАТУ

За визначенням одного із світових лідерів страхування творів мистецтва, предметів колекціонування та антикваріату, страхової компанії АКСА, саме страхування є тим основним інструментом, що дозволяє ринку страхування мистецтва та антикваріату процвітати. Враховуючи, що даний вид страхування є новим, однак досить розвинутим, у діяльності зарубіжних страховиків привертають увагу суб'єкти правовідносин страхування творів мистецтва, предметів колекціонування та антикваріату.

Стан дослідження. Проблемам страхування взагалі присвячені праці В. Д. Базилевича, М. І. Брагінського, О. О. Веретенова, П. П. Віноградова, О. М. Гендзехадзе, К. О. Граве, С. В. Дедікова, О. М. Залетова, Т. С. Март'янової, В. К. Райхера, В. І. Серебровського, В. М. Томіліна, К. Є. Турбіної, В. П. Федорова, Ю. Б. Фогельсона, А. І. Худякова та ін. Однак у зв'язку з тим, що

страхування творів мистецтва, предметів колекціонування та антикваріату є зовсім новим в Україні, та відсутністю наукових публікацій у роботі використані дослідження російських авторів та практичний досвід зарубіжних страхових компаній.

Суб'єкти страхових правовідносин поділяють на дві групи. В першу групу суб'єктів (їх ще називають сторонами страхового правовідношення та сторонами договору страхування) входять страховик та страхувальник. До другої групи суб'єктів відносять вигодонабувача та застрахану особу [1].

В літературі питання про суб'єкти страхових правовідносин є спірним, не всі вчені погоджуються з подібним розмежуванням. Так А. І. Худяков вважає, що вигодонабувач та застрахована особа не є суб'єктами страхових правовідносин, та відносить їх до учасників страхових відносин [2]. Щодо самого поняття суб'єктів страхових правовідносин мають місце різноманітні точки зору.

Безпосередньо сторонами договору страхування є страхувальник та страховик, тому розглянемо дані категорії детальніше.

Згідно із ст. 984 Цивільного кодексу України страховиком (*the insurer*) є юридична особа, яка спеціально створена для здійснення страхової діяльності та одержала у встановленому порядку ліцензію на здійснення страхової діяльності. Вимоги, яким повинні відповідати страховики, порядок ліцензування їх діяльності та здійснення державного нагляду за страховою діяльністю встановлюються законом.

В Україні на страхуванні творів мистецтва, предметів колекціонування та антикваріату спеціалізується тільки компанія «МД Гарант». Проте, клієнти, що застрахували культурні цінності, є й у СК НАСК «Оранта», «РЗУ Україна», «ІНГО Україна», «РОСНО Україна», «Європейський страховий альянс», «Провідна» і ТАСС [3].

У світі є цілий ряд компаній, що здійснюють страхування творів мистецтва, предметів колекціонування та антикваріату. Вартість полісів відрізняється від компанії до компанії. Прикладами деяких з них є Група страхових компаній Чубб (Chubb Group of Insurance Companies), Взаємна Атлантична (Atlantic Mutual), Страхова корпорація АКСА (AXA Art Insurance Corporation), Американська міжнародна група (American International Group, AIG), Хіскокс (Hiscox) та інші [4].

Страхова корпорація АКСА відрізняє себе як єдину компанію у світі, діяльність якої зосереджена виключно на наданні послуг у сфері страхування предметів та колекцій мистецтва та антикваріату. Коріння компанії сходять до компанії Нордстерн Страхування (Nordstern Insurance), що була створена в Європі 1866 р. У 1979 р. компанія почала свою діяльність у Сполучених Штатах [5]. Сьогодні страховик має ліцензію на здійснення діяльності у всіх 50 штатах [6]. Досвід компанії безпосередньо у галузі страхування творів мистецтва, предметів колекціонування та антикваріату сягає сорока років. У компанії працює 50 штатних мистецтвознавців по всьому світу, у її складі — розгалужена мережа фахівців, кураторів, оцінювачів, наладчиків, консерваторів, податкових юристів і експедиторів, що спеціалізуються в галузі мистецтва та



колекціонування у світі. АХА обслуговує всіх клієнтів: від початуючого колекціонера до найбільш авторитетних колекціонерів.

Якщо страхова компанія розуміє свій бізнес як щось більше, ніж просто отримання страхових внесків та врегулювання збитків, що наступили, то вона може стати в нагоді музеям і в цьому випадку. Можна взяти приклад з французького представництва Страхової корпорації АКСА, одного з провідних гравців у сегменті страхування культурних цінностей у Європі. Кілька років тому АКСА об'єднала зусилля з консалтинговою компанією Global Risk Partners з метою створення сучасної системи оцінки ризиків для безпеки та експлуатації сховищ культурних цінностей. Наприкінці 2006 року компанія запустила «Програму охорони музеїв» і на її основі здійснила перевірку вже в 150 музеях світу.

Компанія Хіскокс є одним із лідерів страхування творів мистецтва в Європі та її назва давно асоціюється з ринком сучасного мистецтва. Завдяки своєму керівникові Роберту Хіскоксу (Robert Hiscox) компанія володіє значною колекцією, до якої входять роботи більше 50 художників, серед них — Демієн Херст, Річард Біллінгхем, Марк Куїнн, Мет Коллішоу, Кейт Ковентрі Грегорі Крюдсон, Марк Воллінгера і Сесілі Браун. Роботи з цієї колекції можна побачити в офісах компанії по всьому світу. Зібрання постійно поповнюється.

Компанія Хіскокс широко відома у світі мистецтва завдяки своїм проектам у цій галузі мистецтва (Hiscox Art Projects). Один з них — створення виставкового залу в кафе лондонського офісу Хіскокс, де твори з колекції компанії може побачити будь-який бажаючий [7].

Лідери страхування предметів мистецтва широко відомі у світі завдяки своїй меценатській та спонсорській діяльності, співпраці з найпрестижнішими музеями світу, передовим науково-дослідницьким проектам у сфері збереження культури та мистецтва. Наприклад, страхова корпорація АКСА здійснює активну підтримку художньої спільноти шляхом надання різних ініціатив та грантів, компанією щорічно з 2000 року здійснюється надання грантів у підтримку нових художників (AXA ARTist Grant).

Враховуючи викладене, для зарубіжних страховиків страхування творів мистецтв, предметів колекціонування та антикваріату є не лише прибутком, але й пристрастю.

В РФ ситуація щодо страхування творів мистецтва та предметів колекціонування склалася наступним чином. В 2000 році Міністерством культури було видано закритий наказ, який визначив учасників генерального полісу зі страхування російських виїзних виставок: «Індержстрах», «Індержстрах-Росія», «Індержстрах-Санкт-Петербург», «Ост-Вест-Альянс», «Ресо-Гарантія» та Транснаціональна страхова компанія. Відкритого тендера не проводилося. Згідно з капітальним полісом саме цим компаніям надавалося право на страхування всіх, що вивозяться за кордон, культурних цінностей, які перебувають у федеральній власності. Лідером в пулі став «Індержстрах», з налагодженими зв'язками з американським страховим брокером Марш (Marsh), що і був ініціатором створення цього пулу.

Перестраховання 90 % ризиків компаніями здійснювалося на ринку Ллойдс (Lloyd's of London) через страхового брокера «Марш» (MARSH Ltd. і ЗАТ «Марш — страхові брокери») [8]. Зауважимо Міністерство з антимонопольної політики та підтримки підприємництва РФ (МАП РФ) скасувало наказ Мінкультури. Мінкультури звинуватили в створенні умов, які перешкоджають діяльності інших страхових брокерів, тобто визнали порушення закону «Про захист конкуренції на ринку фінансових послуг». Разом з цим практика не змінилася та договори страхування виїзних виставок, за звичкою, укладаються із зазначеними страховиками.

Страхувальником (the insured) визнаються юридичні особи та дієздатні фізичні особи, які уклали із страховиками договори страхування або є страхувальниками відповідно до законодавства (ст. 3 ЗУ «Про страхування»).

Можливість юридичних осіб виступати в якості страхувальників визначається правоздатністю, що виникає в момент їх створення. Фізичні особи повинні бути повністю дієздатними. Дієздатність фізичної особи визначається також «правочиноздатністю», під якою слід розуміти не тільки здатність укласти угоду, але й здатність нести всі права та обов'язки, обумовлені такою угодою. Крім обов'язку із внесення страхової премії, страхувальник пов'язаний обов'язком особливого ставлення до об'єкта страхової охорони (прояв піклування, обачності і т. ін.), що передбачає певну усвідомленість дій, які здійснюються ним. Крім того, при настанні страхового випадку страхувальник зобов'язаний повідомити про це страховика (п. 5 ст. 21 ЗУ «Про страхування»), вживати розумних та доступних заходів щодо запобігання та зменшення збитків (п. 4 ст. 21 Закону), у разі необхідності вступити в процесуальні відносини з відповідними органами та ін. Усі ці обов'язки можуть бути виконані тільки при певному рівні усвідомленості страхувальником дій, які вчинюються ним. У зв'язку з цим неповнолітні віком від 14 до 18 років (крім осіб, які вступили в шлюб до досягнення повноліття), хоч і можуть розпоряджатися своїм доходом відповідно до ст. 32 ЦК України, але не мають права бути страхувальником, навіть якщо вони є власниками транспортних засобів.

Слід наголосити, що страхувальниками можуть бути не тільки громадяни України, але й іноземні громадяни та особи без громадянства, тому здається доцільним внесення змін до ст. 3 ЗУ «Про страхування» та визначити даних осіб «дієздатними фізичними особами».

Необхідно зазначити, що особа, яка виявила намір забезпечити свій майновий інтерес страхуванням, повинна володіти страховим інтересом. Так дана вимога не міститься в понятті страхувальника, яке міститься в статті 3 Закону України «Про страхування» та ст. 984 ЦК України, що вимагає внесення відповідних доповнень та тлумачення поняття страхувальників як юридичних та дієздатних фізичних осіб, які володіють страховим інтересом щодо об'єкта страхової охорони і уклали із страховиками договори страхування або є страхувальниками відповідно до законодавства України.

На думку Р. Ріда, страхового андеррайтера лондонського синдикату Ллойдс,

учасники ринку культурних цінностей підрозділяються на музеї, корпорації, комерційний сектор і приватних колекціонерів.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про музеї та музейну справу» музеї — це культурно-освітні та науково-дослідні заклади, призначені для вивчення, збереження та використання пам'яток природи, матеріальної і духовної культури, долучення громадян до надбань національної і світової історико-культурної спадщини. Основними напрямками музейної діяльності є культурно-освітня, науково-дослідна діяльність, комплектування музейних зібрань, експозиційна, фондова, видавнича, реставраційна, пам'яткоохоронна робота. Музеї є юридичними особами, крім тих, що створюються і діють при підприємствах, установах, організаціях, навчальних закладах.

Традиційно найбільшим власником творів мистецтва та антикваріату в Україні та Росії є держава в особі державних музеїв.

Перспективи страхування колекцій держави, з точки зору страховиків, на даний час виглядають досить примарними. Предмети мистецтва, що знаходяться в державних музейних колекціях, до сих пір не застраховані, та, судячи по нинішньому стану державного фінансування музейного господарства, сподіватися на які-небудь зміни найближчим часом не доводиться. У зв'язку з чим складається ситуація, коли найбільший власник творів мистецтва обходиться без поліса та страхового захисту [2].

З огляду на те, що до бюджетів музеїв витрати на страхування не закладені, музеї звертаються до страховиків, як правило, у разі вивезення за межі музею своїх експонатів на час проведення виставок відповідно до вимог ст. 23 Закону України «Про музеї та музейну справу». Відповідно до ст. 23 Закону України «Про музеї та музейну справу» від 29 червня 1995 р. № 249/95 пам'ятки Музейного фонду України, що тимчасово вивозяться за межі України для експонування на виставках або для реставрації, підлягають обов'язковому страхуванню. Порядок встановлення їх оціночної та страхової вартості визначають Міністерство культури і мистецтв України і Міністерство фінансів України.

У цьому випадку необхідний страховий поліс від усіх ризиків за формулою «від цвяха до цвяха», тобто договір страхування покриває як стандартні майнові ризики, так і всі ризики, пов'язані з транспортуванням творів мистецтва з місць зберігання на виставку, включаючи упакування / розпакування, монтаж / демонтаж.

Щодо досвіду забезпечення страхового захисту предметів мистецтва при їх вивезенні на виставки та масштабів її організації, то вітчизняним страховикам слід повчитися в європейських страхових компаній. Наприклад, музей Леопольда у Відні нещодавно організував виставку 2800 творів мистецтва Чехії, завдяки якій австрійці протягом півроку могли знайомитися з усіма історичними періодами існування цієї держави і їх відображенням в живописі і скульптурі усіх стилів — від бароко до постмодернізму.

Унікальний страховий поліс було підписано у 2008 році між Бібліотекою Ватикану та італійською страховою групою Generali. Страховою компанією було взято на себе зобов'язання забезпечити захист стародавніх манускриптів,

гравюр, книг і монет при їх переміщенні по Італії або за кордон. Але крім цього, страховиком за умовами договору була забезпечена своїм фахівцям цікава робота в архівах бібліотеки. Відповідно до умов полісу передбачена превентивна каталогізація творів мистецтва, тобто експертам страховика належало оглянути об'єкти, прийняти на страхування, для кожного предмета визначити найбільш ймовірні ризики пошкодження та підібрати заздалегідь потрібний реставраційний центр, який міг би відреставрувати об'єкт при пошкодженні.

Так щодо ситуації, яка складається під час експонування предметів мистецтва з державних колекцій на тимчасових (виїзних) виставках, то страхування виїзних виставок вітчизняних музеїв (укладення договору страхування на умовах від цвяха до цвяха або від стіни до стіни є обов'язковим у світовій практиці) відсутніх доходів страховикам не приносить. У зв'язку з тим, що музеї вважають за краще страхуватися за рахунок приймаючої сторони, як зазначають страховики, «проблем з вивезенням експонатів за кордон немає. Все оплачує приймаюча сторона. Це абсолютно легітимно, тому так чинять усі українські музеї» [9].

Разом з цим стосовно страхування експонатів мистецтва в РФ зазначається, що незважаючи на те, що ринок страхування предметів, що мають художню цінність, існує вже багато років, але до цього часу основними клієнтами страхових компаній залишалися державні музеї та виставкові комплекси. Незважаючи на те, що російські музеї аж ніяк не числяться у постійних клієнтах страховиків — все частіше вдаються до їхніх послуг, коли особливо цінні експонати переміщуються на виставки [10].

Також зазначається протилежна точка зору, що страхувати експозиції у власних стінах або сховищах загалом не завжди є доцільним, кращим є організація надійної охорони цінних об'єктів.

Отже складається ситуація, коли державні музеї, які є найбільшими власниками предметів мистецтва та культури, просто не мають достатніх коштів для здійснення страхування і тому вдаються до послуг страхових компаній тільки під час зарубіжних виставок і під час перевезення експонатів [2]. Для державних музеїв, де зберігається основна частина культурного надбання, договір страхування поки не є предметом першої необхідності.

Крім музеїв, наступним суб'єктом праввідносин страхування, який має страховий інтерес у страхуванні предметів мистецтва, є власники приватних колекцій, кількість яких постійно зростає як у всьому світі, так і на просторах країн Східної Європи.

Щодо осіб, які поповнюють чисельну кількість власників багатомільйонних шедеврів, Р. Рід вважає: «Більшість нових колекціонерів — вихідці зі Східної Європи, найчастіше з Росії, а також з швидко розвиваючихся держав, як Індія, та країн Азії» [11].

Якщо для музеїв страхування творів мистецтва на періоди їх переміщення (транспортування) давно стало рутинною процедурою, пов'язаною із захистом економічних інтересів держави, і проводиться на обов'язковій основі, то колекціонери тільки поступово приходять до думки про те, що культурні цінності,

що складають істотну частину їх матеріального надбання, також слід захищати, аналогічно тому, як захищають майно іншого роду, бізнес і т. д. [12].

Перш ніж пересічна особа стане щасливим володарем страхового поліса такого унікального типу, необхідно буде проведення експертизи твору. У процесі страхування приватних колекцій найскладніше — здійснення оцінки автентичності та вартості твору. Можливо виникнення проблеми під час пере-страхування предмета, тому що західні компанії вимагають підвищених заходів безпеки об'єкта та опис «соціального портрета» клієнта. У цьому зв'язку слід визнати, що «наша дійсність така, що в непрацюючого громадянина у власності може перебувати колекція вартістю в кілька мільйонів доларів, і це насторожує іноземних партнерів». Втім, страховиками можуть прийматися чеки, офіційні експертизи тощо. Тому якщо твір придбаний цілком легально, то експертиза візьме до уваги всі офіційні документи, надані страхувальником. Але все одно суму відповідальності за даний предмет визначає страховик в індивідуальному порядку [13].

В той же час знаходяться страховики, що погоджуються на укладення договорів страхування творів мистецтва та предметів колекціонування, беручи до уваги ту вартість предмета, яку їм називає страхувальник, тобто взяту зі стелі (наприклад, фамільні коштовності, сімейний антикваріат, який є не стільки цінністю, скільки пам'яттю). У свою чергу страховою компанією підвищується розмір страхового платежу на 30–40 % [14].

Причин тому багато. По-перше, контролювати збереження цінностей і розслідувати страхові випадки в домашніх умовах значно складніше, ніж при музейному зберіганні. По-друге, в приватних клієнтів компанії апріорі бачать не надто сумлінних контрагентів або навіть страхових шахраїв, схильних до інсценування страхових випадків, наприклад, для того, щоб приховати втрату, пошкодження речі в результаті власної безпечності або легковажності домочадців. По-третє, для зберігання більшості культурних цінностей, професійного профілактичного догляду за ними, для охорони необхідні спеціальні умови, знання та навички, які можуть забезпечити далеко не всі колекціонери. А за відсутності належних умов зберігання твір мистецтва та антикваріату може постраждати: наприклад, при недотриманні температурно-вологого режиму може розшаруватися або потріскатися фарба на полотнах і т. д. Подібні причини і є перешкодою для страхування приватних художніх зборів як культурних цінностей (за відповідними правилами і договорами). У кращому випадку клієнтові запропонують страхування творів мистецтва як цінних об'єктів, але за звичайними умовами страхування домашнього майна. Причому для такого страхування характерна безліч застережень, що мінімізують відповідальність страховика, страхова премія буде максимальною [10].

Крім музеїв, галерей, корпорацій та приватних колекціонерів, зацікавлених в здійсненні страхування предметів мистецтва та колекцій, слід назвати безпосередньо особу автора твору, який має інтерес в страхуванні своїх робіт.

Приватні колекціонери вважають за краще не афішувати свої скарби. Що, втім, і не дивно: антикваріат, картини та інші цінності завжди були ласим

шматком для кримінальних елементів. Крім того, щоб застрахувати твір мистецтва, доведеться його «вивести з тіні», зареєструвати в Міністерстві культури та провести оцінку. У більшості випадків зробити це досить складно, враховуючи, що багато предметів були ввезені до країни нелегально і мають сумнівну історію [10].

Страховальниками за договором страхування творів мистецтва, предметів колекціонування та антикваріату можуть бути не тільки власники, але й інші особи (юридичні та фізичні), які несуть відповідальність за збереження майна — особи, яким цінності передаються для реставрації, демонстрації, показу, перевезення, на комісійний продаж і зберігання (галереї, музеї, транспортні компанії, ломбарди тощо).

Враховуючи викладене, необхідно відзначити, що незважаючи на те, що вітчизняний ринок страхування творів мистецтва, предметів колекціонування та антикваріату, що мають художню цінність, існує вже багато років, але до цих пір основними клієнтами страхових компаній залишаються державні виставкові комплекси та музеї, які все частіше вдаються до послуг страховиків, коли особливо цінні експонати переміщуються на виставки.

### Література

1. Смирных А. Г. Обязательство страхования в системе гражданско-правовых обязательств : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / А. Г. Смирных. — М., 2005. — С. 19.
2. Худяков А. И. Страхование право / А. И. Худяков. — СПб. 2004. — С. 248.
3. Василенко И. Искусство без страха // Экономика и финансы. — № 27 (124) [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.expert.ua/articles/9/0/4100/>
4. Durrani A. The Fine Art of Selecting Insurance Coverage for Fine Art and Collectibles // Fine Art Registry February 26, 2007 [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://www.fineartregistry.com/articles/durrani\\_anayat/fineart\\_insurance\\_coverage.php](http://www.fineartregistry.com/articles/durrani_anayat/fineart_insurance_coverage.php)
5. Pillsbury D. Fine arts coverage a must for the serious collector [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.roughnotes.com/rnmagazine/2001/august01/08p30.htm>
6. The World's Leading Insurer of Fine Art and Collectibles [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.aha-art-usa.com/Content.asp?IDAREA=5&TIPO=A&IDCONTENT=47&C=1>
7. Онучина Е. Рекордная прибыль компании, страхующей произведения искусства [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [www.artinvestment.ru](http://www.artinvestment.ru).
8. Полищук И. Полис для искусства // Время новостей. — 2004. — № 195. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.vremya.ru/2004/195/16/110620.html>.
9. Искусство требует жертв // Русский полис. — 2008 г. — № 8 [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.st-rez.ru/press-centre/digest/2008/08/18/1538/>, <http://www.insure.ru/ruspolis/1/3750>
10. Гайдаш Н. Искусное страхование // Ваши деньги. — 2004. — № 7 [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.ko.ru/document.php?id=9387>.
11. Кадыкова М. Оружие антиквариата. Коллекционеры начинают искать защиты у страховщиков 2008 [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.gzt.ru/wallet/2008/05/27/063007.html>, <http://kondor1941.ucoz.ru/publ/1-1-0-3>.
12. Правовые вопросы страхования предметов искусства // Страхование право. — 2005. — № 1. — С. 9–32.
13. Гура И. Страхование от необычных неприятностей // Власть денег. — 2007. — 19 дек. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://finance.bigmir.net/by/useful\\_articles/insurance/28084/](http://finance.bigmir.net/by/useful_articles/insurance/28084/)
14. Покидова Е. Арт страхование. Часть 1. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://artinvestment.ru/invest/law/20070628\\_1art\\_insurance.html#1](http://artinvestment.ru/invest/law/20070628_1art_insurance.html#1).

### Анотація

*Токарева В. О.* Суб'єкти правовідносин страхування творів мистецтва, предметів колекціонування та антикваріату. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду актуальних питань щодо особи страховика та страхувальника за договором страхування творів мистецтва, предметів колекціонування та антикваріату. Клієнти страхових компаній включають музеї, галереї, а також окремих дилерів та колекціонерів. Світові лідери страхування творів мистецтва, предметів колекціонування та антикваріату так само пристрасно ставляться до мистецтва, як їхні клієнти. Протягом багатьох років, страховики активно підтримують художню спільноту шляхом надання різних ініціатив і грантів у США і Європі.

*Ключові слова:* страхування творів мистецтва, предметів колекціонування та антикваріату; страховик; страхувальник; музеї, галереї, колекціонери і корпоративні клієнти; світові лідери страхування творів мистецтва; покриття творів мистецтва; художні проєкти.

### Аннотация

*Токарева В. О.* Субъекты правоотношений страхования произведений искусства, предметов коллекционирования и антиквариата. — Статья.

Статья посвящена рассмотрению актуальных вопросов относительно личности страховщика и страхователя по договору страхования произведений искусства, предметов коллекционирования и антиквариата. Клиенты страховых компаний — музеи, галереи, а также отдельные дилеры и коллекционеры. Мировые лидеры страхования произведений искусства, предметов коллекционирования и антиквариата столь же страстно относятся к искусству, как их клиенты. На протяжении многих лет ведущие страховщики активно поддерживает художественное сообщество путем предоставления различных инициатив и грантов в США и Европе.

*Ключевые слова:* страхование произведений искусства, предметов коллекционирования и антиквариата; страховщик; страхователь; музеи, галереи, коллекционеры и корпоративные клиенты; мировые лидеры страхования произведений искусства; покрытие произведений искусства; художественные проекты.

### Summary

*Tokareva V. O.* Subjects of Legal Relations of Insurance of Art Products, Collecting and Antiques Items. — Article.

The article is dedicated to research the actual aspects of the insurer and the insured according policy fine art insurance and antiques. The clients of companies include museums and galleries as well as individual dealers, exhibitors and collectors. World's leading insurer of fine art, collectibles and antiques are as passionate about art as their clients. Over the years, leading insurer has been actively supporting the art community through a variety of initiatives and grants in USA and Europe.

*Keywords:* fine art insurance, collectibles and antiques; the insured; the insurer; art coverage; galleries, private and corporate collections; exhibitions, coverage for fine art and collectibles, art projects.

УДК 347.66(477):34.046

Н. В. Черногор

### ЗАГАЛЬНИЙ ТА СПЕЦІАЛЬНИЙ СТРОК ДЛЯ ПРИЙНЯТТЯ СПАДЩИНИ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Більшість строків у спадковому праві мають імперативний характер, вони чітко закріплені у нормах законодавства та не можуть бути визначені або змінені угодою сторін. Також строки у спадковому праві стосуються конкретного цивільного-правового відношення та тягнуть для його учасників певні правові наслідки.

Дослідженню строків у цивільному праві було присвячено багато праць видатних вчених В. П. Грибанова, О. А. Красавчикова, І. Б. Новицького, М. А. - Гурвич та ін. У спадковому праві на проблему строків звертали увагу: Ю. О. Заїка, С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, З. В. Ромовська, Є. О. Рябоконт, В. В. Васильченко та ін.

Відповідно ст. 1270 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) для прийняття спадщини встановлюється строк у шість місяців, який починається з часу відкриття спадщини, в свою чергу часом відкриття спадщини, відповідно до ст. 1220 ЦК України, є день смерті особи або день, з якого вона оголошується померлою. В даних нормах цивільного законодавства є імперативне визначення строку та терміну, з якого починається числення строку для прийняття спадщини.

Найбільший інтерес з теоретичної та практичної точок зору становлять строки для прийняття спадщини. В. В. Васильченко поділяє ці строки на два види — загальний (шість місяців) та продовжений [1, 93]. У свою чергу З. В. Ромовська поділяє строки для прийняття спадщини на загальний (шість місяців) та спеціальний (три місяці) [2, 212]. Розмежування строків на загальні та спеціальні впливає на спосіб їх застосування. Поділ строків обумовлений, насамперед, особливостями суб'єктного складу, об'єкта або змісту правовідношення.

Загальний строк для прийняття спадщини встановлений у шість місяців і його обчислення починається відповідно до ч. 1 ст. 1220 ЦК України з дня відкриття спадщини. Строк у шість місяців для здійснення спадкоємцями права на спадкування (прийняття, неприйняття, відмова, скасування актів прийняття чи відмова від спадщини) стосується насамперед спадкоємців за заповітом та спадкоємців, які мають право на обов'язкову частку у спадщині. Відповідно до ст. 1241 ЦК України ними можуть бути малолітні, неповнолітні, повнолітні непрацездатні діти спадкодавця, непрацездатна вдова (вдівець) та непрацездатні батьки. Визначені особи спадкують, незалежно від змісту заповіту, половину частки, яка належала б кожному з них у разі спадкування за законом (обов'язкова частка). Строк для прийняття спадщини у шість місяців стосується спадкоємців:

— за законом, перед якими немає спадкоємців за заповітом;



- спадкоємців за законом, перед якими не має спадкоємців попередньої черги;
- одночасного спадкування спадкоємцями за заповітом і за законом, коли заповітом охоплена не вся спадщина;
- спадкоємців за заповітом і за законом, які були зачаті за життя спадкодавця і народженні живими після відкриття спадщини (ч. 1 ст. 1222 ЦК України);
- спадкоємців за заповітом юридичних осіб та інші учасники цивільних відносин (ч. 2 ст. 1222 ЦК України).

Відповідно до ч. 2 ст. 1270 ЦК України, якщо виникнення у особи права на спадкування залежить від неприйняття спадщини або відмови від її прийняття іншими спадкоємцями, строк для прийняття нею спадщини встановлюється у три місяці, цей строк є спеціальним [2, 212] (продовженим) [1, 93]. Спеціальний строк для прийняття спадщини встановлюється законом в інтересах спадкоємців, право яких на отримання спадщини виникає не безпосередньо в результаті відкриття спадщини, а цілком залежить від неприйняття або відмови від її прийняття іншими спадкоємцями. Такий строк починається з моменту неприйняття іншими спадкоємцями спадщини або відмови від неї.

Спеціальний строк встановлений на випадок, коли, крім спадкоємця за заповітом, є ще особи, які можуть одержати право на спадкування за законом та коли немає заповіту, але є члени сім'ї, близькі чи далекі родичі, які за певних умов могли б одержати право на спадкування.

Спеціальний строк для прийняття спадщини встановлений також для спадкоємців, які закликаються до спадкування в порядку спадкової трансмісії, у такому випадку строк, що залишився, менший ніж три місяці, після смерті спадкоємця, продовжується до трьох місяців.

Потрібно звернути увагу, що у ст. 1270 ЦК України нічого не сказано про строк для прийняття спадщини осіб, право у яких виникає у зв'язку з усуненням від прийняття спадщини (ст. 1224 ЦК України). Але можна припустити, що даний строк теж буде спеціальним та буде встановлений у три місяці з моменту усунення спадкоємців від прийняття спадщини.

У ст. 1270 ЦК України збереглася норма, яка була у ч. 3 ст. 549 ЦК 1963 р.: якщо строк, що залишився, менший ніж три місяці, він продовжується до трьох місяців. Але у ЦК 1963 р. ця норма мала своє значення, оскільки відповідно до ст. ст. 548, 553 цього Закону, прийняття спадщини чи відмова від неї вважалися безвідкличними. Відповідно до ст. 1273 ЦК України 2003 р. особа може протягом строку прийняття спадщини відкликати відмову від прийняття спадщини. З цього можна зробити висновок що норма ст. 1270 ЦК України, яка залишилася, не має колишнього юридичного значення, оскільки моментом остаточного волевиявлення спадкоємця щодо прийняття спадщини чи відмови від неї буде останній день для прийняття спадщини. Однак дану норму можна застосовувати у випадку, якщо право на спадкування виникає у особи внаслідок усунення спадкоємців на підставі умов, встановлених ст. 1224 ЦК України. Та також якщо відмова від прийняття спадщини є безумовною і без-

застережною (ч. 5 ст. 1273 ЦК України). У даному випадку від спадщини повинні відмовитися усі спадкоємці черги, що закликаються до спадкування, тільки тоді настає право у спадкоємців наступної черги подати заяву про прийняття спадщини [3, 1159]. Коли право на спадкування у особи виникає в результаті неприйняття спадщини або відмови від неї, строк для прийняття спадщини починає перебіг з дня відмови від спадщини чи неприйняття спадщини. При цьому день відмови визначається за днем подання до нотаріальної контори за місцем відкриття спадщини заяви про відмову від спадщини. Днем неприйняття спадщини є останній день строку для прийняття спадщини (для подачі до нотаріальної контори заяви про прийняття спадщини).

Існує думка, що строк для прийняття спадщини може закінчуватися задовго до спливу зазначеного шестимісячного строку для прийняття спадщини, якщо відмову від спадщини заявлено впродовж короткого проміжку часу після відкриття спадщини [4, 836]. Але ми вважаємо, що такий строк не може бути менший, ніж загальний строк для прийняття спадщини. Дії з прийняття спадщини зазначеними спадкоємцями повинні бути вчинені у строк, відведений їх попередниками, тобто в межах шести місяців з часу відкриття спадщини. Строк не може бути меншим за три місяці, навіть для спадкоємців першої черги, якщо умовою виникнення права на спадкування є відмова від спадщини спадкоємця за заповітом [5, 959]. Однак якщо строк, що залишився для подання заяви про прийняття спадщини менш ніж три місяці, він продовжується до трьох місяців та може бути меншим ніж три місяці.

Якщо строк, що залишився для подання заяви про прийняття спадщини наступною чергою спадкоємців, менший ніж три місяці, він повинен бути продовжений до трьох місяців. Наприклад, якщо спадкоємці першої черги відмовилися від спадщини в останній день шестимісячного строку або не прийняли спадщину, то для спадкоємців другої черги строк для прийняття продовжується до трьох місяців. У тому випадку якщо спадкоємці другої черги не приймуть спадщину, то спадкоємці третьої черги будуть закликатися до спадкування тільки через дев'ять місяців після відкриття спадщини і т.д.

На думку авторів науково-практичного посібника «Спадкове право» зміст ч. 2 ст. 1270 ЦК України треба розуміти так: усі об'єктивні обставини, які пов'язані з переходом права на спадкування до інших осіб мають зумовлювати збільшення строку для прийняття спадщини останніми до трьох місяців. Наприклад, спадкоємець за заповітом в останній день шестимісячного строку відмовляється від прийняття спадщини, отже строк для прийняття спадщини під призначеним спадкоємцем має складати три місяці [6, 429]. Але на нашу думку у даному випадку мова не йдеться про збільшення строку, тому що право на спадкування у підпризначеного спадкоємця виникає тільки з моменту відмови від прийняття спадщини попереднього спадкоємця, до того моменту у підпризначеного спадкоємця не виникає права на спадкування.

Слід зазначити, що встановлений у ч. 1 ст. 1270 ЦК України загальний шестимісячний строк для прийняття спадщини не стосується осіб, зазначених у ст. 1268 ЦК України, які фактично вважаються такими, що прийняли спад-

щину з часу її відкриття. Встановлений у даній нормі строк для прийняття спадщини відрізняється від раніше діючого у ЦК 1963 р. тим, що його встановлено лише для подання заяви про прийняття спадщини [6, 429]. Відповідно до ч. 3 ст. 1268 ЦК України спадкоємець, який постійно проживав разом із спадкодавцем на час відкриття спадщини, вважається таким, що прийняв спадщину, якщо протягом строку, встановленого ст. 1270 ЦК України, він не заявив про відмову. Мовчання такого спадкоємця, який на час відкриття спадщини проживав разом зі спадкодавцем, має юридичне значення, у такому випадку спадкоємець вважається прийнявчим спадщину.

Також малолітня, неповнолітня, недієздатна особа та особа, цивільна дієздатність якої обмежена, вважаються такими, що прийняли спадщину, крім випадків, встановлених ч. 2–4 ст. 1273 ЦК України. Зазначеним особам не потрібно проживати на час відкриття спадщини зі спадкодавцем, їм достатньо не відмовитися від прийняття спадщини протягом строку, встановленого ст. 1270 ЦК України, щоб спадщина такими спадкоємцями вважалася прийнятою у строк.

На наш погляд, суб'єктивне цивільне право на прийняття спадщини існує в межах встановлених у ст. 1270 ЦК України строків для прийняття спадщини. Сплив строку для прийняття спадщини свідчить про втрату права на прийняття спадщини і тільки в двох випадках, передбачених законом для спадкоємців, які пропустили строк, зберігається можливість стати спадкоємцем.

Враховуючи все вище викладене, можна зробити такі висновки:

що для спадкоємців, які проживали на час відкриття спадщини зі спадкодавцем, та для спадкоємців, перелічених у ч. 3–4 ст. 1268 ЦК України, строк для прийняття спадщини не встановлений, такі спадкоємці набувають спадщину в силу закону;

що у спадковому праві строки для прийняття спадщини можна поділити на загальні та спеціальні, проте числення цих строків слід вести не з моменту відкриття спадщини, а з появи суб'єктивного спадкового права;

– що розмежування строків на загальні та спеціальні впливає на спосіб їх застосування. Отже, при наявності встановленого законом спеціального строку для прийняття спадщини, загальний строк у шість місяців, що стосується відповідного правовідношення, не застосовується.

### Література

1. Васильченко В. В. Коментар та постатейні матеріали до законодавства України про спадкування / В. В. Васильченко. — Х. : Одісей, 2007. — 480 с.
2. Ромовська З. В. Українське цивільне право. Спадкове право : підручник / З. В. Ромовська. — К. : Алсуа : КНТ : ЦУЛ, 2009. — 264 с.
3. Цивільний кодекс України : наук.-практ. комент. — Вид. 3-тє, переробл. та допов. — Х. : Одісей, 2007. — 1200 с.
4. 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., 2005. — 928 с.
5. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / за ред. В. М. Коссака. — Вид. 2-ге, змін. і допов. — К. : Істина, 2008. — 992 с.

6. 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. — (Серія «Ваш радник»).
7. Заїка Ю. О. Спадкове право : навч. посіб. / Ю. О. Заїка, Є. О. Рябокони. — К. : Юрінком Інтер, 2009. — 352 с.

### Анотація

**Черногор Н. В.** Загальний та спеціальний строк для прийняття спадщини за цивільним законодавством України. — Стаття.

Досить актуальним на сьогодні є питання дослідження строків та термінів у спадковому праві України. Практично всі строки у спадковому праві мають імперативний характер, чітко закріплені у нормах законодавства, визначені відповідно до конкретного цивільно-правового відношення та тягнуть для його учасників певні правові наслідки. В даній роботі розглядаються загальні та спеціальні строки, які, на думку автора, є найбільш інтересними з теоретичної та практичної точок зору.

*Ключові слова:* спадкове право, здійснення права на спадкування, прийняття спадщини, строк.

### Анотация

**Черногор Н. В.** Общий и специальный срок для принятия наследства в гражданском законодательстве Украины. — Статья.

Достаточно актуальным на сегодня является вопрос исследования сроков в наследственном праве Украины. Практически все сроки в наследственном праве имеют императивный характер, четко закреплены в нормах законодательства и определены по отношению к конкретным гражданско-правовым отношениям и несут для его участников определенные правовые последствия. В данной работе рассматриваются общие и специальные сроки, которые, по мнению автора, являются наиболее интересными с теоретической и практической точек зрения.

*Ключевые слова:* наследственное право, осуществление права на наследование, принятие наследства, срок.

### Summary

**Chernogor N. V.** The General and Special Term For Inheritance Acceptance According to the Civil Legislation of Ukraine. — Article.

At present, the question of research into the time limits and terms in inheritance law of Ukraine is essential. Practically all the terms in inheritance law have the imperative character; they are expressly fixed in legal norms and defined with regard to particular civil and legal relation and carry specific legal consequences for the participants thereof. This work deals with the general and special terms, which, to the author's opinion, are the most interesting from the theoretical and practical points of view.

*Keywords:* inheritance law, realization of the inheritance right, acceptance of heritage, term.

## НАШІ АВТОРИ

**Адамов А. С.**, здобувач кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Адамова О. С.**, кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Андронов І. В.**, кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Ахмач Г. М.**, старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін Миколаївського навчального центру Національного університету «Одеська юридична академія»

**Бабін Б. В.**, кандидат юридичних наук, доцент кафедри морського права Одеської національної морської академії

**Бігун В. С.**, кандидат юридичних наук, науковий співробітник Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України

**Волкова Н. В.**, кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Гаверська І. В.**, аспірант кафедри цивільного процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Гаресв Є. Ш.**, кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Гасанова А. К.**, аспірант кафедри адміністративного та фінансового права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Голубцова Е. А.**, старший викладач кафедри цивільного процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Гонгало Р. Ф.**, кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Гончаренко В. О.**, кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Давиденко Л. М.**, кандидат юридичних наук, капітан далекого плавання, старший викладач НКЦ Національного університету «Одеська юридична академія» у м. Черкаси

**Данілко Н. І.**, здобувач кафедри аграрного, земельного та екологічного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Додін Є. В.**, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри морського і митного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Дрьомін В. М.**, доктор юридичних наук, доцент, проректор, завідувач кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Завальнюк В. В.**, кандидат юридичних наук, перший віце-президент, ректор Національного університету «Одеська юридична академія»

**Зайвий Т. В.**, здобувач кафедри цивільного процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Званчук А. В.**, аспірант кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Зудіхін О. В.**, здобувач кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», суддя Суворовського районного суду м. Одеси

**Іліопол І. М.**, асистент кафедри цивільного процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Ільїна Ю. П.**, асистент кафедри цивільного та господарського права і процесу Міжнародного гуманітарного університету

**Казаків Ю. Ю.**, асистент кафедри цивільного процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Калишук Л. А.**, асистент кафедри аграрного, земельного та екологічного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Карпов Р. В.**, здобувач кафедри цивільного процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Касілова Д. Ю.**, аспірант Національного університету «Одеська юридична академія»

**Ківалова Т. С.**, доктор юридичних наук, професор кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Кізілова О. С.**, кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Клім С. І.**, здобувач кафедри цивільного процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Лукашев О. А.**, кандидат юридичних наук, доцент кафедри фінансового права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

**Матійко М. В.**, кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Михайлюк Г. О.**, аспірант кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Мінченко Р. М.**, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Можаровська К. В.**, асистент кафедри цивільного процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Некlesa Ю. В.**, асистент кафедри цивільного процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Немерцалова С. В.**, аспірант кафедри морського права Одеської національної морської академії

**Нечипоренко С. І.**, прокурор Шевченківського району м. Києва

**Озернюк Г. В.**, старший викладач кафедри цивільного та господарського права і процесу Міжнародного гуманітарного університету

**Омельчук О. С.**, кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Орзіх Ю. Г.**, кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Півторак Г. Ф.**, старший викладач кафедри морського права Одеської національної морської академії

**Полтавчук Ю. О.**, аспірант кафедри цивільного процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Романадзе Л. Д.**, кандидат юридичних наук, доцент кафедри права інтелектуальної власності і корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Сакали М. Я.**, здобувач кафедри адміністративної діяльності Київського національного університету внутрішніх справ

**Самборська Ю. В.**, аспірант кафедри цивільно-правових дисциплін економіко-правового факультету Одеського національного університету імені І. І. Мечникова

**Сафончик О. І.**, кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Сербова А. В.**, здобувач кафедри правового регулювання підприємницької діяльності Харківського національного університету внутрішніх справ

**Сергієнко В. В.**, кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри правового регулювання економіки Харківського національного економічного університету

**Соломахіна О. М.**, старший викладач кафедри цивільного процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Стоянова Т. А.**, кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Токарева В. О.**, асистент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Харитонов Є. О.**, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Харитонova О. І.**, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри права інтелектуальної власності і корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Цал-Цалко Ю. Ю.**, здобувач кафедри цивільного процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Чванкін С. А.**, кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного процесу Національного університету «Одеська юридична академія», суддя Суворовського районного суду м. Одеси

**Черногор Н. В.**, асистент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Чухрай Т. Р.**, здобувач кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

## ЗМІСТ

Передмова . . . . .	3
<b>Е. В. Додин</b>	
Товарищ и учитель! . . . . .	5

## Розділ 1

## ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛІСТИКИ

<b>В. В. Завальнюк</b>	
Держава з позицій юридичної антропології . . . . .	13
<b>С. І. Нечипоренко</b>	
Проходження служби в органах прокуратури як різновид публічної служби . . . . .	18
<b>В. М. Дрьомін</b>	
Формування тіньової економіки у сфері господарської діяльності як соціального інституту . . . . .	23
<b>Б. В. Бабін, Г. Ф. Півторак, С. В. Немерцалова</b>	
Програмний характер імплементації Конвенції про працю в морському судноплаванні 2006 р. . . . .	33
<b>О. С. Кізлова</b>	
Інститут застави в сучасних правових системах . . . . .	40
<b>О. А. Лукашев</b>	
До питання щодо організаційно-майнової природи фінансового правовідношення . . . . .	46
<b>Н. І. Данілко</b>	
Розмежування правосуб'єктності органів місцевого самоврядування різного рівня у земельних відносинах . . . . .	52
<b>А. К. Гасанова</b>	
Про зміст категорії «правовий конфлікт» у діяльності органів виконавчої влади . . . . .	60
<b>Л. М. Давиденко</b>	
Правові проблеми реєстрації морських суден під «зручними» прапорами . . . . .	66
<b>А. В. Званчук</b>	
Професійність і компетентність у правовій сфері: поняття та співвідношення . . . . .	73



**Л. А. Калишук**

Щодо визначення понять «форми» та «способи» захисту  
екологічних прав громадян України . . . . . 79

**С. І. Клім**

Природне та позитивне право: реальність чи ілюзорність аналогії? . . . . 84

**М. Я. Сакали**

Правова природа юридичної відповідальності за вчинення  
податкових правопорушень . . . . . 91

**Т. Р. Чухрай**

Визначення поняття «морська пригода» і його значення . . . . . 98

**Розділ 2****ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ****Р. М. Мінченко**

Деякі питання касаційного провадження в цивільному судочинстві  
України . . . . . 107

**І. В. Андронов**

Сутність та значення перегляду судових рішень у зв'язку  
з нововиявленими обставинами . . . . . 110

**В. С. Бігун**

Здійснення правосуддя в цивільному судочинстві: про право,  
правосудність і розсуд (філософсько-правові аспекти) . . . . . 117

**Н. В. Волкова**

Процесуальні особливості розгляду справ щодо обмеження цивільної  
дієздатності фізичної особи, визнання фізичної особи недієздатною  
(окремі аспекти) . . . . . 124

**Т. А. Стоянова**

Процесуально-правова природа справ про усиновлення . . . . . 133

**Г. М. Ахмач**

Захист прав людини у цивільному судочинстві . . . . . 139

**Е. А. Голубцова**

Особенности участия третьих лиц в семейно-правовых спорах . . . . . 145

**Т. В. Зайвий**

Правова природа видів цивільного судочинства у юридичній літературі  
та законодавстві України: порівняльний аналіз . . . . . 150

**І. М. Глінопол**

Порівняльний аспект принципів цивільного процесуального права  
інших держав . . . . . 156

<b>Ю. П. Гльїна</b>	Визначення правового статусу нотаріуса у Російській Федерації . . . . .	163
<b>Ю. Ю. Казаков</b>	Проблеми раскрытия информации, содержащей банковскую тайну . . .	166
<b>К. В. Можаровська</b>	Юридична природа цивільного позову у кримінальному судочинстві України . . . . .	172
<b>Ю. В. Неклеса</b>	Цивільний процесуальний кодекс України: проблеми реалізації принципів змагальності й диспозитивності . . . . .	180
<b>Ю. О. Полтавчук</b>	Шляхи вдосконалення цивільно-процесуального права України на основі досвіду США . . . . .	186
<b>Ю. В. Самборська</b>	Правовий статус прокурора щодо справ про позбавлення батьківських прав (окремі аспекти) . . . . .	193
<b>О. М. Соломахіна</b>	Дослідження процесуальних особливостей призначення і проведення судово-психіатричної експертизи . . . . .	198
<b>Ю. Ю. Цал-Цалко</b>	Судові докази у справах щодо поділу спільного майна подружжя . . . .	204

### Розділ 3 ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

<b>Є. О. Харитонов, О. І. Харитонова</b>	Деякі питання розмежування цивільних правовідносин інтелектуальної власності та інформаційних правовідносин . . . . .	213
<b>Т. С. Ківалова</b>	Особливості зобов'язань, що виникають з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави . . . . .	218
<b>О. С. Адамова</b>	Співвідношення понять «послуга» і «обслуговування» у сфері туризму . . . . .	225
<b>Є. Ш. Гарєєв</b>	Поняття винаходу у законодавстві України: проблеми та недоліки . . .	231
<b>В. О. Гончаренко</b>	Безоплатні договори за цивільним законодавством України . . . . .	239

**Р. Ф. Гонгало**

Поняття та характерні риси суперфіцію за римським  
приватним правом . . . . . 245

**М. В. Матійко**

Місце юридичних фактів у реалізації інформаційної функції  
цивільного права . . . . . 252

**О. С. Омельчук**

Зміна договору найму житла внаслідок збільшення або зменшення  
складу сім'ї наймача . . . . . 258

**Ю. Г. Орзіх**

Виникнення зобов'язань за брокерським договором . . . . . 266

**Л. Д. Романадзе**

Правова охорона комерційних (фірмових) найменувань в Україні . . . . 272

**О. І. Сафончик**

Проблемні питання реалізації права спільної часткової власності  
за законодавством України . . . . . 277

**С. А. Чванкін**

Порядок визначення прізвища, імені та по батькові дитини (цивільно-  
правові, сімейно-правові та цивільно-процесуальні аспекти) . . . . . 283

**А. С. Адамов**

Товариства взаємного страхування . . . . . 289

**І. В. Газерська**

Цивільно-правові проблеми забезпечення житлових прав людини  
та шляхи їх вирішення . . . . . 295

**В. В. Сергиєнко**

Правовое регулирование оказания бытовых услуг потребителю . . . . . 300

**О. В. Зудіхін**

Захист права на участь у товаристві та отримання інформації  
про діяльність товариства суб'єктами корпоративних відносин  
за цивільним законодавством України . . . . . 307

**Д. Ю. Касілова**

Володіння за набувальною давністю як особливий вид володіння . . . . 311

**Р. В. Карпов**

Особливості переходу прав за заставною . . . . . 317

**Г. О. Михайлюк**

Історичні передумови виникнення нетрадиційних банківських  
операцій та послуг . . . . . 324

---

<b>Г. В. Озернюк</b>	
Порядок укладення рентних договорів . . . . .	331
<b>А. В. Сербова</b>	
Правовое регулирование поставки природного газа потребителю — гражданину . . . . .	338
<b>В. О. Токарева</b>	
Суб'єкти правовідносин страхування творів мистецтва, предметів колекціонування та антикваріату . . . . .	343
<b>Н. В. Черногор</b>	
Загальний та спеціальний строк для прийняття спадщини за цивільним законодавством України . . . . .	352
Наші автори . . . . .	357

*Наукове видання*

**АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ  
ДЕРЖАВИ І ПРАВА**

*Збірник наукових праць*

**Випуск 56**

*Українською та російською мовами*

Редактор-коректор *Н. І. Крилова*  
Технічний редактор *Т. В. Іванова*

---

Підписано до друку 27.09.2010. Формат 70×100/16. Папір офсетний.  
Гарнітура «Шкільна». Друк офсетний. Ум. друк. арк. 29,9.  
Тираж 300 прим. Вид. № 23. Зам. № 44.

Видавництво і друкарня «Юридична література»  
65009, м. Одеса, вул. Піоперська, 2.  
Тел. (048) 777-48-79  
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи  
ДК № 1374 від 28.05.2003 р.

**Актуальні** проблеми держави і права : збірник наукових праць. Вип. 56  
А 437 / редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) та ін. ; відп. за вип. Р. М. Мінченко.  
Одеса : Юридична література, 2010. — 368 с.  
Укр. та рос. мовами.

Збірник наукових праць виданий за результатами роботи конференції «Актуальні проблеми цивільного права та процесу» і присвячений пам'яті видатного науковця, знаного представника вітчизняної школи цивілістики професора Юрія Семеновича Червоного. У збірнику розглянуто актуальні проблемні питання загальної теорії цивільного права, цивільного процесу, зобов'язального, сімейного та житлового права.

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.

ББК 67(4Укр)я43  
УДК 340(477)1082

## 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.

На початку рукопису необхідно зазначити 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 зазначити 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 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.: 719-6432, 093 163 29 31. Е-mail: [ndch@onua.edu.ua](mailto:ndch@onua.edu.ua)

За зміст та достовірність наданої інформації відповідальність несе автор.