

Міністерство освіти і науки України
ДВНЗ «Прикарпатський національний університет
імені Василя Стефаника»

Навчально-науковий юридичний інститут

Збірник наукових статей

**Актуальні проблеми
вдосконалення чинного
законодавства України**

Випуск XLVIII

м. Івано-Франківськ, 2018

ББК 67.9 (4Укр)

А 43

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

А43 Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України [текст] : *Збірник наукових статей*. Випуск 48. - Івано-Франківськ : Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2018. - 264 с.

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

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

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

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

Реєстраційне свідоцтво: серія КВ № 16834-5506ПР. Видається з 1996 року.
Адреса редколегії: 76018, м.Івано-Франківськ, вул. Шевченка, 44а. Юридичний інститут Прикарпатського національного університету імені В.Стефаника. Тел./факс (0342) 50-87-60.

ISSN 2218-1849

ББК 67.9 (4 Укр)

Навчально-науковий юридичний інститут
ДВНЗ «Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника», 2018

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

Гольденберг Т.В.

**ПРАВО НА ПРИВІЛЕЇ ТА ІМУНІТЕТИ
ВСЕСВІТНЬОЇ ОРГАНІЗАЦІЇ ОХОРОНИ
ЗДОРОВ'Я**

УДК 341. 1

Постановка проблеми. Одним із ключових елементів міжнародної правосуб'єктності міжнародних організацій є наявність у них привілеїв та імунітетів. Вважається, що наявність привілеїв та імунітетів по суті є необхідною умовою існування власної волі міжнародної організації, відмінної від волі держав-учасниць [1, с. 42]. В цьому контексті цілком справедливим виглядає твердження В. Репецького який вказує, що саме наявність привілеїв та імунітетів у міжнародної організації є гарантією їх відповідного правового статусу, який би забезпечував реалізацію поставлених перед ними завдань і виключав негативний вплив держави місцезнаходження штаб-квартири організації на їх на внутрішні та зовнішні справи [2, с. 242]. Усе вищезгадане стосується Всесвітньої Організації Охорони Здоров'я (ВООЗ), співпраця з якою є необхідною для нашої держави як мінімум з двох міркувань: для отримання технічної допомоги в процесі «медичної реформи» та для отримання допомоги у побудові ефективної системи військової медицини (у контексті збройного на сході).

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Питання діяльності ВООЗ досить часто ставали предметом дослідження як вітчизняних так і зарубіжних вчених. Серед основних з них можна назвати І. Сенюту, Т. Короткого, В.Менга, Н.Хендель та ряд

інших. Однак на сьогодні відсутні дослідження, що стосуються правосуб'єктності ВООЗ, зокрема її привілеїв та імунітетів.

Відповідно метою даного дослідження є вивчення привілеїв та імунітетів ВООЗ та її персоналу.

Виклад основного матеріалу. Переш ніж перейти безпосередньо до аналізу привілеїв і імунітетів ВООЗ слід дати визначення даних понять і розкрити їх зміст. На сьогодні в міжнародному праві домінує функціональний підхід до привілеїв та імунітетів міжнародних організацій, тобто їх розглядають як права які надаються міжнародним організаціям та їх персоналу для забезпечення ефективного функціонування останніх. Як що ж спробувати дати визначення даних понять, то слід відмітити, що більшість авторів дають їх визначення відносно держави. Так, зокрема імунітет розуміють як вилучення з-під юрисдикції держави перебування офіційних представництв іноземної держави, їх персоналу, а привілеї – це певні пільги та переваги, які надаються державою перебування з метою створення найбільш сприятливих умов функціонування органів зовнішніх зносин інших держав та їх співробітників [3, с. 177], тобто привілеї і імунітети це особливі права та переваги, що надаються міжнародним організаціям на території держав-членів з метою забезпечення самостійного виконання ними своїх статутних цілей [4, с. 312].

На сьогодні відсутні універсальні міжнародні договори, які б регулювали імунітети та привілеї міжнародних організацій. Основними джерелами даного інституту слід розглядати:

1) установчі документи самих міжнародних організацій. Статути більшості міжнародних організацій містять норми про привілеї та імунітети (Це зокрема характерно для ООН – ст. 105; ЮНЕСКО - ст. XII, МВФ - ст. IX; МБРР ст. VII, ІКАО - ст. 60; Ради Європи- ст.40; ЄБРР - ст. 47 тощо). Н. Ушаков відзначав особливу важливість установчих документів міжнародних організацій в регулюванні питання про привілеї і імунітети, і підкреслював що вони є первинними джерелами цього інституту оскільки саме за їх допомогою держави засновниці встановлюють міжнародну організацію як новий суб'єкт міжнародного права і необхідні їй права та обов'язки як факторів за допомогою яких «встановлю-

ється їх організаційно-правова єдність» [5, с. 131] новоствореної організації. Разом з тим, слід підкреслити, що статuti міжнародних організацій закріплюють лише принцип надання привілеїв та імунітетів і не розкривають їх конкретний зміст, порівняно з іншими міжнародно-правовими актами, які спеціально укладені з цього приводу.

2) Спеціальні міжнародні угоди що передбачають привілеї та імунітети міжнародних організацій. З. Доліва-Клепарскі справедливо відзначає, що привілеї та імунітети міжнародних організацій часто регулюються спеціальними угодами, які нерідко укладаються одночасно із їх статутом або деякий час після цього [6, с.252]. До таких слід віднести наприклад: Конвенцію про привілеї і імунітети Організації Об'єднаних Націй 1946 р. [7]; Конвенцію про привілеї та імунітети спеціалізованих установ 1947 р [8]; Генеральну угоду про привілеї та імунітети Ради Європи 1949 р. [10]; Конвенцію про представництво держав у їх відносинах з міжнародними організаціями універсального характеру від 14.03.1975 р. [9] та деякі інші документи.

3) Угоди міжнародних організацій з країнами перебування та ін. Як приклад можна навести угоди Швейцарії з міжнародними організаціями, що розташовані на її території: МОП, ВООЗ, ВМО.

Таким чином, можна зробити висновок, що для привілеїв та імунітетів міжнародних організацій характерним є їх договірний характер, що на практиці, як правило, виступає у формі відповідних міжнародно-правових актів, наприклад установчих актів, а у певних випадках – додаткових угод щодо об'єму привілеїв та імунітетів [11, с. 91], як між державами членами організації так і окремо місця перебування штаб-квартири чи регіонального представництва.

4) Внутрішнє право організації. На практиці бувають випадки коли в деяких міжнародних організаціях питання про їх привілеї і імунітети розглядається у внутрішньому праві самої організації, яка приймає з цього приводу спеціальну резолюцію. Як приклад останнього можна назвати ОБСЄ. Однак слід відзначити, що такі випадки зустрічається не часто.

5) Внутрішнє законодавство держав. Іноді крім міжнародно-правового закріплення деякі держави додатково імплементують договірні положення в своє внутрішнє право. Так зокрема окремі держави прийняли спеціальний закон який регулює статус міжнародних організацій та їх представництв на території держави. Як приклад, слід назвати законодавство Швейцарії. В. Лисик зазначає, що на початковому етапі становлення міжнародної правосуб'єктності Міжнародного комітету Червоного Хреста, саме визнання Швейцарською конфедерацією його в якості суб'єкта міжнародного права було тим вирішальним фактором який дав змогу йому вийти за національні рамки та добитися від держав статусу суб'єкта міжнародного права *sui generis* [12, с. 62-66].

Підсумовуючи вищесказане слід відмітити, що регулювання привілеїв та імунітетів міжнародних організацій та їх персоналу може відбуватися на двох рівнях: міжнародно-правовому (установчі документи та спеціальні угоди) та національний (акти внутрішнього законодавства прийняті на забезпечення привілеїв та імунітетів міжнародних організацій та їх персоналу, визначених їх установчими актами). При цьому саме міжнародно-правовий рівень є визначальним.

Імунітети та привілеї міжнародних міжурядових організацій прийнято класифікувати за суб'єктом якому вони надаються: 1) привілеї і імунітети міжнародної організації *sensu stricto*; 2) привілеї і імунітети її персоналу; 3) привілеї і імунітети представництв (представників) держав при міжнародних організаціях. Саме даний підхід ми використаємо для аналізу імунітетів і привілеїв ВООЗ. Та перш ніж перейти до розгляду кожного з цих питань слід відзначити наступне. Право на привілеї та імунітети ВООЗ визначається ст. 67 Статуту організації. Дана стаття передбачає: «А) На території кожного зі своїх членів Організація користується такими привілеями та імунітетами, які можуть виявитися необхідними для досягнення її цілей і виконання її функцій. В) Представники членів, котрі перебувають членами Комітету, і технічний і адміністративний персонал Організації користуються рівним чином такими привілеями та імунітетами, які необхідні для незалежного виконання ними своїх функцій у зв'язку

з діяльністю Організації». Дані положення доповнюються ст. 68 яка передбачає: «Зазначені правоздатність, привілеї та імунітети встановлюються окремою угодою, яка повинна бути розроблена Організацією за угодою з Генеральним секретарем Об'єднаних Націй і укладена між членами».

Із змісту цих двох статей стає очевидно, що держави засновниці прагнули надати організації всі необхідні їй для ефективної роботи привілеї та імунітети, однак передбачали, що це буде зроблено в рамках спеціальної угоди. Загалом Конституція ВООЗ передбачає лише принципи, які застосовуються у відношенні згаданих прав. Що ж стосується спеціальної угоди, то ВООЗ не став розробляти окрему угоду, а прийняв участь у роботі над Конвенцією про привілеї та імунітети спеціалізованих установ 1947 р. Саме дана конвенція більш детально врегулювала питання пов'язані з привілеями та імунітетами ВООЗ. Більше того, дана угода містить додаток «Додаток VII - Світова Організація Охорони Здоров'я» у якому врегульовано особливості привілеїв та імунітетів ВООЗ.

1) *Привілеї і імунітети ВООЗ як міжнародної організації sensu stricto.* Як зазначено вище дане питання регулюється Конституцією ВОЗ та Конвенцією про привілеї та імунітети спеціалізованих установ 1947 р. Конституція передбачає, що організація користується «привілеями та імунітетами, які можуть виявитися необхідними для досягнення її цілей і виконання її функцій». Дане положення конкретизується Конвенцією про привілеї та імунітети спеціалізованих установ 1947 р. Серед основних з них слід назвати наступні: *Майно* і активи організації, де б і в чиєму розпорядженні вони не знаходилися, користуються імунітетом від будь-якої форми судового втручання, крім випадків, коли вони безумовно відмовляються від імунітету в будь-якому окремому випадку. Однак передбачається, що жодна відмова від імунітету не поширюється на заходи виконання судових рішень. (ст 3 розділ 4.); Приміщення спеціалізованих установ недоторканні. Майно і активи спеціалізованих установ, де б і в чиєму розпорядженні вони не знаходилися, не підлягають обшуку, реквізиції, конфіскації, експропріації або будь-якій іншій формі втручання як шля-

хом виконавчих, адміністративних і судових дій, так і шляхом законодавчих дій. ст. 3 розділ 5); Архіви спеціалізованих установ і взагалі всі документи, що належать їм або збережені ними, є недоторканими, де б вони не знаходилися (ст. 3 розділ 6) тощо. Крім того, конвенція 1947 р. Передбачає що організація вільно здійснює будь які фінансові операції, вільно володіє фондами, золотом або валютою будь-якого роду і виробляти операції в будь-якій валют. Додатково передбачено право вільно переводити свої фонди, золото або валюту з однієї країни в іншу або в межах будь-якої країни і конвертувати будь-яку валюту тощо.(ст. 3 розділ 7-8)

Важливе місце в системі привілеїв міжнародних організацій додають привілеї у сфері оподаткування, які застосовуються щодо самої організації, її активів, майна та доходу, а також операцій, які здійснює організація. Вони передбачають звільнення ВОЗ від усіх видів податків та митних зборів, а також звільнення від відповідальності за сплату будь-яких податків та митних зборів. При цьому Конвенція 1947 р. передбачає, що звільнення від оподаткування не поширюється на платежі, які є фактично лише оплатою комунального обслуговування. Додатково передбачено, що у випадку коли спеціалізовані установи купують для офіційних цілей значну кількість майна, яке підлягає обкладенню податками і зборами, держави прийматимуть, коли це можливо, відповідні адміністративні заходи щодо звільнення від сплати мит або податків або до повернення вже сплаченої суми.

Слід також згадати про те, що ВОЗ як і інші спеціалізовані установи користуються правом вільно здійснювати зносини з іншими державами та міжнародними організаціями. Саме в цьому контексті важливим є право користуватися засобами зв'язку. Офіційна кореспонденція та інші офіційні повідомлення спеціалізованих установ не підлягають цензурі. Спеціалізовані установи мають право користуватися шифром і одержувати і відправляти кореспонденцію за допомогою кур'єрів чи валізи, до яких застосовуються ті ж імунітети і привілеї, що і до дипломатичних кур'єрів та валіз. Також держави члени ВОЗ зобов'язані надати організації не менш сприятливими умовами, ніж ті, які уряд цієї держави надає будь-якому іншому уряду, включаючи диплома-

тичні представництва останнього, щодо пріоритету, тарифів і ставок на поштові відправлення, каблогограми, телеграми, радіограми, телефонограми, телефон і інші засоби зв'язку, а також щодо тарифів на передачу інформації.

2) *Привілеї і імунітети її персоналу ВОЗ.* Загалом-персоналу цієї організації надається статус аналогічний статусу персоналу інших міжнародних організацій що входять в систему ООН. Серед іншого вони користуються: судовий імунітет, привілеї персоналу щодо оподаткування, привілеї щодо пересування, привілеї щодо імміграції. При цьому об'єм таких привілеїв і імунітетів значно залежить від того до якої категорії відноситься та чи інша особа. Загальноприйнято, що найбільші об'єм надається посадовим особам до яких прийнято відносити Генеральний директор, Голова та заступники Асамблеї та Комітету, регіональні директори, їх заступники тощо та технічний та адміністративний персонал - , радники, експерти, консультанти тощо. Слід також відмітити той факт, що на відміну від статутів інших міжнародних організацій Статут ВОЗ прямо не передбачає привілеїв та імунітетів для персоналу організації, а лише вказує на їх наявність. Так п. Б ст. 67 Статуту говорить: «Представники членів, котрі є членами Комітету, і технічний і адміністративний персонал Організації користуються рівним чином такими привілеями та імунітетами, які необхідні для незалежного виконання ними своїх функцій у зв'язку з діяльністю Організації». Однак їх об'єм прийнято виводити з положення ст. 36 Конституції ВОЗ, де зазначено: «Умови служби персоналу Організації, наскільки це можливо, повинні бути аналогічні умовам в інших організаціях Об'єднаних Націй». Серед іншого це означає, що вони повинні володіти необхідними їм привілеями та імунітетами. Додатково слід навести ст. 37 Конституції яка вказує «Кожен член Організації зі свого боку зобов'язується строго поважати міжнародний характер Генерального директора і персоналу і не намагатися чинити на них вплив». Разом з тим на сьогодні загальноприйнято, що персонал міжнародних організацій володіє такими привілеями та імунітетами та не несе відповідальності за свої дії під час виконання офіційних обов'язків, за винятком випадків відмови від такого імунітету. Як вже за-

значалося вище окремі особливості привілеїв та імунітетів ВООЗ, і в тому числі її персоналу передбачені додатком VII до Конвенція 1947 р. Серед іншого передбачено поширення імунітетів і привілеїв на експертів, які працюють на організацію в тому числі в її органах та комітетах в об'ємі необхідному для ефективного виконання ними своїх функцій, включаючи час, витрачений на подорожі у зв'язку з обслуговуванням у таких комітетах чи місіях. Ці імунітети включають: а) недоторканність від особистого арешту або вилучення особистого багажу; б) стосовно слів, написаних або висловлених, або дій, вчинені ними під час виконання їх офіційні функції, недоторканність від будь якого позову у зв'язку із такою діяльністю (стосовно останнього випадку такий імунітет продовжується незважаючи на те, що зацікавлені особи більше не виконують обов'язки комітетів, або працюють на місії Організації; с) всі операції, що стосуються валютних та обмінних обмежень, а також щодо їх особистого багажу, якому надається захист ідентичний посадовим особам іноземних держав офіційні місії; d) недоторканність для всіх документів та документів; е) право користування кодами та отримувати документи або переписку кур'єром або в запечатаних пакетах з метою їх зв'язку з Організацією тощо. У згаданому додатку до Конвенції 1947 р. Окремо підкреслюється що «Привілеї та імунітети надаються експертам Організації в інтересах Організації, а не для особистої вигоди самих осіб. Організація має право та обов'язок відмовитися від імунітету будь-якого експерта у будь-якому випадку, коли вона її думку, імунітет перешкоджатиме правосуддю, і від нього можна відмовитися без шкоди для інтересів організації. Крім того Згаданий додаток розширює перелік осіб які користуються захистом в об'ємі передбаченому для найвищої посадової особи організації. Так аналогічний об'єм захисту надається будь-якому заступнику Генерального директора, помічнику Генерального директора та регіональним директорам Організації. (Ст. 4 Додатку VII)

3) Привілеї і імунітети представництв (представників) держав при міжнародних організаціях. Що ж стосується представників держав при ВООЗ, то відповідно до статті 67 Конституції вони мають статус ідентичний статусу персоналу організації, в

тому числі ідентичними привілеями та імунітетами. Єдиною суттєвою відмінністю є те, що вони можуть бути притягнуті до відповідальності виключно у випадку згоди надсилаючої держави (на відміну від персоналу ВОЗ - згода щодо якого надається).

Таким чином, слід відзначити, що об'єм і зміст привілеїв і імунітетів ВОЗ ідентичний об'єму і змісту привілеїв і імунітетів інших спеціалізованих установ, і не передбачає жодних додаткових прав чи обов'язків за межами тих що передбачені Конвенцією про привілеї та імунітети спеціалізованих установ 1947 р.

Висновки. Узагальнюючи вищесказане слід відмітити, що загалом імунітети та привілеї ВООЗ є аналогічними імунітетам та привілеям інших міжнародних організацій системи ООН. Серед особливостей можна виділити те, що вони повністю регулюються договорами які ВООЗ укладає з іншими суб'єктами міжнародного права та Конвенцією про привілеї та імунітети спеціалізованих установ 1947 р. Конституція ВООЗ жодним чином не регулює це питання. Крім того, цікавим є той факт, що перелік осіб на яких поширюються привілеї та імунітети є досить широким і охоплює в широкому розумінні всіх експертів, радників та працівників організації та її органів. Ще однією особливістю є те, що керівники головних органів ВООЗ їх заступники та керівники регіональних відділень мають статус ідентичний главі організації, що загалом нетипово для інших міжнародних організацій. Крім того судовий імунітет не носить абсолютного характеру і не поширюється на позови, що виникають із контрактів.

1. *Муравьев В. И. Международные организации - специфические субъекты международного права. Учебное пособие / Муравьев В.И. – Киев: Изд-во УМК ВО при Минвузе УССР, 1990. – 72 с.*
2. *Репецкий В.М. Дипломатичне і консульське право/ Репецкий В.М. – Львів: ВАТ «Бібльос» 2002. – 352 с.*
3. *Репецкий В.М. Дипломатичне і консульське право: Підручник. – 2-е вид., переробл. і доп./ Репецкий В.М. – Київ: Знання, 2006. – 372 с.*
4. *Словарь международного права. 2-е изд., перераб. и доп. / Бацанов С.Б., Ефимов Г.К., Кузнецов В.И. и др. – Москва: Международные отношения, 1986. – 432 с.*
5. *Ушаков Н.А. Проблемы теории международного права. / Н.А. Ушаков. - Москва: Наука, 1988. – 416 с.*

6. Doliwa-Klepacki Z. *Encyklopedia organizacji międzynarodowych*. - Warszawa, "Wydawnictwo 69", 1997. - 629 s.
7. Конвенцію про привілеї і імунітети Організації Об'єднаних Націй від 13.02.1946. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_150
8. Конвенцію про привілеї та імунітети спеціалізованих установ від 21.11.1947 URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_170
9. Конвенція про представництво держав у їх відносинах з міжнародними організаціями універсального характеру від 14.03.1975 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_254
10. Генеральна угода про привілеї та імунітети Ради Європи 1949 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_254
11. Левина, Л. А. *Правовое положение Международного валютного фонда и Всемирного банка* /Л. А. Левина. -Москва: Легат,1996. 147 с.
12. Лисик В. М. *Правовий статус Міжнародного комітету Червоного Хреста в міжнародному праві (Монографія)* / В.М. Лисик.-Одеса: Фенікс, 2012. - 210 с.

Гольденберг Т.В. Право на привілеї та імунітети Всесвітньої Організації Охорони Здоров'я.

Анотація. Стаття присвячена дослідженню привілеїв та імунітетів Всесвітньої Організації Охорони Здоров'я (ВООЗ). На основі аналізу існуючої доктрини міжнародного права, а також основних договорів в цій сфері та практики організації автор робить висновок що загалом імунітети та привілеї ВООЗ є аналогічними імунітетам та привілеям інших міжнародних організацій системи ООН. Додатково виділяються особливості імунітетів та привілеїв ВООЗ, а саме: вони повністю регулюються договорами, які ВООЗ укладає з іншими суб'єктами міжнародного права та Конвенцією про привілеї та імунітети спеціалізованих установ 1947 р.; перелік осіб на яких поширюються привілеї та імунітети є досить широким і охоплює в широкому розумінні всіх експертів, радників та працівників організації та її органів.

Ключові слова: Всесвітньої організації охорони здоров'я, ВООЗ, привілеї, імунітети, міжнародна організація

Гольденберг Т.В. Право на привілеги и иммунитеты Всемирной Организации Здравоохранения.

Статья посвящена исследованию привилегий и иммунитетов Всемирной Организации Здравоохранения (ВОЗ). На основе анализа существующей доктрины международного права, а также основных договоров в этой сфере и практики организации автор делает вывод, что в целом иммунитеты и привилегии ВОЗ аналогичны привилегиями и иммунитетами других международных организаций системы ООН. Дополнительно выделяются особенности иммунитетов и привилегий ВОЗ, а именно: они полностью регулируются договорами, ВОЗ заключает с другими субъектами международного права и Конвенции о привилегиях и иммунитетах специализированных учреждений 1947 р.; перечень лиц,

на которых распространяются привилегии и иммунитеты достаточно широк и охватывает в широком смысле всех экспертов, советников и работников организации и ее органов.

Ключевые слова: Всемирной организации здравоохранения, ВОЗ, привилегии, иммунитеты, международная организация

Goldenberg T.V. The right to the privileges and immunities of the World Health Organization.

The article is devoted to the study of the privileges and immunities of the World Health Organization (WHO). Based on the analysis of the existing doctrine of international law, as well as the main treaties in this area and the organization's practices, the author concludes that in general the immunities and privileges of WHO are similar to the immunities and privileges of other international organizations of the United Nations system. Privileges and immunities of the WHO can be divided into three main groups: privileges and immunities of the WHO as an international organization *sensu stricto*; the privileges and immunities of its staff, privileges and immunities of representations (representatives) of states in international organizations. In addition, the following features of the immunities and privileges of WHO are highlighted: they are fully regulated by treaties, which WHO concludes with other subjects of international law and the Convention on Privileges and Immunities of the Specialized Agencies of 1947; the list of persons who benefit from privileges and immunities is wide enough and encompasses in the broad sense of all experts, advisers and employees of the organization and its organs.

Keywords: World Health Organization, WHO, privileges, immunities, international organization.

Клейман М.Ю.

МЕТОДОЛОГІЯ ДОСЛІДЖЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРИВАТНОЇ ДЕТЕКТИВНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

УДК 351.746.2.

Постановка проблеми. Методологічний інструментарій забезпечує ефективність наукового дослідження у разі обрання дієвих методів, прийомів та принципів наукового пізнання. Наведені елементи є основною методологічною структурою будь-якого наукового дослідження, сприяють досягненню його мети, однак є не єдиними її складниками. У фаховій літературі відсутня однозначність поглядів дослідників з цих питань, наводяться різні поняття методології, здійснюється декілька класифікацій мето-

дів, не завжди розкривається зміст синергетичного, математичного, прогностично-правового та деяких інших методів. Не вказуються загальні та спеціальні гіпотези, напрями конкретного наукового дослідження. Зазначене актуалізує необхідність звернення до поставленої проблематики.

Стан дослідження. Загальні питання методологічного інструментарію дослідженні досить ґрунтовно такими науковцями, як С. Важинський, І. Гуран, О. Гутік, П. Гліненко, В. Ільков, М.Кельман, О. Ольков, В. Павлиш, О. Пунченко, Ф. Швець, Т. Щербак та іншими. Окремі фахові дослідження щодо правового регулювання приватної детективної діяльності здійснюються А. Волинською, І. Гончаренко, Ю. Михайловою, П. Поповим, В. Черковим, О. Шелухіним, С. Юрко. Аспекти адміністративно-правового регулювання проводять зарубіжні вчені В. Білоусов, П. Іванов, А. Каштанов, В. Козлов, О. Кошелева, Я. Сиротін. Проте питання методологічного інструментарію в контексті адміністративного права повністю ще не розглянуті.

Метою вказаної статті є визначення найбільш ефективних для вказаної проблематики принципів та методів наукового пізнання, гіпотези та напрямів дослідження.

Виклад основного матеріалу. Більшістю науковцями висловлюється думка, що методологія права є сукупністю принципів, засобів і способів пізнання, що застосовуються у процесі вивчення правових явищ [1, с. 124]. Не погоджуючись з таким підходом до визначення методології, наведемо погляд О. Пунченко, який вказує, що у реальному втіленні методологія включає в себе не тільки сукупність застосовуваних методів, а й пов'язані з ними інші елементи пізнавального процесу (цілі, поняття, завдання, гіпотези і т.д.), принципи організації дослідницької діяльності – послідовність, систематичність, цілеспрямованість, керованість, порівняння результатів пізнання з його цілями, рефлексування над усією структурою дослідження, його аналіз і коригування. Методологія науки як теоретичне вчення формує уявлення і дає оцінку нормам і способам обґрунтування, побудови та реалізації програм дослідження. Визначальним завданням методології науки, як особливої рефлексії філософії, є формування уявлень про

загальні підстави, шляхи, закономірності, принципи і методи організації, здійснення і розвитку наукового пізнання [2, с.30].

У фаховій літературі активно досліджується як структура методології, так і структура методики дослідження. Розглядаючи методи дослідження адміністративно-правового захисту суб'єктів землекористування, В. Швець наводить загальні підходи до структури методики дослідження: розробка самого дослідження, визначення його окремих етапів; вибір об'єктів, місця та часу дослідження; вибір методів, обумовлених характером конкретного дослідження; розробка власних методів дослідження, обумовлених його специфікою та завданням (анкетування, облік, спостереження та інше); визначення специфіки техніки застосування обраних методів; вибір найбільш доцільної технології обробки результатів дослідження; оцінка отриманих результатів, їх аналіз, співставлення з іншими результатами; реалізація висновків дослідження [3, с.176].

Базовим елементом структури методологічного інструментарію є його принципи. У фаховій літературі принципи наукового пізнання визначають у залежності від їх дії в тій чи іншій галузі права (теорії держави і права, цивільного, кримінального, адміністративного та ін.). С. Важинський та Т. Щербак виокремлюють принципи, якими керується сучасна наука, такими є принцип детермінізму, принцип відповідності і принцип субсидіарності.

Сучасне розуміння принципу детермінізму передбачає наявність різноманітних об'єктивно існуючих форм взаємозв'язку явищ, багато з яких виражаються у вигляді співвідношень, що не мають безпосередньо причинного характеру, тобто прямо не містять моменту породження одного іншим. Принцип відповідності означає наступність наукових теорій, співвідносність нових теоретичних знань з колишніми, що забезпечує цілісність науки. Сутність принципу додатковості полягає у такому: відтворення цілісності явища вимагає застосування в пізнанні взаємовиключних «додаткових» класів понять. За допомогою додатковості встановлюється еквівалентність між класами понять, що комплексно описують суперечливі ситуації в різних сферах пізнання (загальне розуміння принципу додатковості) [4, с.36].

До основних принципів наукового пізнання теорії держави і права відносять: 1) принцип всесторонності пізнання; 2) принцип історизму; 3) принцип комплексності; 4) принцип професіоналізму; 5) принцип гласності; 6) принцип відповідальності; 7) принцип системності [5, с. 15-16]. Вважаємо, що вищезазначені принципи будуть дієвими і щодо адміністративно-правового регулювання приватної детективної діяльності.

Ключовим складником методологічного інструментарію є метод наукового пізнання, як спосіб пізнання явищ природи та суспільного життя; прийом або система прийомів, що застосовуються в якій-небудь галузі діяльності [6, с. 522]. Метою методів пізнання є виявлення нових закономірностей розвитку права та інших правових явищ, формування ефективної системи правових знань [7, с.35]. Методи наукового дослідження використовуються в системі, системність методів полягає: 1) у послідовності їх використання в одному і тому ж дослідженні; 2) у використанні методів на різних рівнях дослідження – емпіричному (наприклад, метод аналогії, статистичні методи) й теоретичному (аксіоматико-дедуктивний, метод абстрагування та ін.); 3) у взаємозв'язку методів у процесі переходу від одного масштабу дослідження до іншого; 4) у формі виявлення (реалізації) одних методів іншими, так математичний метод є одним з видів методу формалізації [8].

У фаховій літературі здійснюється різна класифікація методів. У більшості наукових робіт вони поділяються на загально-філософські (діалектичної єдності теорії та практики; об'єктивності, доказовості, системності, сутнісного аналізу), загально логічні, (аналіз і синтез, дедукція і індукція, абстрагування, формалізація, узагальнення, моделювання, абстракція) та спеціальні, які різняться залежно від предмета та об'єкта дослідження, мети та завдань, гіпотези та концепції дослідження.

Дослідження тих чи інших аспектів адміністративного регулювання здійснюється широким колом методів наукового-пізнання, як загальних, так і спеціальних. Крім методів, які тривалий час використовуються і ефективність яких не оспорується, науковцями пропонуються і нові методи. Зокрема, І. Гуран, О. Гутік, О. Ольков, В. Павлиш, П. Гліненко обґрунтовують важливість

математичних методів у дослідження адміністративних явищ та вказують на обмеженість їх використання [9]. В. Ординський відмічає недостатність застосування комп'ютерних моделей адміністративно-правових явищ у науковій практиці, до наукового процесу, на його думку, впроваджуються поодинокі програмні продукти, а загальна теоретична база, що включає методологію, аналіз існуючих методів, створення інформаційних систем для цих цілей, знаходиться у зародковому стані [10].

Методологічною новацією визнається синергетика яка включає у свій зміст нові пріоритети загальної картини світу: концепцію нестабільного, нерівноважного світу, феномен невідзначеності і багатоальтернативності розвитку, ідею становлення порядку з хаосу. Він постає як багатовимірне явище, яке супроводжує нерегулярну поведінку нелінійних середовищ та є відправною точкою формування нелінійної методології. В її рамках складаються нові орієнтири пізнавальної діяльності, пропонуючи розглядати досліджуваний об'єкт як складну самоорганізуючу і розвиваючу системи, яка в динаміці своїх змін відтворює основні характеристики цілого як ієрархії порядків. Нелінійна методологія спрямована на освоєння унікальних відкритих систем, що саморозвиваються, серед яких особливе місце належить складним природним комплексам, пізнання яких має велике практичне значення для людини [2, с.32-33]. Основоположна ідея синергетики полягає у тому, що джерелом появи та становлення нової організації виступає нерівноважність. Сутність синергетичного підходу полягає в дослідженні процесів самоорганізації та становленні нових упорядкованих структур [11, с.27].

Діяльнісний підхід є відносно новим методом наукового пізнання, він базується на таких структурних складниках: предмет діяльності, який трансформується в її продукт; умови діяльності (обставини та фактори, які сприяють її здійсненню або супроводжують); засоби та способи діяльності, яким досягається трансформація продукту; порядок діяльності (регламентований процес одержання продукту); продукт діяльності (очікуваний результат). Діяльнісний підхід дозволяє визначити та оцінити активність функціонування суб'єкта з метою досягнення поставлених цілей і задач.

Наведемо методи, які нами використовувалися в процесі дослідження адміністративно-правового регулювання приватної детективної діяльності та виявились найбільш ефективними. До таких віднесемо як загальнонаукові (діалектичний, системний підхід, герменевтики, синергетики, аналіз, синтез, аналогію, абстрагування, індукцію, дедукція та ін.), так і спеціально-правові (формально-юридичний, історико-правовий, порівняльно-правовий, прогностично-правовий) методи. Розглянемо окремі із них.

Застосування діалектичного методу наукового пізнання дозволило дослідити приватну детективну діяльність об'єктивно у цілому та водночас щодо кожного її складника; у зв'язку з діяльністю інших органів державної влади; із врахуванням становлення та розвитку, взаємодії теорії і практики; зробити висновок про появу нового суб'єкта у сфері захисту прав та інтересів громадян та юридичних осіб.

Системний метод (підхід) означає, що моделюючи об'єкт як систему, дослідник повинен розкласти його на певну безліч елементів, а також сформулювати певну безліч відносин між ними. Погляд на досліджуваний об'єкт як систему передбачає прийняття допущення про його відносну незалежність від інших об'єктів і самодостатності з точки зору його функціонування як цілого за притаманними йому внутрішнім законам [12]. Приватна детективна діяльність як діяльнісна система є сукупністю різнобічних правових дій відповідно до вітчизняного законодавства та замовлення клієнта, із забезпечення захисту прав та інтересів як фізичних, так і юридичних осіб, насамперед підприємців у сфері забезпечення економічної безпеки.

Близьким до системного підходу є структурно-функціональний, який включає: дослідження структурної побудови будь-якого об'єкта, розподіл його на елементи (одні з них є головними, інші незначними, однак вони тісно між собою пов'язанні та займають певне місце в системі), а також дослідження ролі і призначення цих елементів. Щодо визначення адміністративно-правового статусу суб'єктів приватної детективної діяльності, то вкажемо, що ми досліджували кожен його структурний елемент як щодо їх прав (право на запит, право на огляд, право на спосте-

реження, право використовувати спеціальні засоби), так і щодо їх обов'язків (виконувати умови договору про надання детективних послуг професійно, своєчасно, у повному обсязі, відповідно до законодавчих вимог; не розголошувати конфіденційну інформацію та ін.).

Абстрагування є методом теоретичного пізнання, що полягає в уявному відволіканні від несуттєвих властивостей, зв'язків, відносин предметів і одночасному виділенні, фіксуванні однієї або декількох сторін цих предметів, які цікавлять дослідника. Застосування методу абстрагування дозволило визначити загальну картину адміністративно-правового регулювання приватної детективної діяльності, визначити його позитивний вплив на функціонування такої системи діяльності, зазначити на недоліки в цій сфері, шляхи їх усунення.

Процеси абстрагування тісно пов'язанні з іншими методами, зокрема з аналізом та синтезом, які є єдністю протилежностей. Аналіз передбачає розподіл досліджувального предмету на окремі частини з метою їх повного та усестороннього вивчення. Однак метод аналізу не надає можливість розглянути предмет як єдине ціле, для цього застосовується інший метод – синтез. Він дозволяє дослідити цілісну сукупність частин предмету, з'ясувати властивості, істотні ознаки, загальні риси, їх взаємопов'язаність. Так, якщо аналіз сприяє з'ясуванню кола та змісту складників ліцензування приватної детективної діяльності (підстави, умови, отримання дозволу, оформлення ліцензії, її припинення та позбавлення), то синтез забезпечує з'ясування ролі та місця такої процедури в дозвільній системі, законність ліцензування діяльності приватних детективів.

Парними методами наукового пізнання є також індукція та дедукція, індукція дозволяє здійснити судження від часткового до загального, від окремих фактів до узагальнення, коли на основі знань про частину предметів класу виводиться висновок про клас в цілому, тобто здійснюється перехід від окремих фактів до загальних положень. Індукція може бути повною, неповною, емпіричною, науковою. Дедукція є методом наукового пізнання, при якому судження про окремих елемент предмету (знання) виво-

диться із загальних властивостей цього предмету (знання). Змістом дедукції є застосування загальних наукових положень під час досліджень конкретних явищ [13].

Зокрема аналіз подання кола документів для ліцензування приватної детективної діяльності (заяви; особистої анкети; двох фотокарток; довідки про відсутність судимості; медичної довідки про відсутність медичних протипоказань для здійснення такої діяльності; засвідчених копій документів, що підтверджують громадянство особи та проходження відповідного навчання або вказаного стажу роботи; документу про внесення плати за отримання свідоцтва та ін.) допоміг з'ясувати загальний порядок цієї процедури, а її загальна характеристика визначити їх необхідність для дотримання законодавчих вимог щодо ліцензування.

Аналогія є методом, який не має значної доказової бази, схожість, на основі якої здійснювалися докази, може виявитися випадковою, а під час вибіркового аналізу істотні ознаки можуть виявитись не суттєвими. Керуючись методом аналогії та розглядаючи напрями приватної детективної діяльності, які здебільшого мають правовий характер і повинні відповідати нормам цивільного, господарського, адміністративного права, зроблений висновок про те, що наявність юридичної освіти повинна бути законодавчо встановленою для приватних детективів.

Класифікація як метод здійснюється з метою упорядкування предметів та явищ, а також систематизації знань у процесі наукового дослідження відповідно до обраного критерію. Керуючись науковими положеннями ми здійснили класифікацію приватної детективної діяльності, поклавши в її основу такий критерій як предмет діяльності: 1) надання послуг у сфері шлюбно-сімейного характеру (щодо відомостей про особу, яку розшукували; про підтвердження чи відсутність фактів сімейної зради; трудового стажу в указаній місцевості); 2) надання послуг у сфері забезпечення корпоративної безпеки (виявлення фактів контрспостереження; перевірка співробітників у разі підозри виконання обов'язків в інтересах іншої юридичної особи); 3) надання послуг у сфері забезпечення економічної безпеки юридичних осіб (встановлення недобросовісної конкуренції; невиконання юридичною

особою боргових зобов'язань); 4) надання послуг у судочинстві та судовому слідстві (представлення відомостей, необхідних для розгляду справ у суді; а також надання даних, які можуть бути приводом або підставою для звернення до суду; захисту підозрюваного чи підсудного).

Статистичний метод дає можливість отримати загальну всебічну картину в різних галузях, в яких працюють приватні детективи, це статистика порушення немайнових прав щодо інтелектуальної власності громадян, захисту економічних інтересів підприємців у разі витоку конфіденційної інформації, допомога клієнтам у захисті своїх прав та інтересів під час звернення до суду, пошук безвісно зниклих та ін. Її аналіз дозволяє зробити висновок про необхідність звернення уваги правоохоронців на захист прав громадян в конкретній сфері суспільних відносин.

Синергетичний метод дозволяє передбачити, що інститут приватних детективів може знаходитись певний час в умовах нерівноважності до настання узгодженості його елементів, якими може бути визначено формування політичної думки щодо необхідності прийняття спеціального закону, усестороннє правове регулювання загальних аспектів приватної детективної діяльності, визначення її взаємозв'язку із правоохоронною діяльністю, перейняття позитивної зарубіжної практики.

Формально-юридичний метод сприяв об'єктивному визначенню юридичних понять – «ліцензування приватної детективної діяльності», «адміністративно-правовий статус юридичних осіб приватної детективної діяльності» тощо), дозволив виявити їх загальні риси та ознаки, провести класифікацію та ін.

Тісно між собою пов'язані історико-правовий та порівняльно-правовий методи. Історико-правовий метод дозволяє розглянути кожне явище чи процес в історичній ретроспективі, послідувати генезу розвитку, а порівняльно-правовий – їх сталий стан; він сприяє дослідженню позитивного досвіду під час співставлення конкретної юридичної практики в різних країнах. За його допомогою було досліджено модель приватної детективної діяльності в США, встановлено необхідність застосування її окремих елементів (розподілення повноважень приватних детекти-

вів у відповідності до класу отриманої ліцензії, умови отримання дозволу на вогнепальну зброю, об'єднання приватних детективів в спілки та асоціації, що полегшує взаємодію і дозволяє обмінюватися набутими знаннями) в Україні.

За допомогою порівняльно-правового аналізу були встановлені відмінності правоохоронної та приватної детективної діяльності, якими є: її здійснення в рамках адміністративного та цивільного законодавства; спрямування на отримання прибутку; базування на договірних відносинах; вказана діяльність переважно носить попереджувальний характер та ін.

Прогностично-правовий метод є сукупністю способів та прийомів, що дозволяють передбачити майбутній стан правових явищ чи процесів. Прогностичні ідеї щодо приватної детективної діяльності дозволяють передбачити їх напрямки щодо захисту економічних прав та інтересів підприємців, попередженню витоку конфіденційної інформації, перебрання прав на торговельну марку та зазначення походження творів та ін.

Під час наукового дослідження була розроблена загальна та робочі гіпотези. Зокрема, загальна гіпотеза даного дослідження була сформована як наукове припущення про те, що адміністративно-правове регулювання приватної детективної діяльності буде сприяти підвищенню її ефективності, а також відповідності законодавчим вимогам щодо ліцензування та контролю. Конкретизація загальної гіпотези відбувалась відповідно до дослідницьких завдань.

Основними етапами дослідження визначено: 1) формулювання теми, мети і завдань дослідження; 2) розробка загальної та робочих гіпотез; 3) виділення основних напрямків дослідження (розробка плану); 4) визначення методів, прийомів та принципів для вирішення дослідницьких завдань; 5) аналіз наукової вітчизняної і зарубіжної літератури та актів законодавства за темою дослідження; 6) осмислення та узагальнення отриманих результатів; 7) формування підсумків та обґрунтування пропозицій з удосконалення адміністративних аспектів діяльності приватних детективів.

Висновки. Отже ефективність дослідження адміністративно-правового регулювання приватної детективної діяльності

забезпечується комплексом методів наукового пізнання, як загальнонаукових (діалектичного, системного, структурно-функціонального, діяльнісного, аналізу та синтезу, індукції та дедукції, аналогії, класифікації) так і спеціально-правових (формально-юридичного, історико-правового, порівняльно-правового, прогностично-правового), розробкою загальної гіпотези та відповідно до основних напрямків дослідження.

1. Васильєв С.В. *Загальноправові та спеціальні методи дослідження джерел цивільного процесуального права. Університетські наукові записки.* 2013. № 3. С. 123-128.
2. Пунченко О.П. *Методологічні новації у сучасному науковому пізнанні. Гуманітарний вісник Запорізької державної інженерної академії.* 2014. Вип. 57. С. 27-37.
3. Швець В.Д. *Методи дослідження адміністративно-правового захисту суб'єктів землекористування. Європейські перспективи.* 2014. № 3. С. 173-176.
4. *Методика та організація наукових досліджень : Навч. посіб. / С.Е.Важинський, Т.І.Щербак. Суми: СумДПУ імені А.С.Макаренка, 2016. 260 с.*
5. *Проблеми теорії держави і права URL: <https://studfiles.net/preview/5455514/page:6/> (дата звернення: 4.12.2018).*
6. *Великий тлумачний словник сучасної української мови / [уклад. і гол. ред. В. Т. Бусел]. К.: Ірпінь, 2004. 1440 с.*
7. Кельман М. *Методологія сучасного правознавства: становлення та основні напрями розвитку. Психологія і суспільство.* 2015. № 4. С. 33-46.
8. *Характеристика методів наукового дослідження. URL: <https://helpiks.org/1-107239.html> (дата звернення: 3.12.2018).*
9. Гуран І.Й., Гутік О. В. *Математика для економістів-міжнародників: підруч. К.: Знання, 2008. 388 с.*
10. Ординський В. *Новітні методи дослідження адміністративно-правових явищ. Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Юридичні науки.* 2014. № 782. С. 5-9.
11. Швець Ф.Д. *Методологія та організація наукових досліджень: навч. посіб. Рівне : НУВГП, 2016. 151 с.*
12. Лебедев С.А. *Философия науки: Словарь основных терминов. М.: Академический Проект, 2004. URL: https://philosophy_of_science.academic.ru (дата звернення: 4.12.2018).*

13. *Основы научных исследований: Учебное пособие / Киев: Издательский Дом «Слово», 2003. 240 с. URL: <https://banauka.ru/5844.html> (дата звернення: 4.12.2018).*

Клейман М.Ю. Методологія дослідження адміністративно-правового регулювання приватної детективної діяльності

Розглянуто наукові підходи до визначення методології та класифікації методів наукового пізнання. Досліджено загальні та спеціальні методи, які сприяли дієвому дослідженню адміністративно-правового регулювання приватної детективної діяльності. З'ясовано гіпотезу та напрями даного дослідження.

Ключові слова: методологія, методи, принципи, класифікація, гіпотеза, адміністративно-правове регулювання, приватна детективна діяльність.

Kleyman M.Y. Methodology of the research of administrative and legal regulation of private detective activity

The scientific approaches to the definition of methodology and classification of methods of scientific knowledge are considered. The general and special methods that contributed to the effective study of the administrative and legal regulation of private detective activity are investigated. The hypothesis and directions of this research are found out.

The scientific approaches to the definition of methodology and classification of methods of scientific knowledge are considered. The general and special methods that contributed to the effective study of the administrative and legal regulation of private detective activity are investigated. The hypothesis and directions of this research are found out.

The scientific approaches to the definition of methodology and classification of methods of scientific knowledge are considered. The general and special methods that contributed to the effective study of the administrative and legal regulation of private detective activity are investigated. The hypothesis and directions of this research are found out.

Keywords: methodology, methods, principles, classification, hypothesis, administrative-legal regulation, private detective activity.

Мельник А.В.

ДІЯЛЬНІСТЬ КОМІТЕТУ ООН З ПРАВ ЛЮДИНИ У СФЕРІ ЗАХИСТУ СВОБОДИ ВИРАЖЕННЯ ПОГЛЯДІВ

УДК 340.37:342.7

Постановка проблеми. З'явившись спочатку як можливість висловлювати свою думку, зокрема через публікації, свобода вираження поглядів сьогодні охоплює найрізноманітніші прояви людської діяльності. Розмаїття і складність таких її проявів зу-

мовлена, з-поміж іншого, постійним розвитком технологій, передусім у сфері комунікації та передачі інформації. Тому сьогодні традиційне розуміння свободи вираження поглядів як права говорити, висловлювати думку і поширювати ідеї самостійно або за допомогою ЗМІ наповнюється новим змістом [1]. Ситуація значно ускладнюється внаслідок регіональних особливостей розуміння даного права, що серед іншого зумовлено культурним релятивізмом, а також існуванням кількох регіональних систем захисту прав людини. Саме тому такою важливою є діяльність універсального органу, який намагається знівелювати ці регіональні особливості та гарантувати єдиний підхід до розуміння свободи вираження поглядів. Таким органом на сьогодні є Комітет ООН з прав людини (Комітет).

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Діяльність Комітету ООН з прав людини була предметом дослідження широкого кола як вітчизняних так і зарубіжних науковців. Серед них можна назвати С. Асірян, М. Буроменського, М. Гнатовського, А. Зубареву, В. Мицика, Т. Сироїд Д. Фішера та інших. Однак вони в основному зосереджувалися на питаннях пов'язаних з захистом прав людини загалом. Окремих досліджень, які б стосувалися захисту свободи вираження поглядів цим органом немає.

Таким чином **метою** даної статті є аналіз діяльності Комітету ООН з прав людини у сфері захисту свободи вираження поглядів.

Виклад основного матеріалу. Комітет ООН з прав людини було створено на підставі Міжнародного пакту про громадянські та політичні права 1966 р. (далі – МПГПП, Пакт) Основне його завдання - контроль за дотриманням даного документу.

Комітет має право контролювати дотримання положень МПГПП шляхом розгляду: 1) доповідей держав – учасниць про прийняті ними заходи для реалізації положень МПГПП; 2) скарг держав – учасниць про порушення положень МПГПП; 3) скарг індивідів про порушення державою – учасницею прав, закріплених у МПГПП.

Розгляд доповідей держав. Як наголошував Б. Манов, розгляд доповідей становить основний метод у механізмі сприяння реалізації МПГПП [17, с. 89]. Цей погляд загалом підтримали й

інші вчені [28, с. 142; 20, с. 227]. Причому А. Зубарева зазначає, що науковці, які досліджують діяльність Комітету ООН з прав людини, акцентують на складності й делікатності цього елементу його моніторингового механізму [15, с. 227].

Доповіді держав умовно можна розподілити на три види – початкові, періодичні й додаткові. Початкові подають держави упродовж року з моменту набрання чинності для них Пакту. На відміну від початкових, періодичні доповіді подаються періодично. Відповідно до пп.2 п. 66 Правил процедури, Комітет самостійно визначає періодичність подання доповідей. На 13-й сесії Комітет прийняв рішення, згідно з яким такі доповіді держави повинні подавати на його розгляд кожні п'ять років, починаючи з моменту розгляду попередньої доповіді [19]. Однак існує велика ймовірність, що цей період буде зменшено до трьох років, оскільки існуючий п'ятирічний період встановлено у зв'язку зі значною завантаженістю названого органу [17, с.90].

Третій вид – додаткові доповіді – уперше використано в 1992 р. Тоді Комітет попросив державу надати йому додаткові відомості з окремих питань. Запит стосовно подання такої доповіді може бути скерований у будь-який час, коли Комітет вважатиме це за потрібне. Причому у запиті зазначається бажаний термін надання доповіді, а також бажану форму та зміст останньої. Однак найчастіше держави, працюючи над доповідями використовують Керівні принципи щодо форми і змісту періодичної доповіді [29], ухвалені Комітетом ще 27 липня 1981 р.

Комітет за результатами доповіді може надсилати загальні зауваження, де встановлюватиме основні напрями, яким держава повинна приділити особливу увагу.

Н. Фаяд, проаналізувавши відповідну практику Комітету, стверджує, що цей орган у процесі підготовки зауважень керується певними міркуваннями. Так, ці зауваження повинні: сприяти співпраці між державами– учасницями МПГПП щодо його виконання; відображати досвід Комітету, накопичений у процесі розгляду таких доповідей; допомагати державам у питаннях, пов'язаних із підготовкою доповіді; стимулювати держави і міжнародні організації у сфері захисту прав людини [24, с. 92].

Як передбачає Пакт, Комітет може надсилати доповіді державам, разом зі загальними зауваженнями, висловленими щодо них ЕКОСОП. Держави також можуть надсилати власні міркування Комітету стосовно загальних зауважень. Додатково держави зобов'язані у встановлені строки давати відповіді про ті першочергові питання, на які звернув особливу увагу Комітет у своїх зауваженнях.

Серед питань, що має розкрити держава у доповіді, – стан виконання ст. 19 МПГПП. Часто Комітет у зауваженнях констатує порушення цієї свободи державами. За приклад можна навести Японію [14], стосовно якої встановлено порушення права на збір інформації. У зауваженні до Азербайджану [2] Комітет констатував, порушення права на доступ до інформації і заявив, що відсутність правових актів, які передбачають процедуру доступу до інформації, не повинно бути перешкодою для її отримання особою. У кількох заключних доповідях Комітет стверджував, що держави повинні вживати усіх необхідних заходів з метою захисту прав журналістів [3], правозахисників [9; 10], судів і адвокатів [12], а в випадку посягання на них належно провести розслідувати такі випадки [4;5]. У зауваженнях стосовно України Комітет зазначає недопустимість встановлення непрямих переваг чи обмежень для роботи ЗМІ зокрема під час розподілу частот [13]. Ідентичне зауваження існує щодо Кувейту [8].

Вагомою процедурою, яку використовує Комітет є розгляд міждержавних скарг. Ця процедура, однак, не обов'язкова, тобто потребує попередньої згоди держави на участь у ній. Відповідно до ст. 41 МПГПП, держава, що бере участь у цьому Пакті, може будь-коли заявити, про визнання компетенції Комітету отримувати і розглядати повідомлення стосовно того, що якась держава-учасниця стверджує, про невиконання іншою державою-учасницею своїх зобов'язань за цим Пактом. Повідомлення, передбачені цією статтею, можуть прийматися і розглядатися лише у тому випадку, коли їх подала держава-учасниця, що зробила заяву про визнання для себе компетенції цього Комітету. Комітет не приймає жодних повідомлень, коли вони стосуються держави-учасниці, яка не зробила такої заяви. Положення набуло чинності з 28

березня 1979 р. – тоді десять держав зробили такі заяви. Сьогодні їх вже налічується понад 60, але деякі з них – зі застереженнями. Як приклад можна назвати СРСР, що у 1973 р. під час ратифікації МПГПП заявив, про визнання компетенції Комітету стосовно фактів, які мали місце після заяви про визнання, а що держава, яка їх подає, також повинна зробити таку заяву [18, с. 59-60].

Комітет, за результатами розгляду заяви, оголошує рішення у справі. І тут можливі два випадки: 1) коли досягається вирішення суперечки, Комітет обмежується у доповіді коротким викладом фактів і досягнутого рішення; 2) якщо ж рішення не досягнуте, Комітет у доповіді коротко викладає факти справи; а також подає письмові заяви і запис усних заяв, викладених заінтересованими державами – учасниками.

По суті, у рамках процедур розгляду міждержавних спорів Комітет у жодному випадку не є органом міжнародної юстиції та не виконує судових чи арбітражних функцій. Він – посередник між сторонами і намагається у межах своїх функцій забезпечити досягнення компромісного вирішення спору. У рамках такої процедури Комітет особливу увагу приділяє тому, щоб спірне питання врегулювали самі держави між собою на взаємовигідній і добровільній основі [16, с.119-120].

Як засвідчує інформація, подана на сайті Комітету, він не розглядав жодної справи стосовно порушення ст. 19 Пакту.

Останній з механізмів Комітету – *розгляд індивідуальних скарг про порушення державою МПГПП*. Саме ця процедура допомогла Комітету стати одним з найефективніших конвенційних органів. Так лише за 25 років роботи (до 2002 р.), Комітет отримав понад 1 тис. скарг стосовно порушення прав і свобод, закріплених у Пакті про громадянські та політичні права 1966 р. З них близько 40% розглянуто й вирішено, 40% відхилено, а решта перебували на стадії розгляду [35, с. 5]. Упродовж 2003 – 2015 р. у Комітет подано ще 1617 скарг [30].

Зазначену процедуру запровадив Факультативний протокол [23] до МПГПП, ст. 1 якого передбачає: держава – учасниця Пакту, що також є учасницею Протоколу, «визнає компетенцію Комітету приймати і розглядати повідомлення від підпадаючих

під її юрисдикцію осіб, котрі стверджують, що вони є жертвами порушень цієї державою-учасницею якогось із прав, викладених у Факультативному протоколі до МПГПП. Жодне повідомлення Комітет не приймає у випадку, коли воно стосується держави, що не є учасницею цього Протоколу. У ст. 3 Протоколу передбачено, що Комітет не може розглядати анонімні скарги і подані з порушенням установленної процедури. Після отримання такої скарги Комітет доводить її суть до держави, проти якої її подано. Остання упродовж шести місяців може надати пояснюючу інформацію (письмові пояснення) стосовно скарги, після чого Комітет виносить рішення і доводить його до відома держав.

Саме у межах цієї процедури розглядаються більшість справ щодо свободи вираження поглядів. Кількість таких справ надзвичайно велика, тому коротко проаналізуємо основні їх категорії.

Перша категорія справ, які доцільно виокремити, стосується *загальних питань, пов'язаних із свободою вираження поглядів*. За приклад останніх назвемо справу «Форіссон проти Франції», де Комітет розглядав питання про законність криміналізації певних діянь, що потрапляють до сфери свободи вираження поглядів [34]. У цій справі Комітет акцентував на неприпустимості таких дій, як криміналізація існування в особі власних поглядів, що несумісно з п. 1 ст. 19 МПГПП. Схожих висновків дійшов Комітет на підставі розгляду справи «Мпака-Нсуци проти Заїру» [25]. Він констатував: переслідування, залякування або стигматизація особи, зокрема арешт, утримання під вартою, судовий розгляд або позбавлення волі за думки, яких людина може дотримуватися, є порушенням свободи вираження поглядів. Ідентичні міркування викладені у справі «Міка Міха проти Екваторіальної Гвінеї» [27]. У цьому контексті варто звернути увагу на справи, де Комітет визначає сферу поширення свободи вираження поглядів на окремі дії. Так ст. 19 і ст. 20 Пакту охоплюють такі діяння: коментарі на особисті [26] або політичні теми [32], політичні виступи [27], обговорення питань прав людини [31], журналістську діяльність [33], культурне і художнє вираження, викладання, релігійні виступи, комерційну рекламу [21].

Друга категорія справ, яку розглядав Комітет – *справи про свободу інформації*. Комітет констатував, що це право з-поміж ін-

шого передбачає низку можливостей, зокрема право кожної особи на доступ до продукції ЗМІ, право засуджених осіб на доступ до історії хвороби (справа проти України [36]), право ЗМІ на доступ до інформації, що стосується державних питань.

Третьою категорією справ, які досить часто стають предметом розгляду Комітету, є *питання щодо законності обмеження свободи вираження поглядів*. Комітет зазначив, що держава має вжити усіх необхідних заходів з метою запобігання незаконному обмеженню свободи вираження поглядів з боку її органів чи приватних осіб. Будь-які спроби змусити особу замовкнути, у тому числі внаслідок погроз або застосування до неї незаконного арешту, фізичного насильства, катування – несумісні зі свободою вираження поглядів. Неодноразово Комітет констатував, що заходи з обмеження свободи вираження поглядів мають бути співмірними та законними. Крім того, Комітет акцентував на тому, що закони, які передбачають покарання за висловлювання думок щодо історичних фактів є несумісними з передбаченими Пактом зобов'язаннями держав-учасників поважати свободу вираження поглядів.

Висновки. Основою конвенційних механізмів захисту свободи вираження поглядів є Комітет ООН з прав людини, створений на підставі МПГПП. Комітет має право контролювати дотримання положень Пакту шляхом розгляду доповідей держав – учасниць про прийняті ними заходи для реалізації положень МПГПП, скарг держав-учасниць стосовно порушення положень МПГПП, скарг індивідів під час порушення державою – учасницею прав, закріплених у МПГПП.

При цьому найефективнішим механізмом захисту свободи вираження поглядів в рамках Комітету є розгляд індивідуальних скарг. Цьому сприяє кілька чинників, серед них – індивідуальний характер представництва.

1. Гомьен Д., Харрис Д., Зваак Л. *Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия : право и практика*. Москва : МНИМП, 1998.
2. *Заключительные замечания в отношении Азербайджана (CCPR/C/79/Add.38)*. Управление Верховного комиссара ООН по правам чело-

- века. URL: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f79%2fAdd.38&Lang=ru
3. *Заключительные замечания в отношении Алжира (CCPR/C/DZA/CO/3). Управление Верховного комиссара ООН по правам человека.* URL: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fDZA%2fCO%2f3&Lang=ru
 4. *Заключительные замечания в отношении Гайаны (CCPR/C/79/Add.121) Управление Верховного комиссара ООН по правам человека.* URL: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f79%2fAdd.121&Lang=ru
 5. *Заключительные замечания в отношении Грузии (CCPR/C/GEO/CO/3). Управление Верховного комиссара ООН по правам человека.* URL: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fGEO%2fCO%2f3&Lang=ru
 6. *Заключительные замечания в отношении Колумбии (CCPR/CO/80/COL). Управление Верховного комиссара ООН по правам человека.* URL: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fCO%2f80%2fCOL&Lang=ru
 7. *Заключительные замечания в отношении Коста-Рики (CCPR/C/CRI/CO/5). Управление Верховного комиссара ООН по правам человека.* URL: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fCRI%2fCO%2f5&Lang=ru
 8. *Заключительные замечания в отношении Кувейта (CCPR/CO/69/KWT). Управление Верховного комиссара ООН по правам человека.* URL: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fCO%2f69%2fKWT&Lang=ru
 9. *Заключительные замечания в отношении Никарагуа (CCPR/C/NIC/CO/3). Управление Верховного комиссара ООН по правам человека.* URL: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fCO%2f69%2fKWT&Lang=ru
 10. *Заключительные замечания в отношении Сирийской Арабской Республики (CCPR/CO/84/SYR). Управление Верховного комиссара ООН по правам человека.* URL: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fCO%2f84%2fSYR&Lang=ru
 11. *Заключительные замечания в отношении Судана (CCPR/C/SDN/CO/3). Управление Верховного комиссара ООН по правам человека.* URL: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fSDN%2fCO%2f3&Lang=ru

12. *Заключительные замечания в отношении Туниса (CCPR/C/TUN/CO/5). Управление Верховного комиссара ООН по правам человека. URL: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fTUN%2fCO%2f5&Lang=ru*
13. *Заключительные замечания в отношении Украины (CCPR/CO/73/UKR). Управление Верховного комиссара ООН по правам человека. URL: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fCO%2f73%2fUKR&Lang=ru*
14. *Заключительные замечания в отношении Японии (CCPR/C/JPN/CO/5). Управление Верховного комиссара ООН по правам человека. URL: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fJPN%2fCO%2f5&Lang=ru*
15. *Зубарева А. Є Доповіді держав-учасниць Міжнародного Пакту, про громадянські та політичні права 1966 р. як елемент моніторингового, механізму Комітету ООН з прав людини. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Юриспруденція. 2013. № 2 (1). С. 227–230.*
16. *Зубарева А. Є. Комітет ООН з прав людини : монографія / А. Є. Зубарсва; за наук. ред. проф. В. М. Репецького. - Львів : ЛНУ імені Івана Франка, 2017.- 276 с.*
17. *Манов Б. Г. ООН и содействие осуществлению соглашений о правах человека / Отв. ред. В. М. Чхиквадзе; АН СССР, Ин-т государства и права. Москва : Наука, 1986. 110 с.*
18. *Панова Е. В. Международно-правовые основы деятельности комитета по правам человека : дис. ... к-та юрид. наук : 12.00.10 / Российский университет дружбы народов. Москва, 2005. 199 с.*
19. *Правила процедуры Комитета по правам человека, CCPR/C/3/Rev.10. Управление Верховного комиссара ООН по правам человека. URL: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f3%2fREV.10&Lang=en*
20. *Сиройд Т. Л. Міжнародні універсальні контрольні органи захисту прав людини : сучасний стан та перспективи розвитку. Міжнародне право XXI століття: сучасний стан та перспективи розвитку (до 60-ліття проф. В. М. Репецького) / за ред. д.ю.н., проф. М. М. Микієвича. Львів : ЛА «Піраміда», 2013. С.222–236.*
21. *Сообщение № 736/97, Росс против Канады. Соображения приняты 18 октября 2000 года.*
22. *Сообщение № 926/2000, Шин против Республики Корея. Соображения приняты 16 марта 2004 года.*

23. *Факультативный протокол к Международному пакту о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 года.* URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/racipro1.shtml
24. *Фаяд Н. Ю. Контрольный механизм по международным пактам о правах человека. (Сравнительный анализ) : дис. ... к-та юрид. наук : 12.00.10 / Институту государства и права РАН. – Москва, 1998. 177 с.*
25. *André Alphonse Mpraka-Nsusu, Communication No. 157/1983, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 at 187 (1990). University of Minnesota Human Rights Library.* URL: <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/newscans/157-1983.html>
26. *Anthony Fernando v. Sri Lanka, Communication No. 1189/2003, U.N. Doc. CCPR/C/83/D/1189/2003 (2005). University of Minnesota Human Rights Library.* URL: <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/1189-2003.html>
27. *Essono Mika Miha v. Equatorial Guinea, Communication No. 414/1990, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/414/1990 (1994). University of Minnesota Human Rights Library.* URL: <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/html/vws414.htm>
28. *Fischer D. D. Reporting Under the Covenant on Civil and Political Rights: The First Five Years of the Human Rights Committee. The American Journal of International Law. January 1982. Vol. 76. No. 1. P. 142–153.*
29. *Guidelines regarding the form and contents of periodic reports from states parties, CCPR/C/20/Rev.2. Office of the High Commissioner for Human Rights.* URL: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2F20%2FRev.2&Lang=en
30. *Individual Human Rights Complaints Handled by the UN : Few and Vey Far Between. Human Rights Voice.* URL: http://www.humanrightsvoices.org/EYEontheUN/un_101/facts/?p=54
31. *Mr. Vladimir Velichkin v. Belarus, Communication No. 1022/2001, U.N. Doc. CCPR/C/85/D/1022/2001 (2005). University of Minnesota Human Rights Library.* URL: <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/1022-2001.html>
32. *Patrick Coleman v. Australia, Communication No. 1157/2003, U.N. Doc. CCPR/C/87/D/1157/2003 (2006). University of Minnesota Human Rights Library.* URL: <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/1157-2003.html>
33. *Rakhim Maylonov and Shansiy Sa'di v. Uzbekistan, Communication No. 1334/2004 CCPR/C/95/D/1334/2004 (2009). Refworld.* URL: <http://www.refworld.org/cases,HRC,4ac9aaa22.html>
34. *Robert Faurisson v. France, Communication No. 550/1993, U.N. Doc. CCPR/C/58/D/550/1993(1996). University of Minnesota Human Rights Library.* URL: <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/html/VWS55058.htm>

35. *Selected Decisions of The Human Rights Committee Under The Optional Protocol. Vol. 7. Office Of The United Nations High Commissioner For Human Rights. New York and Geneva : United Nations, 2006. 434 p.*
36. *Zheludkov v. Ukraine : Communication No. 726/1996:UN Doc. CCPR/C/76/D/726/1996 (2002). WorldCourts _ Case Law of the International Judicial & Quasi-Judicial Bodies*[http. URL: http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/2002.10.29_Zheludkova_v_Ukraine.htm](http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/2002.10.29_Zheludkova_v_Ukraine.htm)

Мельник А. В. Діяльність Комітету ООН з прав людини у сфері захисту свободи вираження поглядів

Стаття присвячена аналізу діяльності комітету ООН з прав людини в сфері захисту свободи вираження поглядів. Автор констатує, що Комітет є контрольним органом Міжнародного пакту про громадянські та політичні права 1966 р. який в процесі своєї діяльності може використовувати такі основні механізми: 1) розгляд доповідей держав – учасниць про прийняті ними заходи для реалізації положень МПГПП; 2) розгляд скарг держав – учасниць про порушення положень МПГПП; 3) розгляд скарг індивідів про порушення державою – учасницею прав, закріплених у МПГПП. Особлива увага приділена практиці розгляду індивідуальних справ в сфері свободи вираження поглядів як найбільш ефективному механізму комітету.

Ключові слова: свобода вираження поглядів, Комітет ООН з прав людини, Міжнародний пакт про громадянські і політичні права 1966 р.

Мельник А. В. Деятельность Комитета ООН по правам человека в сфере защиты свободы слова

Стаття посвячена аналізу діяльності Комітету ООН по правам человека в сфере защиты свободы слова. Автор констатирует, что Комитет является контрольным органом Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 г. (Пакт) который в процессе своей деятельности может использовать следующие основные механизмы: 1) рассмотрение докладов государств - участников о принятых ими мерах по реализации положений Пакта; 2) рассмотрение жалоб государств - участников о нарушении положений Пакта; 3) рассмотрение жалоб индивидов о нарушении государством - участником прав, закреплённых в Пакте. Особое внимание уделено практике рассмотрения индивидуальных дел в сфере свободы слова как наиболее эффективному механизму Комитета.

Ключевые слова: Свобода выражения мнения, Комитета ООН по правам человека, Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 г.

Melnyk A. V. Activities of the UN Committee on Human Rights in the field of the protection of freedom of expression.

The article is devoted to the analysis of the UN Human Rights Committee's work on the protection of freedom of expression. The author states that the Committee is the controlling body of the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966. A covenant which in the course of its activities can use such basic mechanisms: 1) consideration of reports of States parties on measures taken by them to implement the provisions of the Covenant; 2) consideration of complaints by States parties regarding

the violation of the provisions of the Covenant; 3) consideration of individual complaints about violations by the State party to the rights enshrined in the Covenant. Particular attention is paid to the practice of considering individual cases in the field of freedom of expression as the most effective mechanism of the Committee.

The Committee's practice was analyzed in three categories of cases, namely: general issues related to freedom of expression; freedom of information; on the legality of restricting freedom of expression as such is the most interesting and significant in practice.

Keywords: Freedom of expression, UN Human Rights Committee, International Covenant on Civil and Political Rights of 1966.

Розвадовський В.І.

ПРОЦЕСУАЛЬНІ ПРАВА АДВОКАТА В КОНСТИТУЦІЙНОМУ ПРОВАДЖЕННІ: ТЕОРІЯ ТА ПРАКТИКА

УДК 342.536.1

Постановка проблеми. Як відомо, конституційне судочинство, в порівнянні з кримінальним, цивільним, господарським та адміністративним процесом, має свої істотні відмінності, що в значній мірі й визначає специфіку діяльності адвоката, який бере участь у правовому забезпеченні інтересів певної сторони при розгляді конституційних судових справ.

Змістом конституційної юстиції, як відомо, є забезпечення верховенства і прямої дії Конституції України, захист прав і свобод людини і громадянина шляхом дослідження та тлумачення правових норм, головним чином, з позиції їх відповідності положенням Основного Закону України. Фактичні обставини справи з'ясовуються Конституційним Судом України (далі - КСУ) виключно на тому рівні, на якому вони можуть привести до оцінки конституційності закону або іншого нормативного акту, окремих його положень [1, с110].

Таким чином, якщо у в інших видах судового процесу вченими досягнуто вагомих успіхів, то інститут представництва у конституційному провадженні КСУ до цього часу не піддався критичному аналізу з боку науки конституційного права.

Стан дослідження. Фактично мета, суть та значення уповноваженого представника та його процесуальне становище в конституційному провадженні фактично ніким не досліджувалось.

Мета і завдання дослідження. Для нас важливо з'ясувати - як з матеріального, так і процесуального боку - природу інституту представника у конституційному судочинстві. Оскільки саме у процесі такого судочинства здійснюється конституційний контроль за найбільш спірними нормативно-правовими актами держави, проводиться офіційне тлумачення норм Конституції України тощо.

Виклад основного матеріалу. Правовий інститут представництва має широку сферу застосування. Він характерний як для галузей публічного права (зокрема, для кримінального процесу та адміністративного права), так і для приватного права (наприклад, цивільний процес та цивільне право), де він і отримав найбільшу розробленість і застосування. Потреба в ньому виникає не тільки тоді, коли сам представляється в силу закону (наприклад, через відсутність дієздатності) або конкретних життєвих обставин (наприклад, через хворобу, відрядження, зайнятості тощо) не може особисто здійснювати свої права та обов'язки [2, с.16].

Фактично сьогодні існує проблема щодо визначення статусу представника - адвоката у конституційному провадженні, оскільки в законодавстві про КСУ існує прогалина стосовно його прав та обов'язків у цьому специфічному виді провадження.

Формально висновок про можливість залучення адвоката до конституційного провадження можна зробити опосередковано через аналіз статті 70 Закону України «Про Конституційний Суд України» 2017 року (далі – Закон про КСУ). Так, відповідно до частини першої вказаної статті учасниками вказаного провадження є суб'єкт права на конституційне подання, на конституційне звернення, на конституційну скаргу (уповноважена особа, що діє від його імені) та орган або посадова особа, які ухвалили акт, що є предметом розгляду в КСУ (далі - учасник конституційного провадження). А також - залучені Судом до участі у розгляді справи органи та посадові особи, свідки, експерти, спеціалісти, перекладачі та інші особи, участь яких необхідна для забезпечення

об'єктивного і повного розгляду справи (далі - залучений учасник конституційного провадження) [3].

Враховуючи вищезазначене, можна визначити права та обов'язки учасника - адвоката у конституційному провадженні, виходячи зі статті 71 Закону про КСУ, яка закріплює права та обов'язки учасника конституційного провадження загалом. Отож, адвокат як учасник конституційного провадження має право:

- 1) знайомитися із матеріалами справи;
- 2) давати усні та письмові пояснення;
- 3) викладати свої думки з питань, що розглядаються;
- 4) ставити з дозволу головуючого запитання іншим учасникам конституційного провадження;
- 5) заявляти клопотання;
- 6) подавати заяви про відвід судді КСУ;
- 7) користуватися іншими правами, передбаченими цим Законом та Регламентом КСУ.

При дослідженні даної проблеми вважаємо за доцільне навести приклади із зарубіжної конституційно-судової практики. Так, у Чехії відповідно до вимог статті 29 закону «Про Конституційний Суд» (в редакції від 16 червня 1993 року) [4] учасник конституційного провадження має право мати лише одного адвоката. Значно суворіші вимоги до представника сторони у конституційного провадження передбачає законодавець Румунії. За діючим законом стороною процесу має бути виключно адвокат, який має право виступати перед Верховним Судом касації та правосуддя.

В ФРН представниками зацікавленої сторони у конституційному провадженні мають право бути як адвокати, так і викладачі права. Дослідник Дідик Е. М. вважає, що участь адвоката, як представника в конституційному судочинстві, є обов'язковим [5].

На даний час участь адвоката, як представника сторони добре себе зарекомендовано в Франції, Австрії, Італії, Словенії, Швейцарії та інших [6].

На підставі викладеного, вважаємо за доцільне внести відповідні зміни до національного законодавства про КСУ з тим, щоб передбачити, хто може бути представником у конституційному провадженні в Україні, визначити каталог кваліфікаційних ви-

мог до зазначеного учасника даного провадження, особливості його правового статусу, перелік прав та обов'язків представника у конституційному провадженні, а також інші суміжні питання, пов'язані з участю такого представника.

На мою думку, таким представником у конституційному провадженні повинен бути адвокат, оскільки саме він забезпечує здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги на професійній основі. Крім того, частина перша статті 5 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (далі – Закон про адвокатуру) передбачає, що адвокатура є незалежною від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб, що, на мою думку, є важливою перевагою при участі адвоката у конституційному провадженні [7].

Важливо також зауважити, що пункт 6 частини першої статті 19 Закону про адвокатуру визначає головну мету адвокатської діяльності - представництво інтересів фізичних та юридичних осіб у судах під час здійснення кримінального, цивільного, господарського, адміністративного та конституційного судочинства, а також в інших державних органах, перед фізичними та юридичними особами. Однак, як вже зазначалося вище, законодавству не вистачає деталізації та чіткого визначення участі адвоката у конституційному провадженні.

Безумовно, при дослідженні прав адвоката у конституційному провадженні необхідно, перш за все, звернути увагу на статтю 20 Закону про адвокатуру, яка визначає професійні права адвоката. Так, під час здійснення адвокатської діяльності адвокат має право вчиняти будь-які дії, не заборонені законом, правилами адвокатської етики та договором про надання правової допомоги, необхідні для належного виконання договору про надання правової допомоги.

Однак крім зазначених прав, у зв'язку з особливостями конституційного судочинства, на наш погляд, доцільно також виділити певні специфічні права адвоката. Так, деякі науковці звертають увагу на не включенні до безпосередніх суб'єктів права на конституційне подання, звернення чи скаргу адвокатів. Дослідник А.

Власов вказує, що зазначене «обмежує адвокатську спільноту в доступі до правосуддя, недооцінює і необґрунтовано принижує дуже важливий в правовій державі правозахисний орган» [8].

З позицією пана А. Власова важко не погодитися, оскільки саме адвокатура виконує функцію надання професійної правової допомоги, а тому адвокати та адвокатура загалом (в особі Ради адвокатів України тощо) повинні бути внесені на законодавчому рівні до числа суб'єктів права на конституційне подання, звернення чи скаргу. Це підвищить рівень не тільки обґрунтованості правових позицій певної сторони у конституційному провадженні, але й допоможе у прийнятті більш збалансованих рішень КСУ щодо конституційності законів та інших правових актів Верховної Ради України, Президента України, Кабінету Міністрів України, Верховної Ради Автономної Республіки Крим.

Отже, на підставі проведеного дослідження варто зазначити, що роль адвоката, як особи, яка забезпечує здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги на професійній основі, у конституційному провадженні посідає вагоме становище внаслідок специфіки останнього, а також - його важливості для суспільства та розвитку держави.

Зрозуміло, що для ефективного здійснення адвокатом своїх професійних функцій у конституційному провадженні, варто визначити на законодавчому рівні особливості його участі у даному судочинстві. Перш за все, варто визначити кваліфікаційні вимоги до такої особи. Як зазначалось вище, можна скористатися досвідом зарубіжних країн і встановити можливість здійснення представництва як адвокатами, так і викладачами права з науковим ступенем.

Однак з огляду на встановлення, внаслідок сучасних змін до процесуального законодавства, «монополії» адвокатів, доцільно передбачити на рівні національного законодавства, що представниками у конституційному судочинстві можуть бути виключно адвокати. Також, варто встановити кількість адвокатів, які одночасно можуть здійснювати представництво у конституційному провадженні, з врахуванням того, що велика їхня кількість може «гальмувати» та ускладнювати процес розгляду справи. Варто

враховувати й галузь права, якої стосується нормативно-правовий акт, конституційність якого перевірятиме КСУ. Оскільки це може бути пов'язано з іншими галузями права, крім конституційного права і процесу, а тому виникає потреба у залученні адвокатів, які компетентні у сфері кримінального, цивільного, адміністративного чи іншої галузі права.

Висновки. Отже, важливим є закріплення на законодавчому рівні особливостей правового статусу адвоката у конституційному судочинстві. Можна їх закріпити за аналогією зі статтею 20 Закону про адвокатуру, уповноваживши його на подачу правом на конституційне подання, звернення чи скаргу. Це гарантуватиме, як вже зазначалось, високопрофесійне представництво інтересів сторони, яка позивається в КСУ, та практичне і теоретичне «бачення» проблем, прогалин, суперечностей та інших невідповідностей оскаржуваних нормативно-правових актів відповідним положенням Конституції України. Іншими словами, адвокати на практиці зможуть забезпечити належне правове консультування з приводу відповідних питань.

На мою думку, вказане законодавче нововведення допоможе КСУ, оскільки спростить конституційне судочинство внаслідок наділення адвокатом зазначеним правом, а також позитивно вплине на вдосконалення практики реалізації всієї системи законодавства загалом та «приведення» його у відповідність до сучасних стандартів розвитку права та суспільства безпосередньо.

Описана нами модель законодавчого врегулювання статусу адвоката у конституційному провадженні можлива лише при традиційному юридико-позитивістському підході. Але сучасний КСУ налаштований впроваджувати доктрини «живого» права та «живої» Конституції, а значить його роль з даного питання буде активістською. Тому слід очікувати, що саме Суд буде крок за кроком вдосконалювати роль адвокатів у конституційному провадженні, виходячи із засад верховенства права, захисту гідності та прав людини, а також – конституційної демократії.

1. Цимбалістий Т. О. Конституційна юстиція в Україні, Навчальний посібник, К., 2007.
2. Розвадовський В.І. Інститут представництва у конституційному провадженні. Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодав-

ства України. *Збірник наукових статей. Випуск 40. Івано-Франківськ. 2016. С.16-27.*

3. Закон України "Про Конституційний Суд України" від 13.07.2017 р. № 2136-VIII (Відомості Верховної Ради (ВВР), 2017, № 35, ст.376) [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2136-19>.
4. Закон "Про Конституційний суд" від 16.06.1993 р. режим доступу: <http://www.zakonyprolidi.cz/sc/1993-182>
5. Дидык Э. М. Понятие и значение судебного представительства адвокатом интересов доверителя в конституционном судопроизводстве /Э.М. Дидык// Адвокатская практика. – 2014. - № 3 – С. 38.
6. Заборовський В. В., Жежихова М. Особливості правового становища адвоката у конституційному судочинстві. Конституційно-правові академічні студії № 1/2016. С. 109 – 117.
7. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 05.07.2012 № 5076-VI (Відомості Верховної Ради (ВВР), 2013, № 27, ст.282). [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>.
8. Власов А. А. Конституционное правосудие и право адвоката на запрос (организационный и процессуальный аспекты). Учетные труды Российской Академии адвокатуры и нотариата. 2013. №1. С. 10 – 12.

Розвадовський В.І. Процесуальні права адвоката у конституційному провадженні: теорія і практика

У статті досліджується правова природа, правовий статус, права і обов'язки адвоката в конституційному провадженні. Автор відзначає, що адвоката слід наділити правом на конституційне подання, звернення чи скаргу.

Ключові слова: адвокат, представник у конституційному провадженні, конституційне провадження, професійна правова допомога.

Розвадовский В.И. Процессуальные права адвоката в конституционном производстве: теория и практика

В статье исследуется правовая природа, правовой статус, права и обязанности адвоката в конституционном производстве. Автор отмечает, что адвоката следует наделить правом на конституционное представление, обращение или жалобу.

Ключевые слова: адвокат, представитель в конституционном производстве, конституционное производство, профессиональная правовая помощь.

Rozvadovsky VI Procedural Rights of a Lawyer in Constitutional Proceedings: Theory and Practice

The article investigates the legal nature, legal status, rights and duties of a lawyer in the constitutional proceeding. The author notes that it is expedient to make

appropriate changes to the national legislation on the CCU in order to predict who can be a representative in constitutional proceedings in Ukraine, to determine the catalog of qualification requirements for the specified participant of this proceeding, especially its legal status, the list of rights and obligations, representations in the constitutional proceeding, as well as other related issues related to the participation of such a representative.

In the constitutional proceeding, first of all, it is necessary to draw attention to Article 20 of the Law on the Bar, which defines the professional rights of a lawyer. Thus, while exercising lawyer's activity, the lawyer has the right to take any actions not prohibited by law, the rules of lawyer's ethics and the contract on the provision of legal assistance necessary for the proper performance of the contract on the provision of legal assistance.

Summing up, the author believes that the lawyer should be granted the right to a constitutional petition, appeal or complaint. the mentioned legislative innovation will help the CCU, as it will simplify the constitutional justice as a result of giving the lawyer the said right, and also will positively influence the improvement of the practice of implementing the whole system of legislation in general and «bringing it» in line with modern standards of development of law and society directly.

Key words: lawyer, representative in constitutional proceeding, constitutional proceeding, professional legal assistance.

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

Албу А.А.

КАТЕГОРІЯ УПРАВЛІННЯ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ КРАЇН АНГЛОСАКСОНСЬКОЇ ТА КОНТИНЕНТАЛЬНОЇ ПРАВОВИХ СІМЕЙ

УДК 349.422

Актуальність теми. У світовій практиці здійснення довірчих операцій є одним з найбільш своєрідних і разом з тим значущих видів діяльності в сфері економіки та права. Основною причиною популяризації цього напрямку фінансової діяльності на західному ринку стало те, що довірчі операції в силу своєї природи поширюються практично на весь спектр відносин на фондовому і фінансових ринках. З початку розвитку фондового ринку в Україні, його регулювання здійснювалося за допомогою банківського механізму. Проте поштовхом для розвитку довірчих відносин в нашій країні став не стільки розвиток її фондового чи фінансових ринків, скільки взятий Україною стратегічний курс на зняття обмежень на майно.

Відмовившись від монополії держави в економічній сфері і почавши реальний процес приватизації, держава відчула гостру необхідність у пошуку нових більш ефективних механізмів управління власністю. У період існування адміністративно-командної системи сфера дії цивільного права була обмеженою. Економічна реформа, що сприяла радикальним змінам в економічному середовищі, трансформації планової централізованої економіки в

ринкову, вже сама по собі не могла не позначитися на існуючих усередині країни суспільних відносинах та її правовій системі, що в остаточному підсумку, обумовило розширення сфери застосування цивільного права і його звільнення від адміністративних обмежень. На зміну старим інститутам повинні були прийти нові, більш передові механізми управління власністю і капіталами.

Серед науковців, які аналізували окремі аспекти довірчих відносин, слід назвати Р.А. Майданик, С.О. Сліпченко, М.М. Слюсаревський, І.В. Венедіктова, Г.Г. Харченко, О.В. Дзера, В.А. Васильєва, В.В. Луць, Ю.В. Курпас, а також серед російських науковців – З.С. Беневолєнська, В.В. Вітрянський, В.О. Дозорцев, Л.Ю. Міхеєва, А.А. Новик, М.В. Ясус та інші.

Постановка завдання. У розробленому проекті Цивільного Кодексу України була введена глава, яка називалася “Довірче управління майном”, котра згодом вже в чинному Кодексі була перейменована на “Управління майном”, що фактично означало введення в правову систему країни інституту довірчого управління майном. Крім цього відповідно до Закону України прийнятого Верховною Радою України від 19.06.2003 року “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України”, стаття 316 була доповнена ч.2, де зазначалося, що особливим видом права власності є право довірчої власності. Цим актом законодавець ввів у чинне законодавство, крім інституту управління майном, ще й довірчу власність. Отже, для вирішення нагальних проблем та вирішення питання регулювання довірчих відносин законодавець обрав двояке трактування, адже поряд з інститутом управління майном існує довірча власність. Мета даного дослідження зводиться до здійснення порівняльного аналізу існуючих правових інститутів управління майном за законодавством країн англосаксонської та континентальної правових сімей.

Результати дослідження. Управління, як комплексна, міжгалузева категорія в приватній сфері відносин розглядається в формі довірчого управління і довірчої власності. Ці два перспективні інститути приватного права при всій схожості і близькості окремих характеристик не є тотожними поняттями і прийшли до нас з різних джерел. Довірча власність або, як її ще називають

траст є властива англо-американському праву, а довірче управління – континентальному [3, с.140]. Слід зазначити, що цілі даних довірчих відносин практично повністю збігається, зокрема установник прагне максимально зберегти реальну фактичну та ринкову вартість свого майна (капіталу), а також мінімалізувати можливі втрати та збитки від непрофесійного управління, використання і розпорядження майном (капіталом), проте права та обов'язки сторін при довірчій власності та довірчому управлінні істотно розрізняються.

Довірча власність, яка притаманна англосаксонській правовій сім'ї широко застосовуються в такій країні, як Великобританія, а також США, Канада, Австралія, Нова Зеландія. Саме Велика Британію визнають, як засновника цього перспективного інституту та завдячують їй його розвитком. В свою чергу англійські юристи не усвідомлюють існування британської юриспруденції без трасту. Підтвердженням цьому є слова англійського юриста Мейтленда “що самим важливим, самим відмінним досягненням англійців в сфері юриспруденції є постійний розвиток з століття в століття ідеї траста” [4, с.23]. Проте однією з фундаментальних рис траста є відсутність його законодавчого визначення, що унеможлиблює визначення поняття трасту в узагальненій формі. Дана поняття формується на основі аналізу судових рішень та визначень, даних відомими вченими-юристами Англії та США. Відповідно до статті 2 Гаазької конвенції про визнання траста “термін “траст” відноситься до юридичних правовідносин встановлених впродовж життя чи після смерті особою-установником, коли майно передано під контроль довірчого власника на користь вигодонабувача чи досягнення визначеної цілі” [4, с.23]. Виходячи з даного визначення можна чітко окреслити коло суб'єктів такого правовідношення – установник, довірчий власник та бенефіціарій або вигодонабувач. Також можна простежити мету, яка зводиться до досягнення визначеної цілі. Саме цілі можуть бути найрізноманітніші, як просто ефективне, прибуткове управління майном, так і зменшення розміру плати податку шляхом встановлення трасту. Проте характерними особливостями інституту довірчої власності або трасту є те, що його предметом є майно

відособлене від майна довірчого власника, юридичний титул на дане майно належить довірчому власнику, а також те, що саме ця особа має повний комплекс правомочностей власника майна по володінню, користуванню і розпорядженню ним та несе відповідальність за невиконання покладених на нього обов'язків.

Довірче управління майном є інститутом зобов'язального права, який засновано на тому, що між особами існує договір, який укладений за їх обоюсторонньою згодою, і відповідно до якого у кожного з них виникають певні права та відповідно обов'язки [1, с.39]. Такий правовий інститут є характерним для країн континентального права, зокрема Російської Федерації, Республіки Молдови, України та ряду інших європейських держав. Аналізуючи дефініцію даного поняття можна з упевненістю сказати, що підставою виникнення довірчого управління є договір, тобто домовленість двох або більше осіб, що не є притаманне для довірчої власності, яка виникає внаслідок одностороннього розпорядження установника чи закону [1, с.26]. На сьогоднішній день в Російській Федерації управління майном представлено інститутом довірчого управління майном, яке має чисто зобов'язальну природу. Так відповідно до статті 1012 ЦК РФ відповідно до договору довірчого управління майном одна сторона (установник управління) передає другій стороні (довірчому управителю) на певний строк майно в довірче управління, а друга сторона зобов'язується здійснювати управління цим майном в інтересах установника управління чи іншої вказаної ним особою (вигодонабувача) [4, с.85]. З даної норми простежується відмінність термінів, які визначають особу-управителя, а саме наявність довірчого управителя за даним інститутом та довірчого власника за інститутом довірчої власності. Також слід зазначити, що таке управління складають юридичні та фактичні дії, які здійснює довірчий управитель в інтересах вигодо набувача чи самого установника. Право здійснення довірчим управителем юридичних і фактичних дій щодо отриманого майна є обмежене законодавством, адже він повинен діяти від свого імені, але вказувати при цьому свій статус управителя [2, с.56].

Висновки. Отже, довірча власність та довірче управління є два перспективних інститута управління майном з багатоміліардною історією, які використовуються країнами англосаксонської та континентальної правових сімей. Вони мають багато схожих рис, що іноді призводить до їх ототожнення, що є помилковим. Схожим насамперед є об'єкт такого правовідношення, тобто майно, яке передається в управління в інтересах іншої особи вигодонабувача чи бенефіціарія, а також те, що управитель виконує фактичні та юридичні дії для досягнення поставлених цілей. Такі дії характеризуються високим ступенем довіри та самостійності.

Найяскравішою відмінністю цих інститутів є те, що при довірчому управлінні від установника до управителя не переходить право власності на передане в довірче управління майно [5, с.8]. Таким чином, правовідношення довірчого управління має зобов'язально-правовий характер, а права довірчого управителя носять зобов'язальну природу. При правовідносинах довірчої власності (трасті) перехід права власності на передане в траст майно відбувається, що надає такому правовідношенню речово-правовий характер, а права довірчого власника відносяться до речових [2, с.60]. Також відмінність простежується в строку таких відносин, які не перевищують 5 років в довірчому управлінні та можуть бути безстроковими при довірчій власності.

Таким чином, потреба в запровадженні інструментарію для ведення довірчих операцій в Україні беззаперечна. Проте правильний вибір, законодавче визначення та трактування цих інститутів потребує удосконалення, адже призводить до низки проблем, колізій та упущень. Для цього потрібно в першу чергу, осмислити суть цих понять знаючи їх багатоміліардну історію та порядок застосування в інших країнах, адже відсутність такої послідовної роботи може призвести до зловживань в даній сфері відносин.

1. Курпас Ю.В. *Становлення та розвиток інституту управління майном в Україні: дис...канд. юрид. наук: 12.00.03 / Курпас Юлія Володимирівна.* — К., 2004. — 198с.
2. Новик А.А. *Доверительное управление имуществом в гражданском законодательстве: дис...канд. юрид. наук: 12.00.03 / Новик Александра Александровна.* — Ростов-на-Дону, 2001. — 166с.

3. Харченко Г.Г. *Правове регулювання діяльності трастових компаній та довірчих товариств: порівняльно-правовий аналіз.: дис...канд. юрид. наук: 12.00.03 / Харченко Георгій Георгійович. — О., 2003. — 193с.*
4. Ясус М.В. *Доверительное управление и траст как правовые способы передачи имущества в управление: дис...канд. юрид. наук: 12.00.03 / Ясус Максим Владимирович. — Санкт-Петербург, 2000. — 183с.*
5. Албу А.А. *К вопросу определения категории управления среди правомочий собственника [Текст] / А.А. Албу // Legea si Viata: международный научно-практический правовой журнал – 2014. – Вып. 9/2. – С. 7–9.*

Албу А.А. Категорія управління: порівняльно-правовий аналіз за законодавством країн англосаксонської та континентальної правових сімей.

У статті здійснено аналіз категорії управління, її цивільно-правових форм за допомогою використання законодавства країн англосаксонської та континентальної правових сімей. Автором досліджено та проаналізовано законодавство Великої Британії, Російської Федерації та України. На основі проведеного дослідження зроблено висновки щодо вдосконалення чинного законодавства України.

Ключові слова: довірча власність, довірче управління, управитель, довірчий власник, бенефіціарій.

Албу А.А. Категория управления: сравнительно-правовой анализ по законодательству стран англосаксонской и континентальной правовых семей.

В статье осуществлен анализ категории управления, ее гражданско-правовых форм посредством использования законодательства стран англосаксонской и континентальной правовых семей. Автором исследованы и проанализированы законодательство Великобритании, Российской Федерации и Украины. На основе проведенного исследования сделаны выводы по совершенствованию действующего законодательства Украины.

Ключевые слова: доверительная собственность, доверительное управление, управляющий, доверительный собственник, бенефициар.

Albu A.A. Category of management: comparative legal analysis according to the legislation of the countries of Anglo-Saxon and continental legal families.

The article analyzes the category of management, its civil-law forms through the use of legislation of the countries of Anglo-Saxon and continental legal families. The author examines and analyzes the laws of the United Kingdom, the Russian Federation and Ukraine. On the basis of the conducted research, conclusions were made on the improvement of the current legislation of Ukraine.

It is established that the essence of the relationship of trust (trust) under Anglo-American law is that one person - the founder of the trust property who owns the property, transfers his property to another person - the trust owner to manage in the interests of the named person - the beneficiary. The essential condition of trust (trust)

is the splitting of ownership, when the ownership of the property belongs to one person (the trust installer), the right to acquire benefits - another (the manager), and the right to receive them - to a third person (the beneficiary).

Keywords: confidential property asset management, manager, trustee, beneficiary.

Гудима-Підвербецька Марія Мирославівна

**ПОНЯТТЯ СУБСИДІАРНОГО
ЗАСТОСУВАННЯ ЦИВІЛЬНОГО
ЗАКОНОДАВСТВА ЯК ОДНОГО
З ПРОЯВІВ СУБСИДІАРНОСТІ В
ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ**

УДК 347.412

Постановка проблеми. Останні десятиліття спостерігається більша увага до осмислення субсидіарності як правового поняття, однак дана категорія здебільшого цікавить науковців публічного права. Сам термін «субсидіарність» не є легально закріпленим чинним вітчизняним законодавством, а категорія не стала предметом дослідження загальної теорії права, чи власне, науки цивільного права. Водночас в цивілістичній доктрині широко використовуються різноманітні інтепретації з використанням прикметника «субсидіарний», серед них і «субсидіарне застосування закону (норми)», «субсидіарна дія закону (норми)», «субсидіарне правове регулювання».

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Правова категорія субсидіарності в іпостасі субсидіарного застосування норм права досліджувалась досить детально у вітчизняній науці вже з радянських часів. Однак і сьогодні вона не втрачає актуальності, що підкреслює невичерпність даної проблеми в силу її значимості в суспільстві. Відтак дослідженню як теоретичних, так і практичних аспектів проблеми субсидіарного застосування норм законодавства в тій чи іншій мірі присвячено чимало публікацій вітчизняних і російських правознавців, як радянського, так і сучасного періоду, зокібна, С. С. Алексєєва, М. Й. Бару, В. І. Борисової, А. С. Довгерта, Ю. Х. Калмикова, В. І. Леушина, В. М. Лебедева,

Р. А. Майданика, С. В. Полєніної, Н. О. Саніахметової, О. Ф. Скакун, І. В. Спасибо-Фатєєвої, Є. О. Харитоновна, О. І. Харитонової, Я. Г. Янева. Серед дисертаційних робіт, в яких віднаходить місце дослідження субсидіарного застосування норм цивільного права, наявні праці О. В. Некрасової («Застосування цивільного законодавства до сімейних відносин», 2008 р.), Б. В. Фасія («Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства в Україні: теорія та практика», 2017 р.) або ж в аспекті дослідження аналогії в праві: С. І. Клім («Аналогія закону в цивільному праві України», 2012 р.) та С. В. Завальнюка («Аналогія права за цивільним законодавством України», 2015 р.). Не применшуючи значення вказаних наукових досягнень, мусимо констатувати неоднозначність в деяких істотних моментах розуміння субсидіарного застосування норм цивільного права як додаткового засобу правового регулювання. Тому метою публікації обрано аналіз субсидіарного застосування цивільного законодавства як одного з проявів субсидіарності в цивільному праві України.

Виклад основного матеріалу. Незважаючи на досить активне вживання в юридичній літературі поняття субсидіарного застосування, однозначність в його розумінні серед науковців наразі відсутня. Не вдаючись в наукову полеміку з приводу розуміння сутності субсидіарного застосування закону, відмітимо, що традиційною в юридичній літературі є інтерпретація субсидіарного застосування як засобу подолання прогалін у правовому регулюванні [1, с. 47] поряд з такими правовими прийомами, як аналогія закону і аналогія права [2, с. 28; 3, с. 35; 4, с. 77; 5, с. 403; 6, с. 56; 7, с. 12, 13]. Проте вважаємо, що таке розуміння не тільки не вносить ясності в розмежування субсидіарного застосування закону з аналогією, а й приводить до діаметрально протилежних висновків щодо означеної проблеми як в наукових колах, так і в правозастосовчій практиці. Тому будемо схильними до іншої категорії вчених, позиція яких пов'язана із запереченням зв'язку субсидіарного застосування з подоланням прогалін [8, с. 7; 9, с. 30], а значення його вбачається в забезпеченні узгодженості та несуперечності правових норм, усуненні дублювання тотожних або аналогічних норм в різних галузях права, законодавчій економії

[10, с. 23; 1, с. 17; 11, с. 112; 12, с. 81, 82; 13, с. 41]. Досліджуючи природоресурсне право В. М. Лебедев влучно зазначає, що теорія цивільного, земельного, адміністративного права може бути використана в «загальній частині» природоресурсного права, так як «навіть чи буде обґрунтованим, маючи, наприклад, аналогічну термінологію, «винаходити», вводити в теорію природно-ресурсного права свою» [14, с. 190–196].

Слід відмітити, що віднаходимо науковців, які у своїх публікаціях інтегруючи два вищевказані напрямки думок, надають двоякого значення субсидіарному застосуванню норм законодавства [15, с. 96–97; 16, с. 220]. Так Б. В. Фасій визначає субсидіарне застосування норм законодавства до цивільних і суміжних із ними відносин як «...засіб подолання прогалін і як спосіб законодавчої техніки, який дає змогу розвантажувати законодавство від нераціонального дублювання тотожних та аналогічних норм і понять у суміжних галузях права» [16, с. 220]. Така двоякість значень субсидіарного застосування нам виглядає спірною, так як веде до ототожнення аналогії та субсидіарного застосування, які хоч і об'єднані тим, що спрямовані на врегулювання відносин прямо не врегульованих нормами цивільного права, і внаслідок їх застосування виникає додаткова дія норм цієї ж чи іншої галузі права чи інституту права, все ж є самостійними правовими явищами з різними підставами, умовами застосування, функціональним призначенням, процедурою реалізації. Власне такої ж позиції дотримується законодавець, здійснюючи правове регламентування цих правових явищ окремими нормами (ст. 8 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України та ст. 9 ЦК України).

Для того, щоб внести чіткість у вирішення питання чи дійсно субсидіарне застосування норм права є засобом заповнення прогалін, а наявність прогаліни у правовому регулюванні – передумовою такого застосування, необхідним є тлумачення поняття законодавчої прогаліни й з'ясування її змісту.

На законодавчому рівні роз'яснення прогалін надане Міністерством юстиції України в п. 4 Листа «Щодо порядку застосування нормативно-правових актів у разі існування неузгодженості між підзаконними актами», згідно якого прогаліни в праві

– це повна або часткова відсутність у діючих нормативно-правових актах необхідних юридичних норм, а прогалини в законі – це повна або часткова відсутність необхідних юридичних норм у законі [17]. Між іншим даний документ серед способів заповнення прогалин в процесі застосування закону називає тільки аналогію закону і аналогію права. О. Ф. Скакун так само розмежовує прогалину в законі, під якою розуміє повну або часткову відсутність необхідних юридичних норм у чинних законодавчих актах, та прогалину в праві – пропуск у правовому регулюванні конкретного виду суспільних відносин [5, с. 400, 401]. Одразу обмовимось, що підтримуючи думку С. О. Погрібного [18, с. 256], вважаємо можливим існування прогалин виключно в цивільному законодавстві. З приводу цього Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova зазначають, що «з самої сутності приватного права, як наднаціональної (базисної) системи права, та цивільного права України, як втілення приватного права на національному рівні, впливає, що вести стосовно них мову про «прогалини у праві» є не коректним, оскільки «неповноти правового регулювання» тут не існує: учасники цивільних відносин мають право встановлювати правила поведінки своїм договором (якщо це не заборонено законом)» [7, с.11].

По суті такі самі визначення прогалини в правовому регулюванні дають науковців, які досліджували вказану проблему в цивілістичному ракурсі. Звівши визначення прогалин в цивільному законодавстві до спільного сенсу [19, с. 77, 78; 18, с. 158; 20, с. 7, 10], ними вважається неврегульованість майнових та особистих немайнових відносин, що входять у сферу цивільно-правового регулювання та потребують такої правової регламентації.

О. Д. Шиндяпіна зазначає, що субсидіарне (допоміжне) застосування норм права, має місце при вирішенні конкретної справи з використанням відсильного регулювання, коли в нормативних актах містяться посилання на норми інших актів, в тому числі на норми іншої галузі права [21, с. 51]. Тобто при субсидіарному застосуванні має місце використання законодавчого прийому відсильного регулювання, коли за допомогою відсильної або бланкетної статті дається вказівка використовувати норми іншої

галузі для вирішення того або іншого питання, нерегульованого в даному законі.

Відтак, виходячи з цього, можемо дійти до висновку, що не прогалини в чинному законодавстві, які виникають поза волею законодавчого органу, є умовою субсидіарного застосування норм права, а власне його воля, спрямована на усунення дублювань в цій же чи в іншій галузі й забезпечення принципу нормативної економії, тобто ті або інші правила в галузеві законодавчі акти навмисно не включаються повторно. Саме в цьому, на нашу думку, полягає ключовий критерій розмежування субсидіарного застосування норм і застосування норм цивільного права за аналогією, адже сутнісним призначенням останньої є заповнення прогалин в правовому регулюванні, яких в разі субсидіарного застосування немає, так як «відсильна норма і її адресат є єдиним правилом поведінки, яке включене в закон» [22, с. 134]. Як влучно стверджується в літературі «відсильна норма – частина правового регулювання, а аналогія – лише спосіб поповнення його прогалин» [22, с. 134].

З буквального тлумаченням поняття «субсидіарне застосування» очевидним є акцент на додатковому характері такого правозастосування, тому робимо висновок, що тут йде мова про додатковий вплив норм цивільного права на інші нехарактерні для нього суспільні відносини. В цьому ключі спірно виглядає позиція О. В. Некрасової, яка під субсидіарним застосуванням розуміє таке застосування правових норм, коли певні норми регулюють не тільки відносини галузі права, до якої вони безпосередньо належать, але і здійснюють пряме регулювання відносин суміжних галузей права [13, с. 41]. Вбачається, що про пряме регулювання не може йти мова, адже кожна галузь має власний предмет правового регулювання, який упорядковується за допомогою власного методу, на підставі чого й здійснюється визнання її самостійною галуззю права, а таке розуміння вносить хаос в сприйняття розмежування галузевого регулювання.

Одразу виникає запитання чи є якесь обмеження субсидіарної дії норми стосовно правовідносин до яких вона може бути застосована додатково. Більшість науковців ведуть мову про су-

міжність галузей як одну з умов субсидіарного правового регулювання або додають ще подібність врегульовуваних суспільних відносин обома галузями та подібність, однорідність методів правового регулювання [19, с. 89; 23, с. 47]. Тобто домінуючою є позиція використання предмета й методу правового регулювання, на протипагу традиційному розумінню їх як розмежовуючих критеріїв галузей права, а точніше їх схожість, для вирішення питання про допустимість субсидіарного застосування норм цивільного права.

На сьогодні статус цивільного права як базової приватно-правової галузі права, не викликає сумнівів, саме тому, на думку науковців, загальні норми і принципи цивільного права можуть застосовуватися в субсидіарному порядку до сімейних, трудових, природоресурсних і екологічних відносин [24, с. 22], та й взагалі для регулювання будь-яких відносин, що входять в приватноправову сферу, якщо відсутні прямі приписи спеціального законодавства, що вказують на протилежне, тобто в субсидіарному, доповнюючому порядку.

На сьогодні в законодавстві міститься широкий перелік норм, які мають вказівку на субсидіарне застосування конкретних норм цивільного кодексу (наприклад, ст. 12, ст. 20, ст. 72, ст. 68 Сімейного кодексу (далі – СК) України). В той час як ці випадки є невичерпними і досить у великій кількості статей законів містяться норми бланкетного характеру, тобто в них є посилання на необхідність застосування правил цивільного законодавства без вказівки при цьому конкретних статей ЦК або іншого нормативно-правового акта, що підлягають застосуванню в даному випадку (наприклад, ст. 8 СК України, ст. 62 Житлового кодексу УРСР). Відзначимо, наявні випадки, коли законодавець в спеціальному законодавчому акті не вказує про застосування цивільно-правових норм, однак мовчазно допускається таке субсидіарне застосування. Щодо цього погоджуємось з висновком Є. О. Харитонова, що в законі може бути відсутня вказівка на можливість субсидіарного застосування норм цивільного законодавства, але вона слідує із самої суті відповідних відносин [7, с. 77]. Наприклад, на можливість застосування норм цивільного законодавства до земельних від-

носин вказує лиш ЦК України, Земельний кодекс України такої норми не містить, однак до відносин щодо виділення частки в праві спільної часткової власності на земельну ділянку логічно субсидіарно застосовувати норми ст. 364, ст. 365 ЦК України.

Додамо, що, на нашу думку, трактування більшістю науковців субсидіарного застосування тільки як застосування норм суміжної галузі (галузей) права є все ж неповним, адже воно має місце і в разі застосування правових норм одного інституту до відносин, що регулюються іншим інститутом права [4, с. 75, 7, с. 12], що отримало найменування внутрішньогалузевої аналогії [1, с. 17]. Тут виникає запитання чи у всіх цих випадках можна вести мову про субсидіарне застосування? Зокрема, у разі застосування загальних норм договору купівлі-продажу до окремих видів цього договору (наприклад поставки, контрактації продукції для сільськогосподарських потреб, договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, міни), або застосування норм спрямованих на врегулювання одного виду договору купівлі-продажу до іншого (наприклад, застосування до договору контрактації положень про договір поставки).

На думку В. В. Вітрянського, цивільно-правові норми підлягають застосуванню до правовідносин, пов'язаних з купівлю-продажем, в певній послідовності: спочатку повинні застосовуватися спеціальні правила, що регулюють конкретні договори (види купівлі-продажу, наприклад купівлю-продаж нерухомості); при відсутності таких субсидіарно застосовуються загальні положення про купівлю-продаж; якщо ж відповідні правовідносини не регламентуються ні спеціальними правилами щодо конкретного договору, ні загальними положеннями про купівлю-продаж, застосовуються норми про угоди, зобов'язання і договори [25, с. 14]. Вважаємо, що така думка науковців не свідчить про означення застосування загальних норм інституту до врегулювання конкретного договірної виду субсидіарним застосуванням. Прислівник «субсидіарно» тут радше спрямований на підкреслення порядку застосування загальної і спеціальної норми.

Наша позиція в даному випадку виглядає таким чином. Застосування родових норм до конкретного видового явища цього

роду не є субсидіарним застосуванням, адже вказані норми розраховані на регламентування цього предмета регулювання, вони є загальними і підлягають прямому застосуванню до всіх відповідних відносин, якщо інше не передбачено спеціальними правилами, що обумовлено специфікою структурної побудови ЦК України, з виділенням в його складі «Загальної частини» і загальних положень на кожному відповідному рівні правового регулювання. Йдучи шляхом від супротивного, застосування загальних положень ЦК України про правочини чи договори до окремих договірних видів теж мало б розцінюватись в такій якості, що очевидно неправильно. Сутність же субсидіарного застосування полягає у додатковій дії суміжного інституту чи галузі права, яка протиставляється прямій дії правових норм. Тому вважаємо, що відсилання до норм, що регулюють родові відносини для певного видового явища цього роду не є проявом субсидіарного застосування, а лише обумовлена специфікою побудови ЦК України, додаткова вказівка законодавця на необхідність керуватися нормами загального характеру і послідовність застосування після спеціальної норми. Коли ж між правовими інститутами не має зв'язків «рід-вид» відсилання законодавця слід розцінювати як субсидіарне застосування правових норм.

Щоб вичерпно дати визначення поняттю субсидіарного застосування цивільних норм, звернемо увагу на ч. 2 ст. 1 ЦК України, де формулювання правила про незастосування до майнових відносин, заснованих на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони іншій стороні, а також до податкових, бюджетних відносин цивільного законодавства є диспозитивним, а значить припускається можливим таке застосування в силу вказівки в законі (наприклад, п. 99.1 ст. 99 Податкового кодексу України). Тобто можливим є субсидіарне застосування цивільного законодавства до публічних відносин за наявності прямої вказівки в законі.

Висновки. Підводячи підсумок зазначимо, що позицію авторів, які вважають пробільність в регулюванні як необхідну умову для субсидіарного застосування ми оцінюємо як докорінно неправильну, адже при субсидіарному застосуванні цивільно-пра-

вових норм не можна говорити про прогалини, тому що відносини врегульовані, хоча і побічно: норми, що регламентують дані відносини, містяться в інших інститутах чи галузях права з волі законодавця.

Отже, субсидіарність в аспекті субсидіарного застосування норм цивільного законодавства слід розуміти як прийом законодавчої техніки, при якому за допомогою бланкетних та відсилочних норм втілюється воля законодавця на поширення дії норм, поряд з тими суспільними відносинами, на які вони безпосередньо розраховані, на суспільні відносини, цієї ж або іншої галузі права, які прямо не передбачені в гіпотезі правової норми й наділені з першими певною спільністю, а також однорідністю методів їх правового регулювання, а за умови прямої вказівки в законі, – на інші суспільні відносини. При цьому відсилання цивільного законодавства до інших норм цивільного законодавства слід розцінювати субсидіарним застосуванням норм тільки коли між такими правовими інститутами немає родово-видових зв'язків.

1. Леушин В. И. Способы применения права при пробелах в советском законодательстве / В. И. Леушин // Проблемы применения советского права. Сб. ученых трудов Свердлов. юр. ин – та. Вып. 22. – Свердловск, 1973.
2. Поленина С. В. Субсидиарное применение норм гражданского законодательства к отношениям смежных отраслей / С.В. Поленина // Советское государство и право. – № 4. – 1967. – С. 21–28.
3. Боннер А.Т. Применение аналогии при рассмотрении гражданских дел А.Т. Боннер // Советское государство и право. – 1976. – № 6. – С. 35–41.
4. Янев Я. Г. Субсидиарное применение норм права / Я. Г. Янев // Советское государство и право. – 1976. – № 12. – С. 75–81.
5. Скакун О. Ф. Теорія держави і права : Підручник / Пер. з рос./ О. Ф. Скакун. – Харків : Консум, 2005. – 656 с.
6. Цивільне право України: підручник : у 2 т. /за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – Х.: Право, 2011. – Т. 1. – 656 с.
7. Харитонов Є. О. «Прогалини» у цивільному законодавстві та їхнє подолання у процесі юрисдикційної діяльності / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova // Цивільне судочинство у світлі судової реформи в Україні : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. ім. Ю. С. Червоного (м. Одеса, 18 груд. 2015 р.). – Одеса : Фенікс, 2015. – С. 11–14.

8. Брагинский М. И. Общие положения нового гражданского кодекса / М.И. Брагинский // *Хозяйство и право*. – 1995. – № 1. – С. 5–21.
9. Калмыков Ю. Х. Вопросы применения гражданско-правовых норм / Ю.Х. Калмыков. – Саратов, 1976. – 267 с.
10. Бару М. И. О субсидиарном применении норм гражданского права к трудовым правоотношениям / М. И. Бару // *Советская юстиция*. – 1963. – № 14. – С. 17–18.
11. Боннер А. Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе / А. Т. Боннер. – М. : Юрид. лит., 1980. – 160 с.
12. Спектор Е. И. Пробелы в законодательстве и пути их преодоления : дис.на соиск. уч. степ. канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история государства и права; история политических и правовых учений» / Екатерина Ильинична Спектор. – М., 2003. – 127 с.
13. Некрасова О. В. Деякі аспекти застосування цивільного законодавства до регулювання сімейних відносин / О. В. Некрасова // *Вісник Академії адвокатури України*. – 2011. – Число 2. – С. 40–44.
14. Лебедев В. М. Природоресурсное право России / В.М. Лебедев // *Правовые проблемы укрепления российской государственности: сб. статей*. Вып. 5. – Томск, 2000. – С. 190–196.
15. Ашихмина А. В. О применении права при пробелах в трудовом законодательстве / А. В. Ашихмина // *Проблемы советского трудового права : науч. тр.* – Вып. 46. – Свердловск, 1975. – С. 95–98.
16. Фасій Б. В. Аналогія та субсидіарне застосування норм у системі засобів подолання прогалін у законодавстві / Б. В. Фасій // *Юридичний вісник*. – 2015. – № 1. – С. 216–221.
17. Щодо порядку застосування нормативно-правових актів у разі існування неузгодженості між підзаконними актами : Лист Міністерства юстиції від 30.01.2009 р. № Н-35267-18 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v3526323-09>.
18. Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України : дис.на здобут. наук. ступ. канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Сергій Олексійович Погрібний. – К., 2009. – 374 с.
19. Харитонов Є. О. Нариси теорії цивілістики (поняття та концепції) : [монографія] / Є. О. Харитонов. – О. : Фенікс, 2008. – 346 с.
20. Клім С. І. Аналогія закону в цивільному праві України : автореф. дис. на здобут. наук. ступ. канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне

право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / С. І. Клім. – Одеса : Б. в., 2012. – 20 с.

21. Шиндяпина Е. А. *Аналогия права в правоприменении: дис. на соиск. уч. степ. канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история государства и права; история политических и правовых учений» / Елена Дмитриевна Шиндяпина. – М., 2007. – 168 с.*
22. Брагинский М. И. *Договорное право. Книга первая: Общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский – М. : Статут, 2009. – 847 с.*
23. Фасій Б. В. *Умови субсидіарного застосування норм законодавства до цивільних та суміжних з ним відносин / Б. В. Фасій // Часопис цивілістики. – 2015. – Вип. 18. – С. 144–148.*
24. *Науково-практичний коментар сімейного кодексу України / за ред. Ю. С. Червоного. – Київ ; Одеса : Юрінком Інтер, 2008. – 504 с.*
25. Брагинский М. И. *Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М. : Статут, 2009. – 780 с.*

Гудима-Підвербецька М. М. Поняття субсидіарного застосування цивільного права як одного з проявів субсидіарності в цивільному праві України

В науковій публікації розглянуте актуальне питання поняття субсидіарного застосування норм цивільного права. Акцентується увага на неточностях в тлумаченні сутності вказаного поняття, що мають місце в науковій доктрині. За результатами проведеного дослідження подається авторське розуміння субсидіарного застосування цивільного законодавства як прояву субсидіарності в цивільному праві.

Ключові слова: субсидіарне застосування закону (норми), субсидіарна дія закону (норми), субсидіарне правове регулювання.

Гудыма-Пидвербetsкая М. М. Понятие субсидиарного применения гражданского права как одного из проявлений субсидиарности в гражданском праве Украины

В научной публикации рассмотрен актуальный вопрос понятия субсидиарного применения норм гражданского права. Акцентируется внимание на неточностях в толковании сущности указанного понятия, имеющие место в научной доктрине. По результатам проведенного исследования представляется авторское понимание субсидиарного применения гражданского законодательства как проявления субсидиарности в гражданском праве.

Ключевые слова: субсидиарное применение закона (нормы), субсидиарное действие закона (нормы), субсидиарное правовое регулирование.

Gudyma-Pidverbetskaya M. The notion of subsidiary use of civil law as one of the manifestations of subsidiarity in civil law of Ukraine

This article explores the concept and essence of subsidiary use as one of the displays of subsidiarity in civil law. The study of the scientists opinion regarding the notion of subsidiary use of the law norms and the normative and doctrinal interpretation of the notion of legislative gap gave an opportunity to reject the position of authors, who consider the legal loopholes in regulation as a necessary condition for the subsidiary use, since in the subsidiary application of civil law the relations are regulated, albeit indirectly: the rules governing these relations are contained in other institutes or branches of law. It is noted that with the subsidiary application of civil law there is an additional influence of the norms of civil law on other, uncharacteristic for him social relations.

It is concluded that subsidiarity in the aspect of the subsidiary application of the norms of civil law should be understood as the adoption of legislative technique in which, by means of blanket and reference rules, implements the legislator's will to extend the norms of action, along with the social relations for which they are directly designed for. On the social relations of the same or another field of law, which are not directly foreseen in the hypothesis of the legal norm and endowed with the social relations certain commonality, as well as the homogeneity of the methods of their legal regulation, and of express reference of the law – to other social relations. In this case, the referral of civil law to other norms of civil law, should be regarded as subsidiary application of the norms, only when there are no generic relationships between such legal institutions.

Key words: subsidiary application of the law (norm), subsidiary law (norms), subsidiary legal regulation.

Зінич Л.В.

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ФУНКЦІОНУВАННЯ ІНСТИТУТУ ДЕРЖАВНИХ ІНСПЕКТОРІВ З ПИТАНЬ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

УДК 347.77/.78

Постановка проблеми. Сучасний стан діяльності Державних інспекторів з питань інтелектуальної власності (далі - Державні інспектори) характеризуються недосконалим правовим регулюванням та проблемами в організації їх роботи. Необхідність реформування назріла вже давно, але тільки у 2018 році при Кабінеті Міністрів України розпочала роботу Рада з питань інтелектуальної власності, яка на своєму першому засіданні обговорила можливість створення нового інституту Державних інспекторів з питань інтелектуальної власності [1]. Важливість розгляду проблемних питань діяльності Державного інспектора зумовлено ще

й тим, що Державні інспектори перейшли у підпорядкування Міністерства економічного розвитку і торгівлі у зв'язку з ліквідацією Державної служби інтелектуальної власності.

Позитивним ефектом від діяльності оновленого інституту Державних інспекторів має стати формування дієвої системи охорони прав інтелектуальної власності, запобігання правопорушенням авторських та суміжних прав, підвищення рівня інвестицій у економіку держави. Зважаючи на це питання функціонування інституту Державних інспекторів у майбутньому є необхідним і актуальним.

Стан дослідження. У науковій літературі питання особливостей діяльності Державних інспекторів розглядаються такими науковцями як: Пишна А.Г., Світличний О.П., Хрідочкін А.В. та іншими.

Зазвичай розгляд питань про діяльність Державного інспектора здійснюється у контексті охорони прав інтелектуальної власності та захисту прав інтелектуальної власності. Розгляду потребують питання визначення процедури відбору, повноважень також інших аспектів пов'язаних з функціонуванням інституту Державних інспекторів у сучасних умовах, а тому обрана тематика потребує більш детального дослідження.

Метою статті є аналіз проблемних питань функціонування Державних інспекторів з питань інтелектуальної власності дослідження їх правового статусу, порядку призначення, повноважень, деяких проблемних питань і ефективності їх діяльності.

Виклад основного матеріалу. Інститут Державних інспекторів з питань інтелектуальної власності запроваджений ще у 2002 році, метою його створення є здійснення нагляду за законністю використання суб'єктами господарювання об'єктів інтелектуальної власності.

Як зазначає І.І. Петровська «незважаючи на велику кількість контрольних органів та служб, чинна система контролю в публічних відносинах далека від досконалої і характеризується слабкістю теоретичної та методичної бази, а також недоліками в організації контрольного процесу» [2, с.96]. Вказане повною мірою стосується і діяльності Державних інспекторів.

За даними Урядового порталу створення інституції Державних інспекторів охоплюватиме всі регіони (по два інспектори на укрупнений регіон Київ і Київську область, Центральний регіон, Південний регіон, Східний регіон, Західний регіон).

Правовий статус Державних інспекторів сьогодні визначається «Положенням про державного інспектора з питань інтелектуальної власності», яке встановлює, що Державний інспектор є посадовою особою Міністерства економічного розвитку, які призначаються та звільняються з посади державним секретарем Міністерства економічного розвитку [3]. Також Мінекономрозвитку контролює виконання державним інспектором своїх завдань і посадових обов'язків, вирішує питання про його забезпечення робочими приміщеннями, необхідним обладнанням та створює умови для роботи.

Слід зазначити, що до 2017 року Державні інспектори були представниками Державної служби інтелектуальної власності у регіонах, а на сьогодні вони є посадовими особами Міністерства економічного розвитку, у зв'язку з ліквідацією Державної служби інтелектуальної власності.

Проте результати їх роботи достатньо низькі, а тому інститут Державних інспекторів потребує реформування. У річному звіті Державної служби інтелектуальної власності за 2016 рік зазначено, що «Державними інспекторами проведено 185 планових заходів державного нагляду (контролю), за результатами яких складено та направлено до суду 1 протокол про адміністративне правопорушення за статтею 51-2 Кодексу України про адміністративні правопорушення, попереджено правопорушення у сфері використання програмного забезпечення на суму 2 мільйони гривень» [4].

Для формування якісно нового інституту Державних інспекторів необхідно провести прозорий відбір кандидатів на посаду. На сьогодні чинне Положення про Державних інспекторів не встановлює вимог до кандидата. Враховуючи те, що в Україні Державних інспекторів буде функціонувати всього 10, це зумовлює необхідність кваліфікованого відбору на конкурсній основі. Передбачається, що Державним інспектором повинна бути особа

Проблемні питання функціонування інституту державних інспекторів з питань інтелектуальної власності з спеціальною освітою, досвідом роботи у сфері інтелектуальної власності.

Важливим є питання прав та обов'язків Державних інспекторів відповідно до Положення Державний інспектор має право:

1. Перевіряти у суб'єктів господарювання наявність дозволу на використання об'єкта інтелектуальної власності на будь-якій стадії виробництва, розповсюдження прокату чи провадження іншого виду діяльності, пов'язаної з її використанням;

2. Вимагати від суб'єктів господарювання, що використовують об'єкти права інтелектуальної власності, забезпечення надання для ознайомлення реєстраційних, фінансових та інших документів, які підтверджують право суб'єкта господарювання на використання зазначених об'єктів;

3. Проводити огляд та вилучати у суб'єктів господарювання з метою вивчення на необхідний строк, але не більш як 30 днів, об'єкти права інтелектуальної власності у разі, коли є обґрунтована підстава підозрювати вчинення порушення вимог законодавства у сфері інтелектуальної власності;

4. Проводити перевірку та вилучати в разі потреби у суб'єктів господарювання на період до вирішення питання в судовому порядку носії, що містять об'єкти права інтелектуальної власності, а також перевіряти порядок здійснення технологічних процесів, господарських операцій, пов'язаних з виробництвом, розповсюдженням, прокатом, зберіганням, використанням та переміщенням зазначених носіїв;

5. Перевіряти наявність контрольних марок на введених в обіг примірниках аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних, серію та номер контрольних марок і відповідність назви аудіовізуального твору, фонограми, відеограми, комп'ютерної програми, бази даних, нанесеної на контрольні марки, назві відповідного примірника, а також вилучати примірники аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних, на які не наклеєні контрольні марки або на які наклеєні контрольні марки, що мають серію і номер, що не відповідають даним Єдиного реєстру одержувачів контрольних марок, або на які нанесено назву аудіовізуального

твору, фонограми, відеограми, комп'ютерної програми, бази даних, що не відповідає назві відповідного примірника.

Перелік наданих повноважень не викликає заперечень і в основному дозволяє ефективно виконувати повноваження Державного інспектора. Державний контроль здійснюється інспектором шляхом проведення планових, позапланових (раптових) перевірок діяльності суб'єктів господарювання, огляду речей у встановленому законом порядку.

Як зазначає А.Г. Пишна закріплений у Положенні про державного інспектора час проведення планових перевірок (з 9 до 18 години) не дозволяє в повній мірі здійснити перевірку фактичного використання об'єктів авторського права та суміжних прав, у зв'язку з тим, що діяльність окремих суб'єктів господарювання, пов'язана з використанням таких об'єктів, починається після 18 години. У зв'язку з цим, обґрунтовано необхідність розширення часових меж проведення планових перевірок, після 18 години, якщо такий робочий час суб'єкта господарювання встановлено правилами внутрішнього трудового розпорядку [5, с.15].

На підставі аналізу діяльності державних інспекторів щодо здійснення контролю за дотриманням законодавства у сфері права інтелектуальної власності можна зробити висновок, що перевірка проводиться за трьома основними напрямками: по-перше, перевірка наявності дозвільних документів на використання об'єктів інтелектуальної власності; по-друге, перевірка об'єктів інтелектуальної власності, носіїв, що містять об'єкти права інтелектуальної власності, а також наявності контрольних марок; по-третє, перевірка порядку здійснення технологічних процесів, господарських операцій, пов'язаних із виробництвом, розповсюдженням зазначених носіїв.

Проблемним є питання фінансування Державних інспекторів зазначається, що вони фінансуються за рахунок коштів, які надходять від зборів за дії пов'язані з охороною прав на об'єкти інтелектуальної власності, що в свою чергу не сприятиме ефективній роботі. Така ситуація сприятиме формуванню так званої «показникової системи», що у публічному управлінні показала себе як пережиток радянського минулого. Доцільнішим було б фінансу-

вання Державних інспекторів за рахунок коштів Державного бюджету, що було б гарантією діяльності Державних інспекторів.

Не передбачено також законодавством наявність апарату Державного інспектора зважаючи на те, що вони будуть діяти всього 10 на всю територію України необхідна наявність помічників або його представників. Вбачається, що одна особа не зможе на належному рівні здійснювати перевірку суб'єкта господарювання, що також створює корупційні ризики його діяльності визначені Законом України "Про запобігання корупції". Проте все ж питання апарату Державного інспектора залежить від джерел фінансування, адже при фінансуванні за рахунок коштів, які надходять від зборів за дії пов'язані з охороною прав на об'єкти інтелектуальної власності, утримання апарату Державного інспектора набуде проблемного характеру. Тому ще раз підтверджується висновок про необхідність фінансування за рахунок коштів Державного бюджету.

Варто наголосити, що неналежне оформлення матеріалів про адміністративні правопорушення у сфері права інтелектуальної власності негативно позначається на ефективності захисту права на об'єкти інтелектуальної власності. Зазначено, що у протоколі про адміністративне правопорушення, який складають уповноважені працівники органів внутрішніх справ, мають бути зазначені дані про потерпілого та розмір заподіяної правопорушенням матеріальної шкоди, якщо така шкода заподіяна. Разом з тим, під час виявлення порушення права на об'єкт інтелектуальної власності та складання протоколу про адміністративне правопорушення не завжди можливо встановити правовласника, чиї права порушені, та розмір завданих збитків.

Висновки. Підводячи підсумки проведеного дослідження слід зазначити, що інститут Державних інспекторів з питань інтелектуальної власності може бути ефективним у сучасних умовах за умови належного фінансування, кваліфікованого відбору кандидатів, достатніх повноважень, наявності апарату та ряду інших факторів. Для усунення зазначених прогалин необхідне удосконалення нормативно-правової бази, а саме прийняття нового Положення про Державних інспекторів. Як результат Державні

інспектори з питань інтелектуальної власності повинні виконувати не тільки контрольні функції, а й бути суб'єктами профілактики та реагування на правопорушення у сфері інтелектуальної власності.

Проведений аналіз проблемних питань не є вичерпним. Подальше теоретичне дослідження дасть змогу розробити практичні рекомендації, спрямовані на вдосконалення діяльності Державних інспекторів, сприятиме більш чіткому розумінню специфіки, повноважень, актів реагування Державних інспекторів з питань інтелектуальної власності.

1. *Розпочала роботу рада з питань інтелектуальної власності під головуванням Степана Кубіва. Урядовий портал. URL: <https://www.kmu.gov.ua/ua/news/rozpochala-robotu-rada-z-pitan-intelektualnoyi-vlasnosti-pid-golovuvannyaam-stepana-kubiva>*
2. *Петровська І.І. Правові засади парламентського бюджетного контролю. Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства. Збірник наукових статей. Випуск XLV. Івано-Франківськ, 2017р. С.96-106. URL: <http://lib.pu.if.ua/files/zbirnyky/zb45nwcs17.pdf>*
3. *Про затвердження Положення про державного інспектора з питань інтелектуальної власності Міністерства економічного розвитку і торгівлі. Верховна Рада України. URL <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/674-2002-%D0%BF>*
4. *Річний звіт Державної служби інтелектуальної власності за 2016 рік URL: http://www.uipv.org/i_upload/file/AnnualReport/zvit_ukr-2016.pdf*
5. *Пишина А.Г. Адміністративно-правовий захист на об'єкти права інтелектуальної власності в Україні. автореф. дис. на здоб. наук. ступ. канд. юрид. наук. Київ, 2013, 21с.*

Зінич Л. В. Проблемні питання функціонування інституту Державних інспекторів з питань інтелектуальної власності

У статті розглядаються питання функціонування Державних інспекторів з питань інтелектуальної власності як спеціально уповноважених суб'єктів контролю за дотриманням законодавства про інтелектуальну власність. Особлива увага присвячена правовому статусу, повноваженням та проблемним питанням їх діяльності.

Ключові слова: Державний інспектор з питань інтелектуальної власності, контроль у сфері інтелектуальної власності, охорона прав інтелектуальної власності.

Зінич Л. В. Проблемные вопросы функционирования института государственных инспекторов по вопросам интеллектуальной собственности

В статье рассматриваются вопросы функционирования государственных инспекторов по вопросам интеллектуальной собственности как специально уполномоченных субъектов контроля за соблюдением законодательства об интеллектуальной собственности. Особое внимание уделено правовому статусу, полномочиям и проблемным вопросам их деятельности.

Ключевые слова: Государственный инспектор по вопросам интеллектуальной собственности, контроль в сфере интеллектуальной собственности, охрана прав интеллектуальной собственности.

Zinich L.V. Problematic issues of the functioning of the Institute of State Intellectual Property Inspectors

The article deals with the problematic issues of functioning of the State inspectors on issues of intellectual property as specially authorized subjects of control over observance of the legislation on intellectual property. Special attention is paid to the legal status, powers and problematic issues of their activities. It has been determined that the State Intellectual Property Inspectors should be appointed on a competitive basis from persons with intellectual property education and experience in this field. Among the problematic issues of the functioning of the Institute of State Intellectual Property Inspectors should be: lack of machinery, financing at the expense of proceeds from fees for actions related to the protection of rights to intellectual property.

It is noted that the protocol on an administrative offense, which consists of authorized officers of the bodies of internal affairs, should include the data about the victim and the size of the damage caused by the violation if such damage is caused. However, in detecting a violation of the right to an object of intellectual property and drawing up an administrative offense record, it is not always possible to establish the rights holder whose rights are violated and the amount of damages incurred.

Based on the analysis of the activities of state inspectors on monitoring compliance with the legislation in the field of intellectual property law, it is concluded that the audit is conducted in three main areas: first, verification of the availability of permit documents for the use of intellectual property objects; second, verification of intellectual property objects, media containing objects of intellectual property rights, as well as the availability of control marks; thirdly, verification of the procedure for the implementation of technological processes, business operations associated with the production, distribution, rental, storage, use and transfer of these carriers.

Keywords: State Intellectual Property Inspector, Intellectual Property Rights Protection, Legal responsibility.

КОРПОРАТИВНИЙ СЕКРЕТАР ЯК ПРИКЛАД ПРАВОВИХ ЗАПОЗИЧЕНЬ

УДК 346.1

Актуальність дослідження. Ефективним підґрунтям розвитку будь-якої правової держави є багатоманітність організаційно-правових форм юридичних осіб приватного права [1, с. 96]. Значну роль серед них відіграють господарські товариства. Станом на 1 січня 2018 року в Україні було зареєстровано 14 710 акціонерних товариств [2], що становить 2,47% від загальної кількості зареєстрованих господарських товариств в Україні (601 700). Даний показник є вищим ніж аналогічне відносне значення акціонерних товариств серед числа зареєстрованих господарських (торгових) товариств в більшості країн Європи. Тому ефективному корпоративному управлінню приділяється постійно значна увага як у середовищі науковців, так і в системі органів, що покликана регулювати фондовий ринок в Україні.

Не останню роль в ефективному корпоративному управлінні відіграє посада корпоративного секретаря, яка була запроваджена відносно нещодавно в законодавстві України.

Деякі аспекти діяльності корпоративного секретаря та його ролі в корпоративному управлінні досліджувались в працях О. А. Беляневич, О.М.Вінник, Д. Баюри, Ю. В. Біляка, А. В. Мягкого, І. П. Мігуса, О. Шевчук та інших. Одночасно з тим не всі аспекти його правового статусу були досліджені вище згаданими вченими.

Мета статті полягає в порівнянні правового статусу корпоративного секретаря в Україні та деяких країнах світу і на цій основі визначити систему прав, з якої було його запозичено.

Виклад основного матеріалу. Інститут корпоративного секретаря пов'язують з введенням у 1855 р. поняття обмеженої відповідальності і з першим «Законом про компанії» у Великобританії у 1862 р., що призвело до стрімкого зростання числа компаній. До 1892 р. в облікових книгах Реєстру акціонерних товариств вже числилося 15 477 компаній, і з'явився новий клас

фахівців з управління адміністративними справами цих компаній. Хоча схожа за своїми обов'язкам особа існувала у британських акціонерних компаніях й уже значно раніше [3, с. 38].

У 1887 році у справі *Barnett, Hoares & Co v South London Tramways Co* (1887) 18 QBD 815, посаду секретаря компанії (company secretary) було розтлумачено виключно як виконавця рішень правління та загальних зборів (must “do what he is told”). Таке трактування призвело до того, що посада секретаря акціонерних товариств розглядалася в першу чергу як адміністратор, який займається такими завданнями, як забезпечення подачі документів у відповідні контролюючі органи, ведення статутних реєстрів, підготовка порядку денного та протоколів правління / загальних зборів, а також забезпечення того, щоб загальні збори проводилися відповідно до процедур, встановлених Законом про компанії.

Але з часом роль та статус корпоративного секретаря змінилися. У справі *Panorama Developments (Guildford) Ltd v Fidelis Furnishing Fabrics Ltd* [1971] 2 QB 711 (CA) було зазначено наступне: «Часи змінилися. Сьогодні секретар компанії є значно важливішою особою, ніж він був у 1887 році. Це посадова особа компанії з обов'язками та відповідальністю, що проявляється не тільки в щоденних актах компаній, а й в тій ролі, яку він відіграє в повсякденній діяльності компаній. Корпоративний секретар - не просто клерк. Він регулярно виступає від імені компанії і укладає контракти від свого імені, що стосуються повсякденного управління бізнесом компанії... Він, безумовно, має право підписувати договори, пов'язані з адмініструванням справ компанії, наприклад, працевлаштування персоналу, замовлення автомобілів тощо».

В «Законі про компанії» Великобританії 1980 року вперше була передбачена необхідність здійснення функції корпоративного секретаря компанії кваліфікованими спеціалістами.

Загалом протягом ХХ ст. посада корпоративного секретаря була запроваджена в законодавстві більшості країн з ринковою економікою. У багатьох країнах створено спеціалізовані організації – професійні об'єднання корпоративних секретарів: британ-

ський Інститут Сертифікованих Секретарів та Адміністраторів (Institute of Corporate Secretaries and Administrators, ICSA), Американське Товариство Корпоративних Секретарів (American Society of Corporate Secretaries, ASCS), Канадське Товариство Корпоративних Секретарів (Canadian Society of Corporate Secretaries, CSCS). Зазначені організації здійснюють підготовку висококваліфікованих спеціалістів в сфері корпоративному управлінні [4, с. 85].

На початку XXI ст. інститут корпоративного секретаря був запозичений і українським корпоративним правом. Вважається, що корпоративний секретар вперше був згаданий в Принципах корпоративного управління, затверджених рішенням ДКЦПФР № 571 від 11.12.03, де відповідно до п. 3.1.16 рекомендувалося запровадити посаду корпоративного секретаря в українські компанії для організаційного та інформаційного забезпечення діяльності органів товариства, належного інформування акціонерів та заінтересованих осіб.

Основними завданнями корпоративного секретаря є:

- 1) забезпечення підготовки та проведення загальних зборів акціонерів, засідань наглядової ради та виконавчого органу;
- 2) забезпечення надання своєчасної та достовірної інформації про товариство органам товариства та акціонерам;
- 3) зберігання документів товариства, включаючи архів товариства;
- 4) забезпечення зв'язку з акціонерами, у тому числі роз'яснення акціонерам їх прав, розгляд звернень акціонерів щодо порушення їх прав;
- 5) надання органам товариства висновків та розробка пропозицій щодо приведення внутрішніх документів товариства у відповідність до принципів корпоративного управління [5].

Але безумовно базовим документом, який утвердив поняття корпоративного секретаря в корпоративному та господарському праві України є Закон України № 514-VI від 17 вересня 2008 року «Про акціонерні товариства». Відповідно до ч. 7 ст. 56 Закону України «Про акціонерні товариства» наглядова рада за пропозицією голови наглядової ради у встановленому порядку має пра-

во обрати корпоративного секретаря. Корпоративний секретар є особою, яка відповідає за взаємодію акціонерного товариства з акціонерами та/або інвесторами [6].

Як зазначає О. М. Вінник, корпоративний секретар став одним із внутрішньо-корпоративних механізмів, який виконує функції медіатора з огляду на основне призначення такої особи (корпоративного секретаря) – забезпечення взаємодії АТ з акціонерами та/або інвесторами [7, с. 7].

Впровадження корпоративного секретаря у фінансовому секторі господарських правовідносин відбулося багато в чому завдяки Національному банку України, Правління якого своїм Рішенням №814-рш від 03.12.2018 року затвердило Методичні рекомендації щодо вдосконалення корпоративного управління в банках України [8]. У відповідності з п. 73 згаданого Рішення банкам рекомендувалося виділити зі складу своїх органів управління корпоративного секретаря з метою забезпечення ефективної організаційної та інформаційної підтримки органів управління банку, його учасників та інших зацікавлених осіб за пропозицією голови ради банку.

Повноваження корпоративного секретаря можуть включати: 1) надання допомоги раді банку, комітетам ради та правлінню банку у виконанні ними своїх обов'язків через здійснення функцій секретаря, надання допомоги та консультацій; 2) розроблення, унесення змін та внесення на розгляд і затвердження ради банку річного плану засідань ради та правління банку, спільних засідань цих органів, і надання таких пропозицій раді та правлінню банку на початку звітного року, але не пізніше дати першого засідання відповідного органу управління банку.

І врешті-решт одним із останніх за хронологією підзаконним актом, який висвітлює діяльність корпоративного секретаря, в даний час є Типове положення про корпоративне управління відкритого акціонерного товариства, затвердженого рішенням ДКЦПФР № 737 від 02.07.08 року. Відповідно до п.3.26 цього положення корпоративний секретар визначено як одноосібний незалежний орган товариства, який здійснює правове, організаційно-технічне забезпечення та координацію роботи органів То-

вариства, а також обмін інформацією між ними та акціонерами [9]. Станом на сьогодні посада корпоративного секретаря в Україні запроваджена практично у всіх акціонерних товариствах.

Постає питання країни запозичення посади корпоративного секретаря. Якщо брати виключно лінгвістичний аспект, то слід зауважити, що в країні походження, Великобританії, застосовується термін «company secretary» (секретар товариства), в Китаї та деяких інших державах застосовується термін «board secretary», «secretary of the board» (секретар правління) або ж просто «secretary» (секретар) як у Швейцарії [3, с. 2]. В США використовується обидва поняття corporate secretary та officer (службовець, посадова особа) як у Model Business Corporation Act (ст. 8.40 – 8.44) [10].

Таким чином, українському терміну «корпоративний секретар» найближчим відповідником буде corporate secretary як у США. Але, звичайно, не це є визначальним при виявленні правопорядку, з якого було запозичено відповідний правовий інститут. Першочергове значення, на думку автора, має схожість правового статусу корпоративного секретаря в Україні та його аналогу в іноземних правових системах.

У Великобританії діяльність акціонерних товариств регулюється Законом про компанії (Companies Act 2006). У відповідності до ст. 261 Companies Act [11] від 2006 року Великобританії публічні акціонерні компанії зобов'язані мати в своїй структурі корпоративного секретаря.

Згідно із ст. 273 Companies Act корпоративний секретар повинен: 1) володіти достатніми знаннями та відповідним досвідом, а також 2) відповідати одній із нижче зазначених вимог:

(а) займати посаду секретаря публічної компанії, принаймні протягом трьох з п'яти років, що безпосередньо передують його призначенню як корпоративного секретаря;

(б) бути членом однієї з організацій, зазначених у ч. 3 ст. 273 Companies Act;

(с) бути адвокатом, юристом на території Сполученого Королівства;

(d) займати будь-яку іншу посаду, перебування на якій дає підстави вважати раді директорів, що ця особа здатна виконувати функції корпоративного секретаря.

Таким чином, в праві згаданої держави призначення корпоративного секретаря для публічних акціонерних товариств є обов'язковою умовою, а до особи, яка перебуває на такій посаді, ставляться досить жорсткі вимоги.

В США кожен штат приймає власні закони, в результаті чого їх законодавство про корпорації може відрізнитися. Але загалом в переважній більшості взятий за основу Model Business Corporation Act. Корпоративний секретар повинен, зокрема, відповідати вимогам ст. 8.40 – 8.44 Model Business Corporation Act [10]. До прикладу, ст. 8.42 закріплює стандарти поведінки, відповідно до яких він повинен діяти добросовісно; виконувати свої обов'язки у спосіб, який найкраще відповідає інтересам компанії.

Обов'язки секретаря визначаються статутом корпорації (8.41). Корпоративний секретар не несе відповідальності перед компанією чи її акціонерами за прийняття будь-якого рішення чи невжиття заходів, або невиконання певних дій, якщо покладені на нього обов'язки здійснювались ним належним чином. Порядок звільнення закріплений в ст. 8.43. Загалом з аналізу вбачається вимоги до особи, що претендує на відповідну посаду, не є жорсткими. Значною мірою правовий статус корпоративного секретаря регулюється статутами компаній.

1. Таким чином, посада корпоративного секретаря вперше виникла в країнах англо-саксонської правової системи (зокрема, у Великобританії) та була впроваджена в законодавство України з метою покращення ефективності корпоративного управління.

2. Якщо порівняти правове регулювання корпоративного секретаря в Україні та за кордоном з точки зору: 1) рівня імперативності регулювання, 2) обов'язковості даної посади в компанії; 3) вимог, які ставляться до особи, яка обіймає відповідну посаду, - то можна зробити висновок, що воно найбільш схоже з правом США, що в свою чергу дає підстави вважати, що посада корпоративного секретаря є запозиченням саме з права даної країни.

1. Зеліско А. В. *Ознаки корпоративних юридичних осіб: теоретико-правовий аспект / Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України. 2010. Вип. 24. С. 96-100.*
2. *Кількість юридичних осіб за організаційними формами за 2018 рр. / URL: <http://www.ukrstat.gov.ua/>*
3. Filiz Aydm, *The Company Secretary within the Corporate Governance Framework. St. Gallen, 2013, 357 p.*
4. Ментух Н., Шевчук О. *Корпоративний секретар у системі управління акціонерним товариством: зарубіжний досвід правового регулювання / Підприємництво, господарство і право, 2017, № 1, С. 83-87.*
5. *Про затвердження Принципів корпоративного управління : Рішення Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку № 955 від 22.07.2014 / URL: <http://zakon.rada.gov.ua/rada/show/vr955863-14>*
6. *Про акціонерні товариства: Закон України № 514-VI від 17 вересня 2008 року / Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2008, № 50-51, ст.384.*
7. Вінник О.М. *Корпоративні конфлікти та зловживання корпоративними правами в акціонерних товариствах: традиційні та інноваційні способи попередження й розв'язання / Актуальні питання інноваційного розвитку, № 2, 2012, С. 5-12. (с. 7)*
8. *Про схвалення Методичних рекомендацій щодо вдосконалення корпоративного управління в банках України: Рішення Правління НБУ № 814-рш від 03.12.2018 року / <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/vr814500-18>*
9. *Типове положення про корпоративне управління відкритого акціонерного товариства рішення ДКЦПФР № 737 від 02.07.08 р. / URL: <http://zakon.rada.gov.ua/rada/show/vr737312-08>*
10. *Model Business Corporation Act / URL: <https://www.americanbar.org>*
11. *Companies Act, 2006 / URL: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga_20060046_en.pdf*

Ковалишин О.Р. Корпоративний секретар як приклад правових запозичень

В статті аналізується зародження та розвиток інституту корпоративного секретаря акціонерного товариства. Порівнюється правовий статус корпоративного секретаря на момент його виникнення у Великобританії у порівнянні із сучасним правовим регулюванням.

Аналізується правове становище корпоративного секретаря за законодавством України.

Ключові слова: корпоративний секретар, корпоративні правовідносини, правове запозичення, акціонерне товариство

Ковалишин А.Р. Корпоративный секретарь качестве примера правовых заимствований

В статье анализируется зарождение и развитие института корпоративного секретаря акционерного общества. Сравняется правовой статус корпоративного секретаря на момент его возникновения в Великобритании по сравнению с современным правового регулирования.

Анализируется правовое положение корпоративного секретаря по законодательству Украины.

Ключевые слова: корпоративный секретарь, корпоративные правоотношения, правовое заимствование, акционерное общество

Kovalishin O.R. Corporate secretary as an example of legal borrowing

On the 1-st of January, 2018, 14,710 joint-stock companies were registered in Ukrainian State Register. This number represents 2.47% of the total number of registered economic entities in Ukraine (601 700 legal entities). Therefore, a great attention is paid to the effective corporate governance in the joint stock companies because of its huge meaning for the stock market in Ukraine.

Origin and development of the corporate secretary of the company is analyzed in the article. The author presents a comparison of the legal status of corporate secretary at the moment of its appearance and nowadays. The term «company secretary» is used in the United Kingdom; the term «board secretary», «secretary of the board» is spread in China and some other states; simply «secretary» is popular in Switzerland; both the «corporate secretary» and the «officer» are used in the United States.

The legal status of corporate secretary according to the current Ukrainian legislation is presented. The Law of Ukraine «On joint stock companies» is a cornerstone of the legal regulation of corporate secretary in Ukraine.

The author emphasizes that the qualifications for a corporate secretary in Great Britain are rather strict (he should held the office of secretary of a public company for at least three of the five years immediately preceding his appointment as secretary; or be a member of any of the bodies specified in subsection; or be a barrister, advocate or solicitor called or admitted in any part of the United Kingdom; or be a person who, by virtue of his holding or having held any other position or his being a member of any other body, appears to the directors to be capable of discharging the functions of secretary of the company.

The demands for a corporate secretary are rather loyal in the USA.

The author makes a conclusion that corporate secretary appeared in Great Britain at first. At the same time corporate secretary is a legal borrowing from the legislation of the USA.

Keywords: corporate secretary, corporate legal relations, legal borrowing, joint-stock company

КОРПОРАТИВНИЙ ДОГОВІР У РЕГУЛЮВАННІ ВІДНОСИН ТОВАРИСТВА З ОБМЕЖЕНОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ

УДК 347.72

До 23.03.2017 року якісь конкретні норми на рівні законодавства, які б стосувалися корпоративних договорів містились тільки в частині 7 статті 29 Закону України про Акціонерні товариства (далі – ЗУ «про АТ») де вказувалось, що: «статутом товариства може бути передбачена можливість укладення договору між акціонерами, за яким на акціонерів покладаються додаткові обов’язки, у тому числі обов’язок участі у загальних зборах, і передбачається відповідальність за його недотримання». Зрозуміло що цієї норми було абсолютно недостатньо, а ділова практика з приходом іноземного капіталі і зарубіжних інвесторів потребувала більш гнучких механізмів врегулювання корпоративних відносин аніж статут. Була потреба в прийнятті відповідної нормативної бази і з’явилося відразу декілька проектів законів, які передбачали конструкцію корпоративного договору.

Першим з цієї метою був прийнятий ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо корпоративних договорів». Він нормативно врегулював новий вид корпоративного договору для АТ і ТОВ, шляхом внесення змін в ЗУ «Про АТ» і ЗУ «Про господарські товариства», в кожен з яких було додано практично по ідентичній парі з двох статей. Тобто законодавець вирішив передбачити певну форму корпоративних договорів для двох найбільш популярних організаційно-правових форм господарських товариств в Україні. А для забезпечення можливості реалізації положень стосовно корпоративних договорів було внесено цілий ряд змін в Цивільний Кодекс (далі – ЦК), зокрема: стосовно безвідкличної довіреності (ч.4 ст.249); було визначено негативне зобов’язання (ст.509); відбулась адаптація загальних умов виконання зобов’язання до специфіки корпоративних дого-

ворів (ч.2 ст.526); передбачено додаткові правові наслідки у випадку порушення зобов'язання за корпоративним договором (ч.2 ст.611); забезпечена можливість придбання права на одностороннє розірвання договору (ст.658-1);

Передбачення всіх цих норм створило належне підґрунтя на рівні загальних положень про зобов'язання і договори Цивільного кодексу для здатності корпоративних договорів функціонувати. Разом з цим прийняття ЗУ «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» (далі – ЗУ «Про ТОДВ») від 06.02.2018 року, стаття 7 якого передбачила корпоративний договір як самостійну договірну конструкцію, призвело до втрати чинності тих самих двох статей (51-1 і 51-2) ЗУ «Про господарські товариства», що стосувались договору про реалізацію прав учасників (засновників) товариства з обмеженою відповідальністю.

В результаті хоч і з'явилась важлива для українського законодавства новела, проте виникла й значна невизначеність стосовно суті нової договірної конструкції, її місця і співвідношення з іншими поняттями, які мають схожу правову природу. В зв'язку з вищенаведеним дане поняття потребує належного наукового осмислення, що й буде зроблено в даній статті.

Визначення ролі і місця корпоративного договору в регулюванні відносин між учасниками товариства, його генезис, правова природа і власне саме поняття є предметом наукового дослідження таких вітчизняних вчених, як М. К. Галянтича, В. А. Васильєвої, В. В. Васильєвої, І. В. Спасибо-Фатєєвої, Л. В. Сіщук, М. М. Сигидин, Л. М. Дорошенка, Ю. М. Юркевича та інших. Проте конкретним актуальним новелам законодавства достатня увага приділена не була, що і викликає необхідність здійснення їх ґрунтовного аналізу.

В зв'язку з прийняттям ряду законів, які ввели нові для корпоративного законодавства поняття, актуальним є питання про співвідношення поняття корпоративного договору з такими поняттями як корпоративний правочин, акціонерна угода, договір між акціонерами, договір про реалізацію прав учасників (за-

сновників) товариства з обмеженою відповідальністю. Стосовно співвідношення з поняттям корпоративного правочину, то корпоративний договір між учасниками ТОВ не слід вважати двох чи багатостороннім корпоративним правочином. А, наприклад, дії юридичного чи фактичного характеру, що вчиняють сторони на виконання прав та обов'язків, що випливають з корпоративного договору будуть вже односторонніми корпоративними правочинами [1, с.108]. Обґрунтування досить просте, корпоративний договір визначений в ст.7 хоч і впливає на оборотоздатність корпоративних прав, проте ми побачимо далі, що він не може самостійно породжувати нових корпоративних прав чи обов'язків, інших ніж ті, що покладені на учасника статутом чи законом.

Говорячи про співвідношення корпоративного договору і значного правочину визначеного ст. 44 ЗУ Про ТОВД, при цьому не вдаючись до аналізу значних правочинів які існують ще й для акціонерних товариств, варто чітко розмежовувати ці поняття насамперед за предметом і правовою природою. Адже предметом значного правочину є майно, роботи та послуги, а вартість предмета може закріплюватись у конкретному відсотковому відношенні до відповідного майнового показника. А значним правочином може вважатись лише такий, що спрямований на розпорядження майном товариства [2, с.15]. Предметом же корпоративного договору виступають щонайменше умови або порядок реалізації прав і повноважень учасників товариства. При цьому корпоративний договір є домовленістю учасників товариства, з метою координації виключно своєї діяльності, а значний правочин вчиняється на підставі рішення загальних зборів чи іншим чином, визначеним статутом. Тому ми вважаємо, що хоча і корпоративний договір, і значний правочин відносяться до не односторонніх корпоративних правочинів, проте є різними за своєю суттю і спрямуванням корпоративними правочинами.

Тепер можна детальніше зупинитись на співвідношенні понять корпоративного договору з акціонерною угодою. Варто розпочати з зауваження позиції А.С. Довгерта, який ототожнює акціонерні угоди, під якими він має на увазі західні «shareholders»

agreements», з договорами між акціонерами [3, с.11]. Ми вважаємо, що з врахуванням змін, які були внесені до ЗУ про АТ, на даний момент вже варто чітко розмежовувати аналізовані раніше в доктрині акціонерні угоди (shareholders' agreements) з новелою ЗУ про АТ у вигляді договору між акціонерами (положення ч.7 статті 29, які були виключені, ми аналізувати не будемо). Це відмежування було дуже чітко проведено саме по предмету договору між акціонерами в статті Дорошенком Л.М., де проводяться паралелі з англійською моделлю і вказується на дуже суттєві відмінності [4, с.50].

Говорячи про співвідношення корпоративного договору взагалі варто зауважити, що дане поняття є родовим і аж ніяк не обмежується одним тільки поняттям акціонерної угоди «shareholders' agreement» яке в основному й аналізувалось в доктрині. Що вказується і в інших актуальних працях присвячених корпоративному договору [5, с.50]. Це ми побачимо далі, під час детальнішого аналізу зарубіжних моделей корпоративних договорів.

Аналізуючи новели законодавства про корпоративний договір варто звернути увагу на зарубіжні моделі корпоративних договорів, їх види та нормативне регулювання. Оскільки, саме в англо-американському праві вони вперше з'явилися, а державами-представниками романо-германської правової системи в більшості не сприймалися чи широко не використовувалися до 70-80х років ХХ ст. [6, с.21]. А дослідниками цілком обґрунтовано вказується на наявність двох історично сформованих моделей корпоративних договорів: першої — широкої, властивої англо-американській правовій системі, що включає угоди про порядок голосування, угоди про заснування голосуючого трасту, угоди про обмеження права розпорядження акціями, які укладаються учасниками як публічних, так і приватних господарських товариств, а також угоди про порядок корпоративного управління, що укладаються учасниками приватних господарських товариств, і другої — обмеженої, характерної для континентальної правової системи, що включає тільки угоди про порядок голосування і уго-

ди про обмеження прав розпорядження акціями [6, с.23]. Хоча друга й з можливими варіаціями, залежно від конкретної країни, наприклад угодами про голосування заставодержателя за акціями, що знаходяться в заставі, від імені заставодавця в Німеччині [7].

В Україні законодавець Законом про ТОВ визначив, що корпоративним договором учасники товариства зобов'язуються реалізовувати свої права та повноваження певним чином або утримуватися від їх реалізації. При цьому корпоративний договір може передбачати умови або порядок визначення умов, на яких учасник має право або зобов'язаний купити або продати частку у статутному капіталі і визначати випадки, коли таке право або обов'язок виникає. Виникає запитання про те, наскільки ці конкретні положення відповідають зарубіжній практиці, зокрема в державах, де інститут корпоративного договору виник й видозмінювався. Загалом корпоративні договори в англо-американській правовій системі розмежовуються на угоди про заснування голосуючого трасту (voting trust agreements), угоди про порядок голосування (voting agreements), угоди про обмеження права розпорядження акціями (pooling agreements), характерні для публічних і приватних компаній, та угоди про порядок корпоративного управління (shareholders' agreements), сфера застосування яких локалізована лише у приватних компаніях [6, с.20]. Для кращого розуміння новели вітчизняного законодавства ми спробуємо провести паралелі між нею і видами корпоративних договорів в англо-американській правовій системі.

Безвідклична довіреність, яка передбачена статтею 8 Закону про ТОДВ, безсумнівно є законодавчо передбаченим механізмом забезпечення голосування певним чином. Наприклад в США офіційним коментарем до Модельного закону про бізнес-корпорації рекомендується видача довіреності на голосування у випадку укладення voting agreements. А за відсутності такого прописаного механізму у випадку якщо акціонер (учасник) проголосував всупереч умовам договору суд може врахувати ці голоси як такі, що віддані у відповідності до договору [1, с.139]. Разом з цим

в романо-германській правовій системі корпоративний договір, який зобов'язує акціонерів голосувати певним чином просто не має юридичної сили щодо дійсності рішень загальних зборів [6, с.20]. Як ми бачимо, на відміну від англо-американської системи, в нашій правовій системі варіант з врахуванням голосів навряд чи можливий, тому законодавець логічно передбачив механізм довіреності окремою статтею Закону. Тому ми констатуємо, що вітчизняний корпоративний договір може набирати форму й угоди про порядок голосування (voting agreements), якщо проводити паралелі. Разом з цим на підставі аналізу ч.1 і ч.3 ст.7 Закону, зокрема положення про те, що учасники товариства зобов'язуються реалізовувати свої права та повноваження певним чином або утримуватися від їх реалізації, ми робимо висновок про те, що вітчизняний корпоративний договір включає і угоду про обмеження права розпорядження акціями (pooling agreements).

Стосовно угоди про заснування голосуючого трасту (voting trust agreements), то тут є певна специфіка, пов'язана з реєстрацією, зберіганням таких угод чи обмеженням строком дії, яка передбачається, наприклад, в США §7.30 Модельного закону про бізнес-корпорації [8]. Отже, говорити про можливість існування цієї моделі корпоративного договору в Україні поки не доводиться.

А тепер ми детально проаналізуємо правову природу угоди про порядок корпоративного управління (shareholders' agreements) і чи передбачають нові положення в законодавстві можливість укладення такого типу корпоративного договору. Згідно §7.32 того ж Модельного закону про бізнес-корпорації shareholders' agreements має бути підписаний всіма акціонерами, та або включатися до статуту корпорації, або його зміст розкривається перед корпорацією. Згідно з статтею 17 Британського Закону про компанії (Companies Act) серед установчих документів компанії є не тільки статут але й деякі рішення акціонерів і корпоративні договори. Сам корпоративний договір у закритих компаніях може містити положення відмінні від положень статуту чи містити застереження про перевагу договірних умов над статутними, в такому випадку він укладається всіма акціонерами. А

згідно з статтею 30 копія корпоративного договору, який приймається всіма учасниками, направляється державному реєстратору протягом 15 днів, передбачається відповідальність за порушення цього положення [9]. Як ми бачимо, укладення такого договору традиційно припускається між всіма акціонерами і він при цьому є субсидіарним установчим документом. А в його предмет можуть включатись скажемо питання: про віднесення до компетенції загальних зборів питань, що не належать до неї відповідно до закону; про інший від передбаченого законом порядок скликання чи проведення загальних зборів; інші строки для внесення додаткових вкладів і велика кількість інших питань, які були визначені статутом чи не були визначені в ньому. Тобто для того, щоб говорити про корпоративний договір саме як субсидіарний установчий документ близький до англо-американської угоди про порядок корпоративного управління (shareholders' agreements), необхідно щоб в ній щонайменше можна було визначати положення, які традиційно можуть додатково міститись в статуті, тобто питання пов'язані якщо не з структурою органів управління, то хоча б з їх компетенцією.

Говорячи про корпоративний договір передбачений статтею 7 ЗУ про ТОДВ, то хоч предмет договору конкретно не визначений в законі, ми могли би говорити про те, що цей договір є чітко акцесорним договором, який укладається на основі статуту й не суперечить йому. Проте законодавець вказав виняток стосовно цього в ч. 8 ст. 20 Закону, де вказується, що переважне право учасника товариства не застосовується у разі, якщо це передбачено корпоративним договором, стороною якого є такий учасник.

Не вдаючись поки до детального аналізу цього положення, а просто відмічаючи його наявність, ми можемо стверджувати, корпоративний договір за ст.7 Закону про ТОДВ не охоплює англо-американську модель угоди про порядок корпоративного управління (shareholders' agreements). Тобто ми бачимо, корпоративний договір, який наявний в статті 7, не є тим родовим поняттям, яке охоплювало би всі види західних корпоративних договорів, це дещо нова субстанція, яка з однієї сторони є і про ре-

алізацію прав (угода про порядок голосування - voting agreement) і при цьому є і про обмеження реалізації прав (угода про обмеження права розпорядження акціями - pooling agreement). Тобто предметом корпоративного договору за ст. 7 є визначення порядку реалізації корпоративних прав учасниками.

В такому випадку, ми повертаємось до статті 51-1 ЗУ «Про Господарські товариства», яка втратила чинність з прийняттям ЗУ про ТОДВ, вона передбачала договір про реалізацію прав учасників (засновників) товариства з обмеженою відповідальністю. По суті це був вид корпоративного договору, який охоплював і «voting agreement» і «pooling agreement» з англо-американської системи права. Називаючи даний вид корпоративного договору законодавець логічно вийшов з його предмета, яким є визначення порядку реалізації корпоративних прав. Тому співвідносячи корпоративний договір, передбачений статтею 7, з договором про реалізацію прав учасників (засновників) товариства з обмеженою відповідальністю варто констатувати, що це однакові договори за конструкцією і практично ідентичні за суттю, тільки останній був детальніше прописаний, наприклад містив положення стосовно інформування ТОВ про його укладення і інше.

Підсумовуючи вище викладене варто висловити пропозицію стосовно зміни назви конструкції договору передбаченого ст. 7 на договір про реалізацію прав учасників (засновників) товариства. Адже корпоративний договір є родовим поняттям, а ст. 7 передбачає укладення тільки певного виду корпоративного договору. Закінчуючи цю частину хотілось б відмітити, що пропозиції стосовно схожої зміни висловлювались в науці ще до прийняття ЗУ про ТОДВ, проте почуті не були [10, с. 91]

Хотілося б коротко зачепити і питання, чому поняття й регламентація корпоративного договору не були відображені в нормах ЦК. Адже, як пропонувалась деякими науковцями, можна було доповнити главу 77 §1 статтею, що була б присвячена корпоративному договору [11, с.211]. Стосовно цієї пропозиції хочеться навести твердження Васильєвої В.А. про те, що зобов'язання, що виникають з корпоративного договору, можуть носити акцесор-

ний характер щодо статуту, тоді як договір про спільну діяльність є самостійним видом, який має господарську (майнову) мету [1, с.108]. Враховуючи ці позиції вважаємо, що незважаючи на схожість корпоративних договорів з договорами про спільну діяльність, внесення відповідних норм до цієї конкретної глави було б дещо дискусійним. Тому якщо й визначати корпоративний договір на рівні ЦК, то доцільніше було б зробити це шляхом створення окремої глави з відповідною назвою.

При цьому поки найбільш доцільною вважаємо позицію, відповідно до якої в ЦК необхідно визначити тільки загальні гарантії укладення корпоративних договорів, що й було зроблено законодавцем шляхом внесення змін і доповнень до загальних положень про зобов'язання і договори. А в окремих законах, з врахуванням специфіки конкретної організаційно-правової форми, врегульовувати конкретні види корпоративних договорів, як це було з договором між акціонерами й договором про реалізацію прав учасників (засновників) товариства з обмеженою відповідальністю, або схожим чином.

Тепер варто здійснити співвідношення статуту та корпоративного договору, оскільки вже висловлюються позиції стосовно можливості невідповідності корпоративного договору статуту товариства [5, с.52]. Робиться такий висновок на підставі аналізу положень власне ч.3 ст.7, а також статті 20 Закону, яка визначає порядок реалізації переважного права учасника товариства на купівлю частки у статутному капіталі. Частина 6 даної статті визначає, що статутом товариства може бути передбачений інший порядок реалізації переважного права учасника товариства з обмеженою відповідальністю чи порядок відмови від такого права. Також в статуті можна вказати, що таке право взагалі не застосовується. Разом з цим ч.8 статті говорить, що переважне право учасника не застосовується у разі, якщо це передбачено корпоративним договором, стороною якого є такий учасник. Аргументується можливість порушення цими нововведеннями принципу верховенства права і вказується, що доцільно детально окреслити обмеження договірної свободи шляхом закріплення у нормах кор-

поративного законодавства положення про те, що договір не повинен суперечити нормам закону та статуту товариства [5, с.52].

З таким висновком на основі аналізу цих положень погодитись досить складно. Навіть якщо ми упустимо положення ст. 117 ЦК, разом з тим п.1 ч.1 ст. 6 Закону про ТОДВ імперативно вказує, що учасники товариства зобов'язані дотримуватись статуту, а ч. 2 цієї статті додає, що учасники можуть мати обов'язки, встановлені законом та статутом товариства. Виходячи з цього логічним видається тлумачення, відповідно до якого учасники корпоративного договору можуть відступати від статуту тільки у випадках прямо передбачених Законом про ТОДВ. Тобто він може суперечити статуту тільки у випадках, прямо передбачених законом, тобто тільки стосовно передбачення умови або порядку визначення умов, на яких учасник має право або зобов'язаний купити або продати частку у статутному капіталі, визначати випадки, коли таке право або обов'язок виникає, а також стосовно не застосування переважного права учасника товариства. При цьому положення статуту будуть обов'язковими для всіх учасників ТОВ, а для учасників корпоративного договору можуть бути необов'язковими (заміненими) в частині, переданій законодавцем на їх вільний вибір, як учасників конкретного корпоративного договору, які діють з певним спільним інтересом.

Також тут варто вказати і на те, що корпоративний договір (в розумінні ст.7) у визначеному законодавцем варіанті не може впливати на права і обов'язки третіх осіб, в тому числі майбутніх учасників товариства, що впливає з загальних положень про зобов'язання. З цим і пов'язана його обов'язкова відповідність статуту і неможливість змінювати ним корпоративну структуру чи порядок прийняття корпоративних рішень.

Розкриваючи тезу про те, чому ж корпоративний договір займає особливе місце в регулюванні відносин ТОВ нам варто спочатку коротко звернутись до загальних особливостей корпоративних прав як таких.

Відповідно до положень ГК України однією з базових ознак корпоративних прав є забезпеченість трьома правомочностями,

зокрема правомочністю участі в управлінні цією господарською організацією, отримання дивідендів і можливість отримати активи господарської організації в разі її ліквідації (стаття 167). При цьому в науці відмічається, що на відміну від інших об'єктів цивільних прав, оборотоздатність корпоративних прав визначається не лише законом, окрім нього щонайменше ще: 1) локальними корпоративними актами; 2) корпоративними правочинами; 3) корпоративним договором [12, с.57]. Тут варто зауважити, що зміна локальних корпоративних актів, у випадку потреби адаптуватись до поточних потреб чи проблем ТОВ, може бути процесом досить довготривалим і складним, якщо взагалі можливим. Під корпоративними правочинами, в тому розумінні яке наводить автор, варто розуміти односторонні корпоративні правочини, наприклад, заяву про вихід з товариства. Тобто їх вплив на діяльність ТОВ є доволі невеликим, а суть простою.

Разом з цим вже корпоративний договір виступає ефективним регулятором відносин, які складаються стосовно діяльності ТОВ, оскільки є результатом погодженої волі сторін з метою досягнення конкретних цілей, при цьому відображаючи поточний стан речей в момент укладення. Разом з цим він може містити положення, які дозволяють учасникам змінювати свою поведінку в залежності від наявної ситуації, яка склалась під час діяльності ТОВ.

Тут варто зауважити ряд ознак корпоративного договору. Першою характерною ознакою є те, що укладення і виконання такого договору не тільки безпосередньо впливає на учасників договору, такий договір неминуче опосередковано впливатиме на саме ТОВ і його учасників, які будь-якого відношення до укладення корпоративного договору не мали і, як ми дізнаємось далі, можуть взагалі не знати про сам факт укладення корпоративного договору.

Також однією з основних ознак корпоративного договору є його мета, якою є той бажаний результат для досягнення якого сторони власне й об'єднуються і узгоджують свої позиції й бачення стосовно діяльності ТОВ.

Стосовно предмета корпоративного договору варто зазначити, що відсутність його чіткого законодавчого визначення може призвести до певних побоювань учасників товариств стосовно укладення на цьому початковому етапі входження законодавчо визначеного корпоративного договору в широку практику застосування. Це може відбуватись через відсутністю точного розуміння того, які положення все ж можна внести в корпоративний договір. Адже, скажемо, порядок корпоративного управління, який зазвичай є предметом корпоративних договорів в англо-американській правовій сім'ї, в континентальній системі і Україні визначається законом й, в ряді передбачених знову ж таки законом випадків, статутом, тому не може бути предметом корпоративного договору. Тобто поки точно не зрозуміло, як складеться судова практика і які умови будуть в подальшому визнаватись недійсними. Тому завданням в першу чергу доктрини, в тому числі й даної статті, є спробувати визначити і чи принаймні окреслити не тільки предмет, але в загалом коло питань і положень, які можна визначити і включити в корпоративний договір між учасниками ТОВ.

Така значуща роль доктрини і в подальшому судової практики пояснюється тим, що виходячи з досвіду переважної більшості зарубіжних країн, врегулювати законодавчо положення корпоративних договорів неможливо та й недоцільно, оскільки діє принцип свободи договору. А встановлення переліку конкретних питань, які можуть бути предметом корпоративного договору, може розумітись таким чином, що інші питання охоплюватись ним не можуть. З таким явищем, зокрема, зіткнулись російські юристи після законодавчого врегулювання корпоративного договору [13, с.21]. Тому хотілося б уникнути аналогічних помилок у розумінні суті і можливих положень корпоративного договору українськими правниками.

Стосовно конкретних прикладів можливого використання даного корпоративного договору для ефективного регулювання відносин в товаристві можна взяти випадки, коли матиме місце безвихідна ситуація, або так званий «deadlock». Це патова ситуація, коли учасники не можуть досягнути консенсусу з будь-яко-

го ключового питання діяльності товариства і при цьому жодний учасник або жодна з груп учасників, що діють спільно, не може забезпечити необхідну кількість голосів для ухвалення остаточного рішення. І хоча «deadlock provision» бере свій початок з англо-американської системи права, їх широко використовують і в континентальній Європі [13, с.17]. Тепер же цей інструмент можна широко використовувати і у вітчизняній практиці корпоративного управління.

Положення корпоративного договору про вихід з безвихідних ситуацій структуруються таким чином: визначаються умови, за яких виникають підстави для застосування механізму deadlock; встановлюється певне число засідань відповідного органу товариства, після проведення яких, якщо рішення так і не прийнято, виникає безвихідна ситуація; письмове формулювання сторонами, які опинилися у безвихідній ситуації, своїх позицій і розбіжностей щодо спірного питання, після чого учасники (їхні представники) намагаються знайти вихід з положення, в тому числі з можливим залученням посередників; якщо ситуація не вирішилась, то застосовується один з загальноприйнятих механізмів для врегулювання такого роду ситуацій: голландський аукціон, техаська перестрілка, російська рулетка, стримуючий метод, поділ компанії і інші механізми [13, с.18].

Отже, на основі викладеного можна зробити ряд висновків : 1) в Україні знайшла своє закріплення обмежена або континентальна модель корпоративних договорів, предметом якої є визначення порядку реалізації корпоративних прав, а не порядок корпоративного управління; 2) Поняття корпоративного договору є родовим, тому в ст. 7 ЗУ про ТОДВ його варто замінити на договір про реалізацію прав учасників товариства з обмеженою відповідальністю; 3) Корпоративний договір все ж має акцесорний характер і не повинен суперечити положенням статуту; 4) Закріплення поняття і загальних положень про корпоративний договір на рівні ЦК було б недоцільним; 5) Корпоративний договір є ефективним інструментом за допомогою якого учасники товариства можуть відстоювати свої інтереси.

1. Васильєва В. А. *Корпоративні правочини: питання кваліфікації. Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України: Збірник наукових статей. Випуск 27. Івано-Франківськ: Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2011. С. 104 – 110.*
2. Беяневич О. А. *Про предмет значного правочину. Корпоративне право України та країн Європейського Союзу: новели законодавства : Збірник наукових праць за матеріалами XVI Міжнародної науково-практичної конференції (5-6 жовтня 2018 р., м.Івано-Франківськ) / НДІ приватного права і підприємництва імені акад. Ф. Г. Бурчака НАПрН України; за ред. д-ра юрид. наук, акад. НАПрН України В. В. Луця. – Івано-Франківськ, 2018. С. 15 – 19.*
3. Довгерт А. С. *Акціонерні угоди в міжнародному приватному праві. Вдосконалення правового регулювання корпоративних відносин : збірник наукових праць за ред. В. В. Луця. – К. : Ред. журн. «Право України», 2013. – С. 11 – 15.*
4. Дорошенко Л. М. *Предмет договору між акціонерами товариства в законодавстві України та англійському праві. Корпоративне право України та країн Європейського Союзу: новели законодавства : Збірник наукових праць за матеріалами XVI Міжнародної науково-практичної конференції (5-6 жовтня 2018 р., м.Івано-Франківськ) / НДІ приватного права і підприємництва імені акад. Ф. Г. Бурчака НАПрН України; за ред. д-ра юрид. наук, акад. НАПрН України В. В. Луця. – Івано-Франківськ, 2018. С. 50 – 53.*
5. Сіцук Л. В. *Корпоративний договір: новели законодавства. Приватне право і підприємництво. 2018. №10. С.49 – 54.*
6. Юргелевич С. В. *Зарубіжні моделі корпоративних договорів. Вісник центру комерційного права. 2016. № 49. С.18 – 23.*
7. Roth M. *Shareholders' Agreements in Listed Companies: Germany, 2013. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2234348*
8. *Model Business Corporation Act (2016 Revision): Official Text with Official Comment & Statutory Cross-References [Електронний ресурс] - Режим доступу до ресурсу: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/business_law/corplaws/2016_mbca.pdf*
9. *Companies Act 2006 [Закон про компанії] [Електронний ресурс] - Режим доступу до ресурсу: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>*

10. Юркевич Ю. М. *Правова природа договору про реалізацію прав та виконання обов'язків між засновниками (учасниками) господарських товариств. Підприємництво, господарство і право. 2017. №1. С. 88 – 91.*
11. Сигидин М. М. *Корпоративний договір: дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук. 12. 00. 03. Івано-Франківськ, 2016. 236 с.*
12. Бутрин-Бока Н. С. *Правочин як підстава виникнення та припинення корпоративних прав: монографія / Н. С. Бутрин-Бока. – Тернопіль ТНЕУ, 2016. 184 с.*
13. Юргелевич С. В. *Основний зміст корпоративних договорів у зарубіжній практиці. Вісник центру комерційного права. 2016. №50. С.16 – 21.*

Лукашов Р. С. Корпоративний договір у регулюванні відносин товариства з обмеженою відповідальністю

В статті розглядаються наукові погляди на правову природу корпоративного договору, а також визначається його роль в якості регулятора відносин господарських товариств. Досліджується походження, поняття, зміст і загалом особливості, притаманні даній договірній конструкції. Піддаються аналізу як спроби адаптації цього механізму вітчизняним законодавцем так і актуальні нормативні положення.

Ключові слова: корпоративний договір, договір про реалізацію прав учасників товариства з обмеженою відповідальністю, учасник, товариство з обмеженою відповідальністю.

Лукашов Р. С. Корпоративный договор в регулировании отношений общества с ограниченной ответственностью

В статье рассмотрены научные взгляды на понятие и правовую природу корпоративного договора, заключаемого между участниками юридического лица корпоративного типа, а также проанализированы новеллы законодательства относительно определения понятия корпоративного договора, заключаемого между участниками общества с ограниченной ответственностью.

Ключевые слова: корпоративный договор, корпоративные права, участник, общество с ограниченной ответственностью.

Lukashov R. S. Corporate agreement in the regulation of relations of a limited liability company

The article is devoted to the theoretical and legal analyses of the place of a corporate agreement in the system of civil contracts. The article identifies the key factors that justify a separate place of the corporate agreement among existing contractual structures of civil law.

The article deals with scientific views on the concept and legal nature of the corporate agreement, outlines the subject of the corporate agreement, which is concluded between the participants of the legal entity of corporate type, as well as analyzed the latest legislation on the definition of the concept, subject and content

of the corporate agreement, which is concluded between the members of the limited liability company.

Keywords: corporate agreement, corporate rights, participant, limited liability company, corporate law, cooperation agreements.

ПРОБЛЕМИ ОХОРОНИ НАВКОЛИШНЬОГО ПРИРОДНОГО СЕРЕДОВИЩА. ЗЕМЕЛЬНЕ ТА АГРАРНЕ ПРАВО

Вівчаренко О. А.

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ ВИМОГИ ОХОРОНИ ЗЕМЕЛЬ, ПЕРЕДБАЧЕНІ КОНСТИТУЦІЄЮ УКРАЇНИ

УДК 349.415

Україна визнана на конституційному рівні суверенною і незалежною, демократичною, соціальною, правовою державою, в якій впроваджується принцип верховенства права (статті 1, 8 Конституції України). Поряд з цим у національному законодавстві закріплюється правило пріоритету норм міжнародного права над національним правом, що є загальноприйнятим у цивілізованій правовій практиці. Так, ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори» від 29 червня 2004р. №1906 – IV[1], на розвиток ст. 9 Конституції України закріплює наступну норму: «Чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства і застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства. Якщо міжнародними договорами України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила – вимоги, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору». В той самий час, згідно з ч.2 ст. 9 Конституції України укладання міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України.

Згідно зі ст. 14 Конституції України земля є основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави. Конституція зважаючи на виключно важливе значення

землі у всіх сферах життєдіяльності України та її народу, відокремлює землю від інших об'єктів нерухомості і запроваджує принцип її особливої охорони з боку держави [2,ст.3].

Ця охорона спрямована на збереження плодючості землі, підвищення її продуктивності, використання земельних ресурсів у відповідності з їх природним призначенням, недопущення забруднення землі шкідливими для здоров'я людини і тварин елементами тощо. Однак це не означає виключення землі із системи господарських відносин. Мова йде лише про законодавче запровадження деяких обмежень свободи її використання. Конституція гарантує право власності на землю, яке може існувати і як право приватної власності, і як право державної та комунальної власності. Це право набувається відповідними суб'єктами виключно за законом[3,ст.28].

Конституційно можливі форми права власності на землю забезпечуються тими ж гарантіями, що і право власності на будь-які інші об'єкти. Конституція підтверджує чинне земельне законодавства щодо обмеження категорії суб'єктів права власності на землю, закріплюючи це право за громадянами України.

Правова охорона земель являє собою систему врегульованих нормами права організаційних, економічних та інших суспільних відносин щодо забезпечення раціонального використання земельного фонду країни, запобігання необґрунтованому вилученню земель із сільськогосподарського обігу, захисту земельних ресурсів від шкідливих антропогенних впливів, а також щодо відтворення та підвищення родючості ґрунтів, продуктивності земель лісового фонду, забезпечення особливого правового режиму земель природоохоронною, оздоровчою, рекреаційною та історико-культурного призначення. Її основне завдання полягає в забезпеченні збереження та відтворення земельних ресурсів, екологічної цінності природних і набутих якостей землі.

Охорона земель є надзвичайно важливим чинником забезпечення продовольчої та екологічної безпеки країни. Тому важливу роль у здійсненні завдань правової охорони земель відіграє держава шляхом виконання ряду своїх функцій.

Здійснюючи природокористування людина переважно негативно впливає на довкілля, а тому для збереження сприятливого їй середовища доводиться встановлювати певні допустимі межі того впливу. І тут важлива роль належить таким функціям державного управління, як нормування і стандартизація. Вони за Законом України «Про охорону навколишнього середовища, використання природних ресурсів та збереження екологічної безпеки»[4, ст.546].

Надання землі на законодавчому рівні статусу основного національного багатства, що перебуває під особливою охороною держави, покладає на органи державної влади, а також на органи місцевого самоврядування загальний обов'язок забезпечити національне використання та охорону земельних ресурсів країни. Виконання цього обов'язку забезпечується здійсненням названими органами функцій управління землями, які спрямовані на охорону земельних ресурсів.

Стандартизація і нормування є не лише функціями державного управління, а й важливим засобом охорони довкілля. Отримавши конституційне закріплення, вони стали загальнообов'язковими. Це означає, що екологічні вимоги повинні виконуватися усіма природо користувачами і в обов'язковому порядку здійснюватися уповноваженими державними органами.

Таким чином, території та об'єкти, що підлягають особливій охороні, складають порівняну небезпечну частину території України, що є додатковим свідченням споживацького ставлення до природних об'єктів в Україні. Окрім цього, зазначаємо, що сучасний стан природних ландшафтів в Україні лише частково відповідає критеріям віднесення їх до Всеєвропейської екологічної мережі.

Класифікація земель, як об'єкта правової охорони має не лише теоретичне чи дидактичне (навчальне) значення, а й має практичний характер[5, ст.28]. Внаслідок проведення такої класифікації виявляють землі, охорона яких належить до компетенції відповідного субєкта.

Сьогодні в Україні прийнято безліч законодавчих актів, що регулюють відносини в сфері забезпечення екологічної безпеки,

та рівноваги та охорони земель. Основними джерелами національного українського законодавства, що спрямовані на збереження як земель зокрема є Конституція України та Земельний кодекс України. Дане питання також регулюється безпосередньо Законом України «Про охорону земель» від 19.06.2003 року, Законом України «Про державний контроль за використанням та охороною земель» від 19.06.2003 року.

Охорона навколишнього природного середовища, забезпечення раціонального використання, збереження і відновлення природних об'єктів та ресурсів, охорона і захист екологічних прав та інтересів громадян нині є однією з основних функцій держави. Конституція України в ст.16 закріпила: «Забезпечення екологічної безпеки і підтримання екологічної рівноваги на території України, подолання наслідків Чорнобильської катастрофи –катастрофи планетарною масштабу, збереження генофонду Українського народу є обов'язком держави». Здійснюється така діяльність різнноманітними способами, методами, в різних формах, які базуються насамперед на встановленні правового регулювання відповідного роду відносин. Правотворча діяльність держави, яка полягає у виданні законів та підзаконних нормативно-правових актів, що забезпечують регулювання відносин у сфері взаємодії суспільства і природи з метою збереження та відновлення довкілля, збереження екологічних безпеки, стала природною реакцією на забруднення природи, її деградацію. Зараз людство досягло такого рівня розвитку, коли практично будь-яка дія людини спричиняє вплив на навколишнє природне середовище. Це зумовлює існування величезного масиву еколого-правових нормативних актів, які спрямовані на врегулювання і охорону відносин у цій галузі.

Важливо зазначити, що ні в чинному законодавстві, ні в літературі поняття «Державної комплексної системи спостереження за станом земель» не визначено. Враховуючи положення ст.22,23 Закону України «Про охорону земель» можна визначити дане поняття. Державна комплексна система спостереження за станом земель включає ряд конкретних заходів по обстеженню, розвідуванню стану земель і ґрунтів. Тому можна стверджувати, що Дер-

жавна комплексна система спостереження за станом земель являє собою систему, яка складається з конкретних елементів (заходів). Відповідно це система конкретних заходів спрямована на обстеження і розвідування стану земель, а здійснюється вона уповноваженими органами з питань земельних ресурсів.

Таким чином, Державна комплексна система спостереження за станом земель - це система заходів, яка складається з топографіо-геодезичного, картографічного, ґрунтового, агрохімічного, радіологічного обстеження і розвитку стану земель та їх моніторингу на базі діяльності уповноважених державних органів по земельним ресурсам[5,с. 115].

Отже, стан та виконання конституційного законодавства залежить від носіїв державної влади, адже у ньому закладена система норм, відносин і цінностей, яка регулює і захищає громадян, охороняє правопорядок сааме засобами державної влади. І в цьому його специфіка порівняно з іншими соціальними регуляторами.

Зокрема, йдеться про нормативний зв'язок між ст.8 Конституції України (згідно з якою визнається і діє принцип верховенства права, проголошується верховенство Конституції України, якій мають відповідати й прийматися на її основі закони та інші нормативно-правові акти, і гарантується можливість звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина) та її ст. 19 (згідно з якою правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством; у той же час, органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, передбачені Конституцією та законами України).

На сьогодні як ніколи перед світовою спільнотою стоїть проблема щодо збереження земель. Тому правові вимоги проблем міжнародно-правових вимог, а також реалізація суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів у цій сфері на сучасному етапі є надзвичайно важливим для світової юридичної науки.

Конституційні основи земельного ладу повинні містити мету і завдання держави в галузі земельної політики. Держава бере на

себе зобов'язання перед майбутніми поколіннями. Закріплення конституційного положення, що земля перебуває під особливою охороною держави надає їй високу оцінку з конституційно-правового погляду. При цьому охорону земель слід розглядати не як мету, а як один із напрямків і обов'язок держави, оскільки мета – не результат, до якого прагне держава, вирішуючи поставлені перед нею завдання і здійснюючи функції. Вданому випадку мета держави – досягнення і підтримання якості земельних ресурсів. Вважаємо, що ст. 13 та ст.14 Конституції України повною мірою не відображають земельні потреби суспільства і не можуть складати земельну основу, оскільки тільки закріплюють права власності українського народу на землі в межах території України окреслюють коло суспільних відносин, що належать до предмета правового регулювання земельного права, що сприяє подальшому формуванню правових інституцій земельного права України. Земельні перетворення, що відбуваються в Україні, дістали відображення в Конституції України. На конституційному рівні було закріплено право власності Українського народу на землі в межах території України, право громадян користуватися природними об'єктами права власності народу, статус землі як основного національного багатства, що перебуває під особливою охороною держави. Конституційні норми закріпили кардинальні зміни відносин власності на землю, відмовившись від виключної зміни відносин власності на землю, відмовившись від виключної державної власності на землю і закріпивши багатоманітність і рівноправність форм власності на землю.

Незважаючи на те, що Конституція України є основою для розвитку земельного права і законодавства та основоположним регулятором земельних відносин, вона виступає лише правовим інструментом, який піддається впливу об'єктивних процесів розвитку земельних відносин.

Конституція розглядає землі в межах території України не лише як екологічну складову розвитку суспільства, а передусім акцентує увагу на значення землі як складової навколишнього природного середовища. Тому, на нашу думку, на перший план виходять саме земельні, а не екологічні відносини. Конституція

України закріплює пріоритет суспільних інтересів у раціональному використанні і комплексній охороні земельних ресурсів, що забезпечуються публічно-правовим характером. Земельні норми Конституції України в сукупності становлять основу публічно-правового регулювання в земельному праві, надаючи йому характер галузі публічного права.

1. Закон України «Про міжнародні договори» від 29 червня 2004 р. №1906-IV // *Голос України*. - №142 – 3 серпня
2. Конституція України /1996, № 30, / *Відомості ВРУ/ Редакція Слід* 30.09.2016, 1401 – 19 ст. 13.
3. Закон України «Про охорону земель» від 19 червня 2003 року. *Відомості ВРУ №39, Редакція від 18.12.2017, ст. 3*
4. Закон України «Про державний контроль за використанням та охороною земель» від 19 червня 2003 року, ст.5.
5. Закон України «Про охорону земель» 1998, № 46-47.

Вівчаренко О.А. Конституційно-правові вимоги охорони земель передбачені Конституцією України

На сьогодні як ніколи перед світовою спільнотою стоїть проблема щодо збереження земель. Тому правові вимги проблем міжнародно-правових стандартів, а також реалізація суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів у цій сфері на сучасному етапі є надзвичайно важливим для світової юридичної науки.

Ключові слова: Конституція, об'єкти, гарантія, вимоги, земля приватна власність, охорона ресурси держави, функції, екологічна безпека, стандартизація, класифікація, суб'єкти.

Вівчаренко О.А. Конституционно-правовые требования охраны земель предусмотренные Конституцией Украины

Сегодня как никогда перед мировым сообществом стоит проблема конституционных требований охраны земель. Поэтому данная статья освещает эту проблематику, как в теоретическом так и в практическом смысле как для правовой охраны земельных отношений, так и для совершенствования земельного законодательства.

Ключевые слова: Конституция, объекты, гарантия, требования, земля частная собственность, охрана ресурсы государства, функции, экологическая безопасность, стандартизация, классификация, субъекты.

Yuvcharenko O.A. The constitutional and legal requirements of the protection of lands are provided by the constitution of Ukraine

Today, as before, the world community faces the problem of constitutional requirements for the protection of land. Therefore, this article covers this issue, both in the theoretical and practical sense, both for the legal protection of land relations, and for the improvement of land legislation.

The constitutional foundations of the land system should contain the purpose and tasks of the state in the field of land policy. The state pledges to future generations. The consolidation of the constitutional provision that the land is under special protection of the state gives it a high appreciation from the constitutional and legal point of view. At the same time, land protection should be considered not as a goal, but as one of the directions and duty of the state, since the goal is not the result the state seeks to solve its tasks and functions. In this case, the purpose of the state - to achieve and maintain the quality of land resources. We believe that Art. 13 and Article 14 of the Constitution of Ukraine do not fully reflect the land requirements of the society and can not form the basis of land, since only consolidating the property rights of the Ukrainian people on the ground within the territory of Ukraine outline the range of social relations that belong to the subject of legal regulation of land law, which promotes further formation of legal institutions of land law of Ukraine. Land transformations taking place in Ukraine have been reflected in the Constitution of Ukraine. At the constitutional level, the right of ownership of the Ukrainian people to the land within the territory of Ukraine, the right of citizens to use natural objects of the right of property of the people, the status of the land as the main national wealth, which is under special protection of the state, was secured. Constitutional norms consolidated the fundamental changes in the ownership of land by abandoning the exceptional change in the ownership of land, abandoning the exclusive state ownership of land and consolidating the diversity and equality of ownership of land.

Despite the fact that the Constitution of Ukraine is the basis for the development of land law and legislation and the fundamental regulator of land relations, it acts only as a legal instrument that is exposed to the objective processes of development of land relations.

The Constitution considers the land within the territory of Ukraine not only as an ecological component of the development of society, but primarily focuses on the significance of land as a component of the natural environment. Therefore, in our opinion, it is precisely land, not ecological relations that are coming to the fore. The Constitution of Ukraine enshrines the priority of public interests in the rational use and integrated protection of land resources, which are provided by a public-law nature. Land norms of the Constitution of Ukraine in aggregate form the basis of public-law regulation in land law, giving it the nature of the field of public law.

Keywords: constitution, objects, guarantee, requirements, land private property, protection of state resources, functions, ecological safety, standardization, classification, subjects.

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВА ОХОРОНА ДИКОЇ ФАУНИ

УДК

Постановка проблеми. Друга половина ХХ ст. позначилась розширенням міждержавного співробітництва у сфері охорони довкілля. Активний поступ науково-технічного прогресу та інтенсивність природокористування зумовили необхідність координації дій для вирішення екологічних проблем усіх держав. Швидкоплинні кліматичні зміни, стихійні лиха та непрогнозовані екологічні катастрофи, а також природоспоживчий характер господарювання, темпи якого значно випереджають період відтворення, потребували вироблення єдиної правової політики в площині міжнародного права [1].

Враховуючи те, що дика фауна являє собою одну з найважливіших складових навколишнього середовища, то, як наслідок проблеми розвитку автоматично проектувалися і на неї, зумовлюючи потребу у розробці та подальшій реалізації механізмів охорони та раціонального використання цього цінного ресурсу.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Окремі аспекти розробки понятійного апарату по цій темі розглядалися на рівні наукових статей, монографій та дисертацій В.А. Чічваріна, І.В. Хаманева, О.С. Колбасова, Р.Б. Рюміної, А.М. Сонцева, Д.О. Сівакова, А.Н. Меркур'єва, В.М. Репецького, Е.В.Труніна, Н.С. Ляпустіна, Г.М. Жеребкіна, П.В. Фоменко, М.М. Копилова, С.М. Копилова, А.М. Сухаренко, Н.Б. Галецької, А.С. Гавердовського, М.С. Ціпріс та ін.

Серед українських юристів-міжнародників, які опосередковано у своїх роботах торкалися проблеми міжнародно-правового регулювання охорони фауни можна виділити О.В.Задорожнього та М.О.Медведеву, А. О. Адрусевича, І.А. Головка, Т.Р. Короткого, І.І. Коробко, В.І. Книш та ін.

Загальнотеоретичні та методологічні засади імплементації міжнародно-правових норм у сфері охорони довкілля активно досліджувалися у працях О.Н.Вилежагіна, О. В. Дудкіна, А. В.

Єна, С. М. Кравченка, М. В. Краснової, В.І.Лозо, Н. Р. Малишевої, Я.І. Мовчана, С. В. Молодцова, І. Г. Тимошенко, Б.В.Хабірова, В. А. Чичварина, Ю.С. Шемчушенко, а також низки зарубіжних науковців Е. Брауна Вайса, Д. Гросмана, Р. Мітчела, Е. Мрема, К. Сарма, П. Сенда, Й. Хові, О. Янга та ін.

Формулювання мети статті. Загальнотеоретичні дослідження в цій сфері, безперечно, є суттєвим внеском у наукову розробку цього питання. Однак, станом на сьогоднішній день, у вітчизняній літературі з міжнародного права навколишнього середовища були відсутні публікації монографічного плану, спеціально присвячені проблемі міжнародно-правової охорони дикої фауни. Отже, актуальність даної статті визначається необхідністю заповнення цієї прогалини і зосередження уваги на дослідженні актуальних теоретичних і практичних питань міжнародно-правової охорони видів дикої фауни.

Виклад основного матеріалу. Самі поняття «захист» та «охорона» не є чітко визначеними та розмежованими за своїм змістом та сутністю. Існують розбіжності у самому тлумаченні зазначених понять: одні дослідники російської, української мови вважають, що вказані терміни є тотожними і можуть визначатися один через одного; інші вчені включають процес захисту до складу охорони як один з його складових елементів. Відповідно, і в правовій сфері чіткого визначення співвідношення понять «охорона» прав та «захист» на сьогодні не існує [2].

Якщо ж звернутися до аналізу ключових міжнародно-правових актів у цій сфері, то у їх тексті використовуються наступні поняття:

- *охорона* - Бернська конвенція про охорону дикої флори і фауни та природних середовищ існування в Європі 1979 р. (у преамбулі вжито формулювання «захист і охорона», водночас, далі по тексту захист включений до поняття охорони), а також, Міжнародна конвенція про охорону птахів 1950 р.;

- *збереження, регулювання використання, охорона, захист* - Боннська конвенція про охорону мігруючих видів диких тварин 1979 р. – зі змісту цього міжнародно-правового документу можна зробити висновок, що саме охорона ставиться як ключове понят-

тя (статті 2, 3, 7, 9), у той час, коли поняття «захист» вживається виключно по відношенню до середовищ існування, а поняття «збереження» та «регулювання використання» хоч і згадуються частіше по тексту документу, однак, при детальному аналізі тексту документу можна зробити висновок, що навіть ці поняття беруть за основу поняття «охорона»;

- *збереження, захист* - Конвенція про водно–болотні угіддя, що мають міжнародне значення в основному як середовища існування водоплавних птахів 1971 р. – поняття «захист», як у і попередньому випадку, вживається по відношенню до середовищ первісного існування, водночас, текст оперує поняття «збереження» (conservation) по відношенню до водно-болотних угідь і водоплавних птахів, що включає поєднання національної політики зі скоординованою міжнародною діяльністю з метою збалансованого використання водно-болотяних екосистем, цінних для збереження біологічного різноманіття та забезпечення існування людини;

- *збереження, як складова частина охорони* - про збереження біологічного різноманіття згадує і Конвенція про охорону біологічного різноманіття 1992 року [3], доповнюючи його поняттям «стале використання», яке означає використання компонентів біологічного різноманіття таким чином і такими темпами, які не приводять у довгостроковій перспективі до вичерпання біологічного різноманіття, тим самим зберігаючи її властивість задовольнити потреби теперішнього і майбутнього поколінь і відповідати її сподіванням. При цьому, зі змісту статті 6 можна зробити висновок, що ці поняття доповнюють одне одного заради загальної мети збереження біологічного різноманіття;

- *збереження, відновлення, раціональне управління, охорона* - Конвенція про міжнародну торгівлю видами дикої фауни і флори, що перебувають під загрозою зникнення 1973 р. – згадані поняття використовуються у тексті конвенції як складові частини ширшого за змістом поняття «охорона». Поняття ж «захист» вживається виключно у контексті роботи органів, діяльність яких спрямована на відновлення порушених норм права, які відбуваються після такого порушення;

- збереження, регулювання використання, охорона - Конвенція про збереження мігруючих видів дикої фауни 1979 р. - визначає статус збереження мігруючого виду як сукупність впливів, які можуть протягом тривалого часу впливати на поширення та чисельність цього виду. Конвенція ООН з морського права 1982 року [4], у статтях 56 та 61 також оперує поняттям «охорона», визначаючи його як комплекс заходів, спрямованих на підтримку та збереження популяцій, охорону від надмірної експлуатації та небезпеки. Водночас, зі змісту статті 145 цього документу можна зробити висновок, що збереження виступає складовою захисту.

Водночас, аналіз Конституції України, національного законодавства та міжнародних актів з прав людини дає підставу зробити висновок, що терміни “захист” та “охорона” у нормативному контексті вживаються як синоніми чи схожі за значенням поняття щодо мети, завдань, методів та суб’єктів забезпечення прав, тому можуть використовуватись у практиці як ідентичні поняття [5].

Звертаючись до доктрини, найбільш загальне та близьке до теми нашої роботи дослідження відомого дослідника міжнародно-правової охорони морського середовища, доц., к.ю.н. Т.Р.Короткого. У одній зі своїх статей, на основі комплексного аналізу з точки зору (1) термінологічного аналізу; (2) загальної теорії права; (3) міжнародно-правових джерел; (4) доктрини міжнародного права; (5) вітчизняного та іноземного внутрішньодержавного законодавства; (6) доктрини вітчизняного права (екологічного права), стверджував, що “в екологічному розумінні про охорону морського середовища і про «захист і збереження...» варто говорити як про близькі за змістом поняття; у розумінні правової (міжнародно-правової) охорони — як про більш широку правову категорію, що включає правовий (міжнародно-правовий захист) морського середовища” і тому вважав за доцільне “використовувати поняття “охорона морського середовища” як найбільш загальне і таке, що охоплює всі аспекти: запобігання забрудненню морського середовища, захист і збереження морського середовища, відповідальність за забруднення морського середовища” [6].

Саме тому для зручності використання у тексті нашого дослідження ці поняття («охорона», «захист», «збереження») бу-

дуть використовуватися як тотожні, в розумінні однієї зі сфер міжнародного співробітництва, яка реалізується суб'єктами міжнародного права як сукупність заходів правового, організаційного та контрольного характеру на національному й міжнародному рівнях, спрямованих на забезпечення і гарантування недоторканості, захисту від знищення і/або завдання шкоди як дикій фауні загалом, так і окремим її видам.

Водночас, слід погодитися з думкою вітчизняного дослідника Т.Р.Короткого, який стверджує, що питання єдності термінології мають важливе значення в прикладній юриспруденції, коли використання того чи іншого терміна чи поняття має важливе, а іноді й визначальне значення для ухвалення правильного рішення у справі [6]. Незважаючи на те, що у низці міжнародно-правових актів у сфері захисту навколишнього середовища згадується поняття фауни (Конвенція про охорону мігруючих видів дикої фауни 1979 р. [7], Конвенція про охорону дикої флори і фауни та природних середовищ існування в Європі 1979 р. [8], Конвенція про міжнародну торгівлю видами дикої фауни і флори, що перебувають під загрозою зникнення 1973 р. [9], тощо), у жодному з них не подано визначення цього терміну. Тому з метою повного і всебічного розуміння проаналізуємо це питання з різних точок зору.

З етимологічної точки зору, слово “фауна” походить від лат. Fauna – давньоримська богиня лісів, полів та звірів. Під цим поняттям розуміють сукупність тварин, що склалася історично й населяє (або населяла в давні часи) певну територію [10]. Термін вперше був використаний у 1745 році Карлом Ліннеєм у назві його праці «Fauna Suecica» [11].

У словнику-довіднику професора М.Ф. Реймерса, відомого вченого-зоолога, поняття фауни розглядається крізь призму двох основних ознак як: 1) еволюційно-історично сформована сукупність усіх видів тварин, що живуть чи жили у геологічному минулому на цій території (акваторії); 2) список видів тварин, що живуть на цій території (акваторії – для водних тварин) [12].

У науковій літературі можна знайти різні позиції щодо тлумачення поняття «фауна»:

- дослідження фауни як фактору довкілля, у якому під поняттям «фауна» описано складову довкілля, яка включає, загалом, всіх тварин (диких та домашніх) планети, визначеної території чи певного геологічного періоду конкретного етапу еволюції [13].

- визначення фауни як складової дикої природи разом із дикою флорою [14];

- пояснення відсутності визначення поняття «фауна» в силу його поширення [15];

- трактування поняття «фауна» як інтернаціонального, оскільки воно є широко згадуваним у міжнародно-правових актах [16].

Водночас, підкреслюється те, що для правильного розуміння і застосування правових актів має значення закріплення у ньому ключових понять, що дозволяє встановити єдиний підхід до регулювання однотипних відносин [17].

Переважає більшість міжнародних правових актів у цій сфері підтримує такий підхід і відштовхується від загальноприйнятого розуміння змісту поняття «фауна», щоправда, окреслюючи його ознаки, притаманні суто у рамках міжнародного права.

Узагальнюючи позиції, наведені вище, можна зробити висновок, що поняттю “фауна” у міжнародному праві притаманні такі ознаки:

1) *обмеженість належністю до царства тварини (Animalia)* – переважно багатоклітинні еукаріотичні (ядерні) організми, до яких належать ссавці, птахи, риби, комахи, павукоподібні, молюски, морські зірки, черви тощо. До царства тварин не належать прокаріоти, найпростіші, рослини та гриби [18];

2) у цьому контексті, як з побутової, так і з наукової точки зору, *до тварин не відносять людину* (людина теж належить до царства тварин, але традиційно розглядається окремо);

3) це *сукупність видів тварин (або один вид)* – під міжнародно-правовою охороною може перебувати як фауна загалом, так і окремі її види, що визначається конкретним міжнародно-правовим актом і/або додатками до нього або на рівні судової практики [19], при цьому така охорона може надаватися як у прямій формі (шляхом, скажімо, прямої вказівки на необхідність захисту конкретних видів), так і у більш абстрактній формі (шляхом встанов-

лення охорони природної спадщини [20], середовищ існування [21] тощо);

4) які *історично і/або географічно проживають/перебувають на тій чи іншій території або у межах конкретного природного середовища на постійній чи тимчасовій основі* (наприклад, на період міграції, нересту, зимування тощо) – однак, потрібно враховувати, що міжнародно–правова охорона фауни не припиняє своєї дії у випадку перетину державних кордонів представниками фауни;

5) *незалежно від стану, умов існування, стадії розвитку та цінності для науки, господарства, промисловості та інших сфер життя*, тобто, під міжнародно–правовою охороною знаходяться види, які перебувають як у вільному стані, так і у неволі, як ембріони/лялечки, так і дорослі особи, як ті, які мають роль і значення для господарської чи наукової діяльності, так і ті, які є цінними лише як творіння Природи і т.д.;

6) *перебувають під охороною конкретних міжнародно–правових актів*, спрямованих, зокрема, на їх захист.

Виходячи з наведеного вище, пропонуємо таке визначення поняття фауни у міжнародному праві: це **охоронювана нормами міжнародного права історично сформована сукупність видів тварин, які тимчасово або постійно проживають чи перебувають на певній території або у межах певного середовища, незалежно від їх рівня розвитку, стану (умов) існування та цінності для науки та інших сфер життя.**

Характеризуючи поняття “фауна” загалом, не можна оминати увагою критерії, за допомогою яких ми можемо віднести представників тих чи інших видів саме до **дикої фауни**.

Дикі тварини в більшості своїй залежать не стільки від діяльності окремої людини, скільки від життєдіяльності людства навколо ареалів їх проживання [22].

1) *домашні тварини та тварин-компаньйони*, до яких належать:

- будь-яка тварина, яку утримує, чи збирається утримувати людина, зокрема у своїй оселі для власного задоволення й това-

риства (з моменту надання згоди нею/батьками/опікунами на такі дії – стаття 4, пункт 1, стаття 6 [23]);

- тварини, обумовлені у попередньому пункті, які утримуються людиною/юридичною особою у будь-якій оселі чи в будь-якому господарстві, для торгівлі, розведення та утримання для комерційних цілей, а також у притулках для тварин;

- тварини, зокрема ті, яких утримувала людина, які або не мають притулку, або знаходяться за межами оселі свого власника чи хазяїна й не перебувають під контролем чи безпосереднім наглядом будь-якого власника чи хазяїна (безпритульні тварини) [23];

2) *тварини сільськогосподарського призначення* – до них можна віднести:

- тварин, що розводяться або утримуються для виробництва продуктів харчування, шерсті, шкіри або хутра чи для інших цілей сільського господарства (керуючись Європейською конвенцією про захист тварин, що утримуються для сільськогосподарських цілей №087 [24]);

- призначені для забою коні, жуйні тварини, свині, кролики, птиця (відповідно до Європейської конвенції про захист тварин, призначених на забій №102 [25]);

3) *тварини, які використовуються під час наукових експериментів* – зокрема;

- будь-які живі хребетні тварини, що не належать до людського роду, включаючи непаразитуючі та/або відтворюючі личинкові форми, за винятком інших зародкових чи ембріональних форм що використовуються або призначені для використання (розводяться або утримуються з метою продажу, володіння або використання) у будь-якій дослідній або іншій науковій процедурі, якщо така процедура може спричинити біль, страждання, занепокоєння чи завдати тривалої шкоди [26].

Фактично, всі інші тварини, які не підпадають під критерії, що дозволяють віднести їх до якої-небудь з трьох категорій, наведених вище, слід вважати *дикими тваринами* (навіть у випадку, якщо ці тварини перебувають у цирках чи зоопарках [27, 28, 29, 30]). Водночас, доцільно наголосити на тому, що ці критерії є досить умовними та стосуються, перш за все, класифікації у рамках

ЗБІРНИК НАУКОВИХ СТАТЕЙ

міжнародного права. Скажімо, якщо вдаватися у диференціацію у рамках інших дисциплін, то за основу можна брати і такі ознаки як середовище проживання (у диких тварин – природа, у домашніх – створене людиною житло), ставлення до людини (у диких тварин – джерело небезпеки, часто – об’єкт нападу, у домашніх – друг), раціон (природний раціон у диких тварин, більш “одомашнений” у домашніх тварин), особливості експлуатації (домашні тварини можуть виступати як компаньйони, виконувати робочі функції, краще піддаються дресируванню, тощо), особливості розмноження у неволі (дикі тварини гірше розмножуються у підневільному стані, домашні ж підлягають селекції з боку людини), а також природній відбір (для диких тварин – це рідне середовище, тоді як домашні можуть легко загинути на волі).

Якщо ж звернутися до вітчизняного законодавства, то Закон України «Про тваринний світ» [31] містить визначення, згідно з яким дикі тварини - хордові, в тому числі хребетні (ссавці, птахи, плазуни, земноводні, риби та інші) і безхребетні (членистоногі, молюски, голкошкірі та інші) в усьому їх видовому і популяційному різноманітті та на всіх стадіях розвитку (ембріони, яйця, лялечки тощо), які перебувають у стані природної волі, утримуються у напіввільних умовах чи в неволі.

На рівні статті 1 цього ж нормативно-правового акту можна знайти відсылну норму згідно з якою відносини у галузі охорони, використання і відтворення сільськогосподарських, свійських тварин, а також діяльність, пов’язана з охороною і використанням залишків викопних тварин, регулюються відповідним законодавством України. Водночас, з даного визначення не можна встановити принципової відмінності між дикими тваринами, тваринами, які використовуються під час наукових експериментів та домашніми тваринами та тваринами-компаньйонами.

Однак, цей закон виділяє *типову ознаку*, згідно з якою до диких тварин віднесені хордові, в тому числі хребетні (ссавці, птахи, плазуни, земноводні, риби та інші) і безхребетні (членистоногі, молюски, голкошкірі та інші) в усьому їхньому видовому і популяційному різноманітті та на всіх стадіях розвитку (ембріони, яйця, лялечки тощо).

Певну ясність у ситуацію вносить Закон України «Про захист тварин від жорстокого поводження» [32]. Стаття 1 його наводить цілу плеяду визначень, розкриваючи поняття «тварина», «дикі тварини», «домашні тварини», «сільськогосподарські тварини», «безпритульні тварини», «експериментальна тварина». Цим законом до диких тварин віднесено тих, природним середовищем існування яких є дика природа, у тому числі ті, які перебувають у неволі чи напіввільних умовах. Таким чином, закон вводить таку ознаку для визначення диких тварин, як *середовище існування – дику природу*.

Ще одну ознаку можна вивести із визначення поняття «домашня тварина» – це *наявність життєздатних диких популяцій, які складаються з особин з аналогічними морфологічними ознаками, та існують тривалий час у їх природному ареалі*.

Такі тварини існують *поза контролем людини*, як наслідок, вони не утримуються та не розводяться людиною для отримання продуктів і сировини тваринного походження, а також, як правило, не використовуються для проведення наукових дослідів, експериментів.

Підсумовуючи наведені вище положення міжнародного права та вітчизняного законодавства, можна зробити висновок, що дикою фауною слід вважати *представників царства тварини, хордових, в тому числі хребетних (ссавці, птахи, плазуни, земноводні, риби та інші) і безхребетних (членистоногі, молюски, голкошкірі та інші) в усьому їх видовому і популяційному різноманітті та на всіх стадіях розвитку (ембріони, яйця, лялечки тощо), які формують життєздатні популяції та існують тривалий час у дикій природі, поза контролем людини, не утримуються та не розводяться людиною для отримання продуктів і сировини тваринного походження, а також, як правило, не використовуються для проведення наукових дослідів, експериментів, для задоволення естетичних потреб і потреб людини у спілкуванні*.

Водночас, зважаючи на те, що дику фауну регулює система відособлених міжнародно-правових норм, які регулюють конкретний вид (частину) значущих суспільних відносин (відносин,

щодо охорони дикої фауни) та здійснює особливі завдання в даному регулюванні (охорона, захист, збереження, раціональне використання), має відносну самостійність, незалежність від інших інститутів права (оскільки, як правило, дозволяє самостійно розглядати дику фауну як окремий об'єкт правової охорони), характеризується специфічністю засобів правового регулювання (система міжнародних договорів, судової практики та інших джерел міжнародного права, спрямованих на охорону дикої фауни) та має можливість формувати загальні поняття у власних межах, тобто в межах видових явищ, то, на нашу думку, наведені вище ознаки дозволяють повною мірою ідентифікувати міжнародно-правову охорону дикої фауни не тільки як об'єкт правової охорони норм міжнародного права, але й як **інститут міжнародного права навколишнього середовища**, що сприятиме його подальшому вдосконаленню і розвитку, зважаючи на складність та багатогранність такого об'єкта та особливості його правової охорони.

Висновки. Підсумовуючи наведене вище, можна зробити такі висновки:

1) під фауною у міжнародному праві слід розуміти охоронювану нормами міжнародного права історично сформована сукупність видів тварин, які тимчасово або постійно проживають чи перебувають на певній території або у межах певного середовища, незалежно від їх рівня розвитку, стану (умов) існування та цінності для науки та інших сфер життя;

2) до дикої фауни слід відносити лише ті види тварин, які не підпадають під ознаки тварин сільськогосподарського призначення, тварин, які використовуються під час наукових експериментів, домашніх тварин та тварин-компаньйонів;

3) міжнародно-правову охорону (захист, збереження) дикої фауни слід розглядати як одну зі сфер міжнародного співробітництва, яка реалізується суб'єктами міжнародного права і спрямована на забезпечення і гарантування недоторканості, захисту від знищення і/або завдання шкоди як дикій фауні загалом, так і окремим її видам;

4) для досягнення сталого розвитку людства, захист навколишнього середовища (як загалом, так і окремих його елементів)

повинен складати невід'ємну частину процесу розвитку і не може розглядатися у відриві від нього;

5) охорона дикої фауни, як складова навколишнього природного середовища, сприяє підтримці важливих екологічних процесів, стійкому розвитку та збереженню біологічного різноманіття;

6) дику фауну слід виділяти не тільки як об'єкт правової охорони норм міжнародного права, але й як інститут МПНС, що сприятиме його подальшому вдосконаленню і розвитку, зважаючи на складність та багатогранність такого об'єкта та особливості його правової охорони.

1. *Право довкілля (екологічне право): навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. / П. Д. Пилипенко, В. І. Федорович, М. Я. Ващишин [та ін.] ; за ред. П. Д. Пилипенка. – К. : Ін Юре, 2010. – С.377.*
2. *Вавженчук С. Я. Співвідношення понять «захист» та «охорона» трудових прав в чинному законодавстві / С. Я. Вавженчук // Форум права. – 2010. – № 1. – С. 45–49 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2010-1/10vcjvh.pdf>.*
3. *Конвенція про охорону біологічного різноманіття від 1992 року (укр/рос) [Електронний ресурс] // Верховна Рада України, офіційний сайт. – 1992. – Режим доступу до ресурсу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_030.*
4. *Конвенція Організації Об'єднаних Націй з морського права [Електронний ресурс] // Верховна Рада України. – 1982. – Режим доступу до ресурсу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_057.*
5. *Темченко В. Особливості юридичного змісту термінів «захист» та «охорона» у механізмі забезпечення прав людини / В. Темченко // Вісник Академії управління МВС. – 2007. – № 2–3. – С. 58–65.*
6. *Короткий Т.Р. Догматично-правовий аналіз змісту поняття «охорона» та «захист» морського середовища в теорії і практиці / Т. Р. Короткий // Актуальні проблеми держави і права. - 2011. - Вип. 62. - С. 326-333. - Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/ardp_2011_62_46.*
7. *Конвенція про збереження мігруючих видів диких тварин [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_136/print1389887417661226.*
8. *Конвенція про охорону дикої флори та фауни і природних середовищ існування в Європі [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_032/print1398673166969949.*

9. Конвенція про міжнародну торгівлю видами дикої фауни і флори, що перебувають під загрозою зникнення [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_129/print1398673166969949.
10. Словник іншомовних слів / Уклад.: С.М. Морозов, Л.М. Шкаранута. – К.: Наук. Думка, 2000. – С.606. – (Словники України).
11. Virginia C. Maiorana, Animal, (kingdom Animalia) [Електронний ресурс] / Virginia C. Maiorana, Leigh M. Van Valen // Encyclopædia Britannica, Inc.. – 2017. – Режим доступу до ресурсу: <https://global.britannica.com/topic/animal>.
12. Реймерс Н. Ф. Природопользование: словарь–справочник/ Н. Ф. Реймерс. – М.: Мысль, 1990. – 676 с.
13. Ernest Lupan – Environmental Law, Special Part (Volume II) - Lumina Lex Press, Bucharest, 1996, page 156.
14. Trouwborst A. The Practice of Shared Responsibility in relation to Nature Conservation [Електронний ресурс] / Arie Trouwborst // Tilburg Law School; Tilburg Sustainability Center. – 2015. – Режим доступу до ресурсу: <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php>
15. Копьяк А.С. К вопросу о защите прав животных // Современные научные исследования и инновации. – Август 2011. – № 4 [Электронный ресурс]. URL: <http://web.snauka.ru/issues/2011/08/1915>.
16. Тихий П. Дика фауна як об'єкт екологічних правовідносин // Право України. – 1999. – №2. – С. 65.
17. Пузевич А. Н. Понятие и признаки животных как объекта гражданского права / Александр Николаевич Пузевич. // Юридическая наука. – 2011. – №4. – С. 77–78.
18. Договір про Європейський Союз (консолідована версія з протоколами і деклараціями станом на 30.03.2010) [Електронний ресурс] // Верховна Рада України. – 1992. – Режим доступу до ресурсу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_029.
19. Договір про заснування Європейської Спільноти (консолідована версія станом на 1 січня 2005 року) [Електронний ресурс] // Верховна Рада України. – 1957. – Режим доступу до ресурсу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_017.
20. Конвенція про охорону всесвітньої культурної і природної спадщини [Електронний ресурс]. – 1972. – Режим доступу до ресурсу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_089.

21. *Международное соглашение по тропической древесине [Електронний ресурс]. – 2006. – Режим доступу до ресурсу: https://treaties.un.org/doc/source/RecentTexts/XIX_46_russian.pdf.*
22. Коробко І. І. Міжнародно-правові стандарти захисту домашніх тварин від жорстокого поводження [Електронний ресурс] / Ирина Игоревна Коробко // Український часопис міжнародного права. – 2013. – Режим доступу до ресурсу: http://www.jusintergentes.com.ua/archives/2013/1/Pages%20from40_88-031-035.pdf.
23. *European Convention for the Protection of Pet Animals [Електронний ресурс]. – 1987. – Режим доступу до ресурсу: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/125.htm>.*
24. *European Convention for the Protection of Animals kept for Farming Purposes [Електронний ресурс] // Council of Europe. – 1976. – Режим доступу до ресурсу: <https://rm.coe.int/1680076da6>.*
25. *European Convention for the Protection of Animals for Slaughter [Електронний ресурс] // Council of Europe. – 1979. – Режим доступу до ресурсу: <https://rm.coe.int/1680077d98>.*
26. *European Convention for the Protection of Vertebrate Animals used for Experimental and Other Scientific Purposes [Електронний ресурс]. – 1986. – Режим доступу до ресурсу: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/123.htm>.*
27. Директива ЄС ОВ L 103, 25.4.1979, С.1; Директива з останніми змінами, внесеними Директивою Комісії 97/49/ЄС (ОВ L 223, 13.8.1997, С.9). // Council of Europe. – 1979. – Режим доступу до ресурсу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:L:1979:103:TOC>.
28. Директива ЄС ОВ L 206, 22.7.1992, С.7. Директива з останніми змінами, внесеними Директивою 97/62/ЄС (ОВ L 305, 8.11.1997, С.42). // Council of Europe. – 1992. – Режим доступу до ресурсу: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31992L0043:EN:HTML>.
29. Директива ЄС ОВ L 61, 3.3.1997, С.1; Регламент з останніми змінами, внесеними Регламентом (ЄС) № 2307/97 (ОВ L 325 від 27.11.1997, С.1). // Council of Europe. – 1997. – Режим доступу до ресурсу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=OJ:L:1997:061:TOC>.
30. Директива Ради 1999/22/ЄС. від 29 березня 1999 року. про утримання диких тварин у зоологічних парках [Електронний ресурс] // Рада Європейського Союзу. – 1999. – Режим доступу до ресурсу: <http://old.minjust.gov.ua/file/32965.docx>.

31. *Про тваринний світ [Електронний ресурс] // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2002, N 14, ст.97. – 2002. – Режим доступу до ресурсу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2894-14/print>.*
32. *Про захист тварин від жорстокого поводження [Електронний ресурс] // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2006, N 27, ст.230. – 2006. – Режим доступу до ресурсу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3447-15>.*

Гузь В.М. Міжнародно-правова охорона дикої фауни

У статті проаналізовано ключові аспекти міжнародно-правового регулювання охорони дикої фауни. Проведене дослідження дозволило підсумувати встановлення теоретико–методологічних підходів до вирішення проблематики охорони дикої фауни у науковій доктрині, було проведено аналіз міжнародних правових актів, вітчизняного законодавства та практики їх застосування, уточнено понятійно–категорійний апарат, зокрема щодо таких ключових понять, як «фауна», «дика фауна», «міжнародно–правова охорона». На основі результатів попереднього пункту, було отримано можливість визначити співвідношення термінів, які використовуються у міжнародно–правових нормах з їх аналогами в українському законодавстві.

Ключові слова: фауна, види дикої фауни, міжнародно–правова охорона, навколишнє природне середовище.

Гузь В.Н. Международно-правовая охрана дикой фауны

В статье проанализированы ключевые аспекты международно-правового регулирования охраны дикой фауны. Проведенное исследование позволило суммировать установления теоретико-методологических подходов к решению проблематики охраны дикой фауны в научной доктрине, был проведен анализ международных правовых актов, отечественного законодательства и практики их применения, уточнены понятийно-категорийный аппарат, в частности относительно таких ключевых понятий, как «фауна», «дикая фауна», «международно-правовая охрана». На основе результатов предыдущего пункта, было получено возможность определения соотношения терминов, используемых в международно-правовых нормах с их аналогами в украинском законодательстве.

Ключевые слова: фауна, виды дикой фауны, международно-правовая охрана, окружающую природную среду.

Huz V.M. International legal protection of wild fauna

The article deals with the analysis of the key aspects of international legal protection of wildlife and is devoted to the identification of regularities and the identification of problems that arise in the sphere of international legal protection of wild fauna and, in particular, theoretical and methodological approaches for the protection of wild fauna in international law.

Despite of the fact that the concept of fauna is mentioned in a number of international instruments in the sphere of protection of the environment (Convention

on the Conservation of Migratory Species of Wild Fauna 1979, the Convention on the protection of wild flora and fauna and natural habitats in Europe 1979, the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora, Endangered in 1973, etc.), none of these international legal instruments defines the term.

Another problem, described in the article, analysis usage of term «protection» in similar meanings.

In this article the concept of usage of the term «fauna» and its analogues in international law are analyzed by the author. In this article, the basic examples of the usage of the concept within international legal acts in the field of international legal protection of wild fauna are given, and, particularly, its main features are defined. In addition, the author's definition of the term is formulated.

Keywords: fauna, species of wild fauna, international legal protection, the environment.

Кохан Н.В.

ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ ДОГОВІРНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИН

УДК 349.2

Одним з найважливіших серед соціально-економічних прав людини й громадянина визначено право на працю, оскільки праця в першу чергу є основним джерелом доходу особи та можливість особистого і суспільного багатства і добробуту народу. Стаття 2 КЗпП України встановлює, що право на працю забезпечується державою, яке проголошується статтею 43 Конституції України. Згідно нього, кожній особі гарантується можливість заробляти на життя працюю, яку вона вільно обирає або на яку вільно погоджується [1].

Відповідно до статті 21 КЗпП України, право на працю реалізується через укладення трудового договору між громадянином і роботодавцем. Ним трудовий договір визначається як угода між працівником і роботодавцем, за якою працівник зобов'язується виконувати роботу, визначену цією угодою, з підляганням внутрішньому трудовому розпорядку, а роботодавець зобов'язується виплачувати працівнику заробітну плату і забезпечувати умови праці, необхідні для виконання роботи, передбачені законодавством про працю, колективним договором і угодою сторін. [2].

ЗБІРНИК НАУКОВИХ СТАТЕЙ

Договірна форма залучення до праці – елемент демократії, найбільш повно опосередковує принцип свободи праці, тобто свободу в виборі професії, роду занять та застосування своїх здібностей [3, 148]. Принцип свободи праці має правове відбиття в договорі, сутність якого – угода.

У науковій літературі неодноразово прямо вказується, що трудовий договір є основним інститутом трудового права; як підстава виникнення трудових відносин; і як форма залучення до праці, що широко застосовується в усіх країнах з ринковою економікою для найму робочої сили [4, 38].

У європейських країнах, у юридичній теорії, висловлюється І.Я. Кисельов, трудовий договір зазвичай розглядається як центральне поняття, головний інститут трудового права, навкруги якого групуються такі питання, як дисципліна праці, хазяйська влада, заробітна плата, робочий час, перерви в роботі й навіть частково охорона праці. Звичайно, такі питання трактуються в контексті прав і обов'язків сторін трудового договору [5, 59]. З цього приводу, М.М. Пурей стверджує, що трудовий договір є необхідною передумовою для застосування до працівників гарантій, пов'язаних з трудовою діяльністю. Так, будучи найважливішою юридичною формою реалізації громадянином права на працю, трудовий договір фіксує угоду сторін про трудову функцію, місце і час здійснення права на працю. Трудовий договір служить способом встановлення прав і обов'язків сторін трудових правовідносин, засобом конкретизації правового становища працівника [6, 8].

Отож, варто відзначати значимість трудового договору як нормативного акта, який має локальний характер, а основне призначення локальних нормативно-правових актів полягає на думку О.Ф. Скакун, конкретизувати розпорядження закону стосовно умов діяльності відповідного колективу, не виходячи за рамки закону і не обмежуючи ініціативу виконавців, які діють в межах закону [7, 282]. В такому аспекті трудовий договір є засобом реалізації права особи на працю, яке їй прогарантувала Конституція України. В.І.Прокопенко, вказує, що трудовий договір впливає на динаміку трудових відносин, породжуючи їх змінює чи припи-

няє, визначає при цьому обсяг кореспондуючих прав та обов'язків сторін, регулює поведінку сторін при здійсненні трудових відносин.

Аналізуючи практику укладання трудових договорів та становище обидвох сторін трудових правовідносин, породжується необхідність його врегулювання окрім договірної ще й централізованим методом. Тобто, на рівні КЗпП України, встановити ключові гарантії для особи яка укладає трудовий договір. Аналізуючи ситуацію на практиці вдається неможливим врегулювати трудові відносини тільки на договірному рівні.

Г.А. Рогольова зазначає, що в сучасних умовах слід вести мову про сполучення державного та договірної регулювання трудових і пов'язаних з ними відносин, визначати сполучення та взаємодію цих методів регулювання умов праці працівників, установити необхідні оптимальні пропорції й межі локальної нормотворчості в організації, та показати джерела цього регулювання, обґрунтувати необхідність зростання ролі локального нормативного регулювання трудових і тісно пов'язаних з ними правовідносин на сучасному етапі розвитку науки [8, 6]. Можна погодитись з правовою позицією О.М. Дуюнової, що угоди про працю як родові поняття об'єднують різноманітні договори із застосуванням праці, що відображають лиш багатокладний характер економіки та специфіку застосування праці різних категорій фізичних осіб [9, 9].

На думку О.С. Пашкова, угода про працю є правовою формою трудових відносин, і залежно від відношення працівника до форми власності, науковцем виділяються три групи договорів: договір трудового найму, договори про сумісну трудову діяльність, трудові контракти. Проте, всі виокремлені групи, дослідник об'єднує єдиним родовим поняттям – трудовий договір [10, 60]. За допомогою такого поділу, можна виявити взаємозв'язок централізованого і локального методів регулювання праці. Також, слід погодитися з позицією, яка відображає вплив двох методів правового регулювання на трудовий договір і полягає в тому, що держава уповноважує організації здійснювати локальне нормативне регулювання певних видів суспільних відносин та надає

можливість у локальному порядку вирішувати ті або інші питання безпосередньо на підприємствах, в установах чи організаціях [8, 52].

Таким чином, в більшості випадків, трудове право України саме на локальному рівні, використовує договірний метод правового регулювання.

Д.В. Журавльов зазначає, що за допомогою локальних правових актів відбувається наближення змісту нормативних приписів, які зазначені у законі та інших підзаконних нормативних актах, до конкретного суб'єкта трудових відносин [11, 8]. Як відзначила О.В. Смирнова, це особливо проявляється під час переходу до ринкової економіки, акти спільної нормотворчості поступово набувають провідного значення в кількісному та якісному співвідношенні [12, 45]. На це, неодноразово зверталася увага й у загальнотеоретичних працях з теорії права. Зазначалося, що з юридичної точки зору, договір, як правило, являє собою угоду двох або декількох осіб про встановлення, зміну та припинення прав і обов'язків, тому в умовах становлення ринкової економіки роль договору як інструменту саморегулювання значно зростає [13, 189].

Договір як нормативне джерело локального регулювання має свої особливості, бо правовідносини, які ним утворюються, регулюються не імперативними, а диспозитивними нормами. Так, на думку М.Г. Александрова, договір виступає не лише підставою самого факту виникнення правовідносин, в даному випадку трудових, а ще й виступає джерелом тих індивідуальних приписів, які визначають зміст трудових правовідносин, де зміст прав та обов'язків у встановлених договором відносинах також визначаються угодою сторін, що домовляються. Саме тому договір, є засобом зв'язку трудових правовідносин, джерелом індивідуальних умов, які визначають зміст повноважень та обов'язків сторін конкретних правовідносин [14, 73].

В.І. Прокопенко щодо трудового договору вважає, що за допомогою погодженого з роботодавцем волевиявлення і самозобов'язання працівника абстрактні права і обов'язки, які впливають з права на працю, перетворюються на конкретні права і обов'язки

в трудових правовідносинах між працівником і роботодавцем [15, 215-216].

Погоджуючись із висловленими думками та враховуючи, що працівникові гарантуються права на кожному етапі (виникненні, реалізації, зміні та припиненні) трудових правовідносин [22, 23], які передбачені в КЗпП України та інших законодавчих актах, слід конкретизувати в трудовому договорі з врахуванням основних трудових гарантій.

При вирішенні питання про ступінь можливого застосування централізованого і локального методів правового регулювання праці щодо укладення та розірвання трудового договору, слід враховувати основні характеристики цього інституту трудового права і тих, що закріплені в КЗпП України. Такий підхід зумовлений тією роллю, яку в трудовому праві України відіграють як централізований (застосовується для визначення та закріплення мінімальних прав, свобод працівників у сфері праці, а також їх гарантій), так локальний (деталізація нормативно-правових приписів, що містяться в загальних нормах, кодексах та запровадження додаткових, порівняно із законодавством про працю, прав та свобод для суб'єктів трудових правовідносин чи встановлення їм додаткових гарантій) [16, 113].

Оптимальне поєднання централізованого і локального правового регулювання – це один з основних принципів трудового права України. Ним визначається порядок та умови встановлення прав і обов'язків суб'єктів трудових і пов'язаних з ними правовідносин. Його зміст зводиться до того, що основні гарантії захисту трудових прав суб'єктів трудових правовідносин встановлюються законами і підзаконними актами, а решту правил регулювання праці сторони визначають за погодженням між собою в порядку, передбаченому централізованими нормами, самостійно. При цьому локальне право встановлення не повинне виходити за межі й суперечити стандартам, визначеним для нього централізовано [17, 32]. Разом з цим, при закріпленні трудових прав працівників та їх гарантій на міжнародно-правовому рівні, а аналогічному порядку використовується оптимальне поєднання нормативне та договірне регулювання [21].

У нинішніх умовах ринкової економіки спостерігається тенденція до розширення сфери локального регулювання, хоча при цьому роль централізованого регулювання праці не зменшується. Держава продовжує виконувати свою функцію гаранта основних трудових прав громадян, тому відповідний мінімум таких гарантій завжди буде визначатись як Конституцією України, так і Кодексом Законів про Працю України і іншими Законами України.

Природа існування та збільшення локальних норм має об'єктивний характер. Так, «норма централізована і норма локальна не обираються законодавцем довільно. Вони мають своїм джерелом загальні й особливі ознаки, які реально існують в самих трудових відносинах» [18, 11].

Зазвичай до сфери локального регулювання відносять зазвичай трудові відносини, а саме: трудовий договір, робочий час, час відпочинку, трудова дисципліна. Інші інститути такі як, працевлаштування, вирішення трудових спорів, нагляд і контроль за дотриманням трудового законодавства традиційно відносять до централізованого правового забезпечення.

Специфіка принципу оптимального поєднання полягає в тому, що повнота правового регулювання забезпечується завдяки оптимальному поєднанню цих видів правостановлення [17, 123].

При вирішенні питання про ступінь можливого застосування централізованого і локального методів правового регулювання праці, слід враховувати основні характеристики цього інституту трудового права і тих, що закріплені у КЗпП України. Це буде стосуватися можливості чи неможливості договірного характеру регламентації цього інституту, а також віднесення того чи іншого положення трудового договору до основних складових гарантій права особи на працю. Такий підхід зумовлений тією роллю, яку у трудовому праві України відіграють як централізований так і локальний методи правового регулювання трудових правовідносин [19, 173].

Так, Р.З. Лівшиць вважає критерієм розмежування загальних і локальних норм те, що акти, які приймаються іншими суб'єктами відносно певного підприємства є централізованими, а ті, що

розробляються і приймаються безпосередньо на ньому, мають характер локальних. Далі ним зазначається, що з теоретичної точки зору важливо також, чи співпадають суб'єкти встановлення і застосування означених норм чи ні. Якщо вони єдині, то це також ознака локальної норми [20, 58].

Отже, ще однією особливістю договірного регулювання є те, що воно здійснюється саме тими суб'єктами, які визначили потребу у прийнятті локального акта і розробили його. Оскільки для локальних правових норм характерна їх спрямованість на регулювання вже не виду, а, підвиду або навіть субпідвиду суспільних відносин, і ще однією особливістю регулювання є те, що воно спрямоване на упорядкування певної сукупності відносин, які складаються безпосередньо в органі, підрозділі або тісно з ними пов'язані. Разом з цим, зважаючи на те, що локальне правове регулювання має конкретизуючу форму і не може не відповідати загальному законодавству, то наступною його особливістю є те, що воно досить підзаконних характер [16, 247].

Таким чином, слід зазначити про те, що трудовий договір покликаний закріплювати та розвивати договірний метод регулювання трудових правовідносин. Проте, необхідно зауважити, що децентралізація правового регулювання, що знаходить прояв в обмеженні втручання держави в сферу трудових правовідносин, сприяє демократизації суспільства, безпосередньому включенню працівників і роботодавців у процес створення правових норм. При цьому важливо, щоб розповсюдження індивідуально-договірному регулювання не призвело до зниження рівня соціальної захищеності працівників у трудових правовідносинах. Разом з тим, локальні норми встановлені в договірному порядку, повинні розвивати й доповнювати норми встановлені в нормативному порядку. Договірні норми повинні конкретизувати права, обов'язки встановлені сторонами з врахуванням можливостей кожної сторони трудового правовідношення і ґрунтуватися на основі гарантій передбачених законодавством.

1. Конституція України.

2. Кодекс Законів про Працю.

3. Кодифікація трудового законодавства України. Монографія. За заг. ред. проф. Н.М. Хуторян, проф. Інишина, проф. С.М. Прилипка, проф. О.М. Ярошенка. Харків : Вид-во «ФІНН», 2009. С.432.
4. Трудове право України: Навчальний посібник. За заг. ред. Пилипенка П.Д. К.: Істина, 2005. С.363.
5. Киселев И.Я. Зарубежное трудовое право: Учебник. М.: НОРМА-ИНФРА М., 1998, - С. 423.
6. Пурей М.М. Право на працю в Україні в умовах ринкової економіки: Автореф. дис. ... канд.юрид.наук.: 12.00.05 – Х.: НУВС, 2003. С.14.
7. Скакун О.Ф. Теорія держави і права: Підручник. Х.: Консум, 2001. С.341.
8. Рогалева Г.А. Локальное регулирование условий труда и система источников трудового права. М.: ООО «Интел-синтез АПР», 2003. С.6.
9. Дуюнова О.М. Угоди про працю за трудовим законодавством про працю: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.000.05 К.: Київ. нац. ун-т, 2004. С. 9.
10. Пашков А.С. Договоры о труде в условиях многоукладной экономики // Сов. Государство и право. 1993. №6. С.57-65.
11. Журавльов Д.В. Система трудового законодавства України: Автореф. дис.. канд. юрид. наук:12.00.05 Х.: НУВС, 2005. С.10.
12. Смирнова О.В. Трудовое право: Учебник. М.: Проспект, 1997. С.345.
13. Теория государства и права: Учебник / Под ред. В.М. Корельского, В.Д. Перевалова. 2-е изд., и доп. М.: НОРМА-ИНФА М, 2002. С.313.
14. Александров Н.Г К вопросу о роли договора в правовом регулировании общественных отношений // Учен. Зап. ВИЮН. 1946. Вып.6. С. 236.
15. Прокопенко В.І. Трудове право України: Підручник. Х.: Консум, 1998. С.410.
16. Лукаш С.С. Співвідношення централізованого і локального регулювання трудових відносин в умовах ринкової економіки : Монографія. Харків: Видавництво «ФІНН», 2009. 368с.
17. Трудове право України: Академ. Курс.: Підручник для студ. Спец.вищих навч. закладів. // П.Д. Пилипенко, В.Я. Бурак, З.Я. Козак та інші. За заг. Ред.. П.Д. Пилипенка К.: Видав. Дім «Ін Юре», 2006. С.48.
18. Кондратьев Р.И. Сочетание централизованного и локального правового регулирования трудовых отношений. Л.: Изд.-во ЛГУ, 1977. С.112.

19. *Співвідношення центрального і локального регулювання трудових відносин в умовах ринкової економіки. Монографія. Лукаш С.С. Харків : Видавництво «ФІНН», 2009. 368с.*
20. *Иванов С.А., Лившиць Р.З., Орловский Ю.Г. Советское трудовое право: вопросы теории. М.: Прогресс, 1978. С.159.*
21. *Кохан Н.В. Міжнародно-правове закріплення гарантій трудових прав працівників [Електронний ресурс] / Н. В. Кохан // Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України. - 2010. - Вип. 24. - С. 150-158. - Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/apvchzu_2010_24_31.pdf*
22. *Кохан Н.В. Удосконалення правового регулювання гарантій, що забезпечують виконання працівниками покладених на них обов'язків [Електронний ресурс] / Н. В. Кохан // Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України. - 2010. - Вип. 25. - С. 180-187. - Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/apvchzu_2010_25_38.pdf*
23. *Кохан Н.В. Актуальні проблеми забезпечення гарантій трудових прав працівників з роботодавцями - фізичними особами та шляхи їх удосконалення [Електронний ресурс] / Н. В. Кохан // Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України. - 2011. - Вип. 27. - С. 212-218. - Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/apvchzu_2011_27_35.pdf*

Кохан Н.В. Теоретичні засади договірного регулювання трудових правовідносин

Право на працю реалізується через укладення трудового договору між громадянином і роботодавцем. Принцип свободи праці має правове відбиття в договорі, сутність якого – угода. Варто відзначити значимість трудового договору як нормативного акта, який має локальний характер, а основне призначення локальних нормативно-правових актів полягає у конкретизації розпоряджень закону стосовно умов діяльності відповідного колективу, не виходячи за рамки закону і не обмежуючи ініціативу виконавців, які діють в межах закону. Практика укладання трудових договорів та становище обидвох сторін трудових правовідносин, породжується необхідність його врегулювання окрім договірного ще й централізованим методом. Тобто, на рівні КЗпП України, встановити ключові гарантії для особи яка укладає трудовий договір.

Ключові слова: трудовий договір, трудові правовідносини, договірний метод правового регулювання, імперативний метод правового регулювання, централізоване та локальне правове регулювання.

Кохан Н.В. Теоретические основы договорного регулирования трудовых правоотношений

Право на труд реализуется путем заключения трудового договора между гражданином и работодателем. Принцип свободы труда имеет правовое отра-

жение в договоре, сущность которого - соглашение. Стоит отмечать значимость трудового договора как нормативного акта, который имеет локальный характер, а основное назначение локальных нормативно-правовых актов состоит в конкретизации предписаний закона об условиях деятельности соответствующего коллектива, не выходя за рамки закона и не ограничивая инициативу исполнителей, которые действуют в рамках закона. Практика заключения трудовых договоров и положение обеих сторон трудовых правоотношений, порождается необходимостью его урегулирования кроме договорного еще и централизованным методом. То есть, на уровне КЗоТ Украины, установить ключевые гарантии для лица, которое заключает трудовой договор.

Ключевые слова: трудовой договор, трудовые правоотношения, договорный метод правового регулирования, императивный метод правового регулирования, централизованное и локальное правовое регулирование.

Kohan N.V. Theoretical principles of contractual regulation of labor relations

The right to work is realized through the conclusion of an employment contract between a citizen and an employer. The principle of freedom of labor has a legal reflection in the contract, the essence of which is an agreement. It is worth noting the significance of an employment contract as a normative act that has a local character, and the main purpose of local normative legal acts is to specify the instructions of the law regarding the conditions of the activity of the respective collective, without going beyond the law and without limiting the initiative of the executors acting within the limits of the law. The practice of concluding labor contracts and the position of both parties in labor relations creates the necessity of its settlement, except for the contract, by the centralized method. That is, at the level of the Labor Code of Ukraine, to establish key guarantees for a person who concludes an employment contract. The optimal combination of centralized and local legal regulation is one of the basic principles of labor law in Ukraine. It determines the procedure and conditions for the establishment of rights and obligations of the subjects of labor and related legal relations. Its meaning is that the basic guarantees of the protection of labor rights of the subjects of labor relations are established by laws and by-laws, and the rest of the rules of regulation of labor are determined by the parties in agreement with each other in the manner prescribed by the centralized norms, independently. It should be noted that an employment contract is intended to consolidate and develop a contractual method of regulating labor relations. However, it should be noted that the decentralization of legal regulation, which manifests itself in the restriction of state interference in the field of labor relations, promotes the democratization of society, the direct inclusion of workers and employers in the process of creating legal norms. It is important that the distribution of individual contractual regulation does not lead to a reduction in the level of social protection of employees in labor relations. At the same time, local norms are established in a contractual manner, should develop and supplement norms established in a normative manner. Contractual norms should specify the rights,

obligations established by the parties, taking into account the possibilities of each party to labor relations and based on the guarantees provided by law.

Keywords: labor contract, labor relations, contractual method of legal regulation, imperative method of legal regulation, centralized and local legal regulation.

ПРОБЛЕМИ ПОЛІТИКИ В СФЕРІ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

Козич І.В.

ФУНКЦІОНАЛЬНЕ СПІВВІДНОШЕННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ТА КРИМІНОЛОГІЧНОЇ ПОЛІТИКИ В СФЕРІ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

Актуальність теми. Сучасна правова політика України являє собою сукупність різнорівневих засобів впливу на суспільство з метою забезпечення його консолідації та стабільності розвитку за допомогою правового регулювання та охорони. Враховуючи те, що політика української держави має соціальне спрямування, можна стверджувати, що за умов результативності соціальної правової політики утворюється і функціонує складна соціальна мережа взаємин держави і суспільства, соціальних спільнот і особистостей. Всі ці відносини визначають становище людей в соціальній структурі суспільства, висловлюючи ступінь рівності, справедливості, свободи, задоволення матеріальними і культурними благами. Немалу роль в цьому відіграє політика в сфері боротьби зі злочинністю, основним завданням якої є кримінально-правове, кримінально-процесуальне, кримінально-виконавче і кримінологічне (профілактичне) забезпечення охорони найбільш важливих суспільних відносин, благ, цінностей та інтересів.

Метою даної статті є встановлення співвідношення функцій кримінально-правової та кримінологічної (профілактичної) політики, в тому числі з врахуванням доктринальних кримінологічних та кримінально-правових напрацювань.

Стан дослідження. В різний час питаннями функцій політики в сфері боротьби зі злочинністю займалися та займаються В.І.Борисов, В.В.,Василевич, В.В.Голіна, В.К.Гришук, В.М.Др'омін, Г.М.Міньковський, М.І.Панов, П.Л.Фріс, В.І.Шакун та ін. Питання співвідношення функцій кримінального права і кримі-

нології досліджувалося в спеціалізованій літературі. Однак проблемам співвідношення функцій кримінально-правової та кримінологічної політики увага приділена недостатня.

Виклад основного матеріалу. Кримінально-правова, кримінально-процесуальна, кримінально-виконавча і кримінологічна підсистеми політики в сфері протидії злочинності, мають окреслені власним законодавством кола завдань.

Зокрема, виходячи із змісту ч.1 ст. 1 КК України Кримінальний кодекс має «своїм завданням правове забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України від злочинних посягань, забезпечення миру і безпеки людства...». Коротше кажучи, сферою регулювання кримінально-правової політики є не уся сфера боротьби із злочинністю, що включає у тому числі політичні, економічні, морально-етичні відносини, а лише ті відносини, які пов'язані із вчиненням злочину і визначенням кримінальної відповідальності за нього, а також застосуванням кримінально-правових заходів безпеки.

Також ж у ч.1 ст.1 КК України визначається завдання «... запобігання злочинам», яке відноситься вже до сфери регулювання кримінологічної (профілактичної) політики.

Функції держави – це основні напрями діяльності держави, в яких знаходять свій вираз її сутність, завдання і цілі [1, с. 396]. Зазвичай, в літературі вживання терміну «функції» разом з правовою політикою держави дається через розуміння її основних напрямів реалізації.

Як справедливо зазначає П.Л.Фріс, подальша деталізація й конкретизація поняття єдиної політики у сфері боротьби із злочинністю відбувається на рівні окремих її елементів. Всі складові політики у сфері боротьби із злочинністю знаходяться між собою у функціональній залежності й взаємодії. Механізм цієї взаємодії такий, що зміни в одному елементі з необхідністю визначають відповідні зміни і в інших елементах кримінальної політики [2, с.17].

Крім того, П.Л. Фріс, визначаючи завдання політики в сфері боротьби зі злочинністю в цілому, та кримінально-правової політики зокрема, вказує, що «досягнення очікуваних наслідків у сфері боротьби із злочинністю можливе лише за умови чіткої взаємодії між всіма елементами політики у сфері боротьби із злочинністю. Завдяки провідному місцю та ролі, яку відіграє кримінально-правова політика вона в основному визначає “обличчя” політики у сфері боротьби із злочинністю в цілому. Це в жодному випадку не принижує значення та роль інших складових політики у сфері боротьби із злочинністю. Однак, як у кожній системі, (а політика у сфері боротьби із злочинністю є відповідною системою, яка характеризується всіма ознаками системи), щось має бути головним, визначальним, так би мовити, рушійною силою. У цій системі цю функцію перейняла на себе кримінально-правова політика. Саме виходячи з цього завдання налагодження взаємозв'язку кримінально-правової політики з іншими елементами (складовими) політики у сфері боротьби із злочинністю набирає особливого значення» [2, с.47].

Г.А.Злобин, визначаючи поліфункціональність кримінального права, зазначає такі його функції: соціально-превентивна, ціннісно-орієнтаційна й оціночна, юридико-регулятивна, соціально-інтегративна, системно-правова і функція підтримки і зміцнення престижу державної влади [3, с.76-78].

В.В. Василевич виділяє наступні функції кримінологічної політики:

1. Інформаційна функція кримінологічної політики.
2. Соціально-профілактична функція кримінологічної політики.
3. Функція застосування санкцій у процесі реалізації кримінологічної політики.
4. Функція протидії соціальним вадам, пов'язаним зі злочинністю.
5. Функція кримінологічної політики щодо розроблення стратегії боротьби зі злочинністю [4].

П.Л.Фріс, говорячи про співвідношення кримінально-правової та кримінологічної (профілактичної) політики, вказує, що «запобігання злочинам є одним з найважливіших завдань, що стоять перед кримінально-правовою політикою, яка перспективно спрямована на зменшення рівня злочинності в суспільстві. До прийняття КК 2001 р. профілактична функція кримінального закону визначалась виключно на теоретичному рівні. Сьогодні - це завдання кримінально-правової політики одержало нормативне закріплення у ст.1 КК, яка прямо зафіксувала, що “Кримінальний кодекс України має своїм завданням ... запобігання злочинам” [2, с.45; 7].

Як справедливо зауважує В.М.Др'юмін, «у наш час характер змісту функцій і завдань кримінології істотно змінюються. Якщо в радянській кримінології до функцій відносили інформаційну, описову і інші, а головною - вважали ідеологічну, спрямовану на обґрунтування антикриміногенності соціалістичного способу життя, то в умовах деідеологізації гуманітарних наук сфера аналізованих проблем і функцій кримінології зазнали якісних змін. В умовах нестабільного, а багато в чому і кризового суспільного розвитку, однією з основних функцій кримінології має стати, образно кажучи, «сигнальна» функція» [5, с.65].

П.Л.Фріс, визначаючи функції підсистем політики в сфері боротьби зі злочинністю, резюмує, що:

« 1. Кожен із елементів (складових) політики у сфері боротьби із злочинністю поруч з іншими, виконує одну головну, чітко визначену функцію, яка зумовлюється основним інтересом, який перебуває в його основі і визначає його роль у всій політиці у сфері боротьби із злочинністю.

2. Кримінально-правова політика є системоутворюючим елементом, який визначає завдання, напрямки, межі, структуру, як політики у сфері боротьби із злочинністю в цілому, так і одночасно залишених елементів (складових) політики у сфері боротьби із злочинністю.

3. Кримінально-процесуальна політика у системі політики у сфері боротьби із злочинністю, як основну, виконує забезпечу-

ючу функцію, оскільки саме за допомогою цієї складової кримінально-правова політика реалізується на практиці.

4. Кримінально-виконавча політика, як основну, виконує у системі реалізуючу функцію, оскільки саме через неї (за її допомогою) реалізується кримінальна відповідальність.

5. Функція кримінологічної (профілактичної) політики полягає у підтриманні діяльності всієї системи політики у сфері боротьби із злочинністю за рахунок запобігання злочинам.

6. Взаємозв'язок і взаємовплив між елементами політики у сфері боротьби із злочинністю має складний багатовекторний характер при якому кожен із елементів здійснює вплив на інші, піддаючись, одночасно, впливу інших». [2, с.194].

В.В.Голіна стверджує, що «на сьогодні кримінологічна політика держави формується (здебільшого правознавцями) як певна інтегрована система різних за походженням запобіжних напрямів, що викликає полярність теоретичних і прикладних концепцій запобігання злочинності» [6, с.200].

Кримінально-правова, кримінально-процесуальна, кримінально-виконавча і кримінологічна (профілактична) політики в сфері протидії злочинності є самостійними підсистемами політики в сфері протидії злочинності, але тільки у рамках єдиного комплексу, оскільки вилучення з цього комплексу хоч би однієї з його складових робить інші його частини нежиттєздатними.

Кримінально-правова політика є направляючою силою, що формує законодавство про боротьбу із злочинністю, про процесуальні форми застосування цього законодавства, про виконання покарань і виправлення засуджених. Ця політика також спрямовує практичну діяльність органів держави, органів місцевого самоврядування і громадських організацій по боротьбі із злочинністю, визначає зміст заходів по боротьбі із злочинністю і попередженню злочинів, що застосовуються названими вище органами, організаціями і окремими громадянами в суворій відповідності із законом. Ця політика знаходить своє закріплення в нормах Конституції України, кримінального, кримінально-процесуального і кримінально-виконавчого законодавства. Будучи закріпленою

в законі у встановлених нормах, кримінально-правова політика володіє конкретністю, чіткістю і безумовною обов'язковістю для усіх підсистем політики в сфері протидії злочинності, не виключаючи при цьому самостійної ролі кожної з названих підсистем в структурі загальної боротьби зі злочинністю.

Виходячи з вищенаведеного, в контексті функціонального взаємозв'язку кримінально-правової та кримінологічної (профілактичної) політики, реалізація конституційних норм щодо соціальної та правової сутності України передбачає радикальну зміну природи і функцій держави. Соціальна держава має виражати, захищати і реалізувати інтереси не окремих кланів, соціальних груп, класів, а всього народу і кожного окремого громадянина без винятку. В цьому і полягає основний зміст соціальної правової політики. Щоб державна політика була спрямована на створення необхідних умов для гідного життя і вільного розвитку людини, потрібні науково обґрунтовані стандарти і чіткий механізм державного регулювання та охорони найбільш важливих суспільних відносин, благ, цінностей та інтересів.

Висновки. Всі підсистеми політики в сфері протидії злочинності мають єдиний предмет впливу – злочинність. У зв'язку з цим можна констатувати наявність функціонального взаємозв'язку між всіма підсистемами політики в сфері боротьби зі злочинністю. Але кожна з них володіє своїми знаряддями і засобами, прийомами і методами, закріпленими в законі на основі загальних принципів єдиної політики в сфері протидії злочинності.

Кримінально-правова політика формує законодавчу базу протидії злочинності, відмежовуючи злочинне від незлочинного, кримінально каране від морально засуджуваного або такого, що тягне застосування інших заходів впливу, які регулюються іншими галузями права України. Від того, яке коло діянь оголошується злочинним, які види і розміри покарання передбачаються для таких діянь, за яких умов і на яких підставах кримінальна відповідальність виключатиметься, залежить в кінцевому розвитку кримінально-процесуальної, кримінально-виконавчої та кримінологічної (профілактичної) політики. Ось чому перенесення

акценту на ті або інші сторони боротьби із злочинністю в процесі розвитку самої кримінальної політики з неминучістю вимагає внесення відповідних коректив в реалізації інших підсистем політики в сфері протидії злочинності.

Цілком очевидним видається те, що вдосконалення законодавства про боротьбу із злочинністю не може бути здійснене лише шляхом внесення змін до нормативних актів однієї підсистеми. Потрібна комплексна реконструкція норм усіх галузей права на основі нової концепції політики в сфері протидії злочинності, якій повинна відповідати будь-яка зміна закону, з врахуванням функціональних взаємозв'язків всіх підсистем. Концепція в сфері протидії злочинності повинна відповідати гуманізації законодавства у боротьбі із злочинністю, практика її застосування повинна відповідати світовим стандартам. Якнайшвидша розробка такої концепції а також негайне впровадження її положень у життя забезпечуватиме ефективність політики в сфері протидії злочинності за рахунок послідовного втілення в життя принципу невідворотності відповідальності за вчинений злочин, а також результативне здійснення функцій всіх підсистем політики в сфері боротьби зі злочинністю.

1. *Загальна теорія держави і права: (основні поняття, категорії, прав. конструкції та наук. концепції): Навч. посіб. / За ред. О. Зайчука, Н. Оніщенко. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – 400 с.*
2. *Фріс П. Л. Кримінально-правова політика Української держави: теоретичні, історичні та правові проблеми / П. Л. Фріс – К. : Атіка, 2005. – 329 с.*
3. *Злобин Г. А., Келина С. Г. Некоторые теоретические вопросы криминализации общественно опасных деяний. / Проблемы правосудия и уголовного права. – М. – 1978. – С. 3-12.*
4. *Василевич В.В. Основні функції кримінологічної політики // Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ, № 4 (97), 2015. С. 107-124.*
5. *Др'омін В.М. Сучасні функції кримінології // Науковий вісник Міжнародного гуманітарно університету. Серія: Юриспруденція. 2017. №29. Том 2. С.64-67.*

6. *Голіна В.В. Кримінологічна політика як основа розробки теорії і практики запобігання злочинності в Україні / В. В. Голіна // Проблеми законності. - 2016. - Вип. 133. - С. 192-203.*

7. *Фріс П.Л. Актуальні проблеми кримінально-правової політики сучасної України // Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України. 2017. Випуск 44. Івано-Франківськ, 2017. С.9-25.*

Козич І.В. Функціональне співвідношення кримінально-правової та кримінологічної політики в сфері боротьби зі злочинністю

Сучасна правова політика України являє собою сукупність різнорівневих засобів впливу на суспільство з метою забезпечення його консолідації та стабільності розвитку за допомогою правового регулювання та охорони. Немалу роль в цьому відіграє політика в сфері боротьби зі злочинністю, основним завданням якої є кримінально-правове, кримінально-процесуальне, кримінально-виконавче і кримінологічне (профілактичне) забезпечення охорони найбільш важливих суспільних відносин, благ, цінностей та інтересів.

Всі підсистеми політики в сфері протидії злочинності мають єдиний предмет впливу – злочинність. У зв'язку з цим можна констатувати наявність функціонального взаємозв'язку між всіма підсистемами політики в сфері боротьби зі злочинністю. Але кожна з них володіє своїми знаряддями і засобами, прийомами і методами, закріпленими в законі на основі загальних принципів єдиної політики в сфері протидії злочинності.

Кримінально-правова політика формує законодавчу базу протидії злочинності, відмежовуючи злочинне від незлочинного, кримінально каране від морально засуджуваного або такого, що тягне застосування інших заходів впливу, які регулюються іншими галузями права України. Від того, яке коло діянь оголошується злочинним, які види і розміри покарання передбачаються для таких діянь, за яких умов і на яких підставах кримінальна відповідальність виключатиметься, залежить в кінцевому розвитку кримінально-процесуальної, кримінально-виконавчої та кримінологічної (профілактичної) політики.

Ключові слова: кримінально-правова політика, кримінологічна політика, функції політики в сфері боротьби зі злочинністю.

Козыч И.В. Функциональное соотношение уголовно-правовой и криминологической политики в сфере борьбы с преступностью

Современная правовая политика Украины представляет собой совокупность разноуровневых средств воздействия на общество с целью обеспечения его консолидации и стабильности развития посредством правового регулирования и охраны. Немалую роль в этом играет политика в сфере борьбы с преступностью, основной задачей которой является уголовно-правовое, уголовно-процесуальное, уголовно-исполнительное и криминологическое (профилактическое) обеспечение охраны наиболее важных общественных отношений, благ, ценностей и интересов.

Все подсистемы политики в сфере противодействия преступности имеют единый предмет воздействия - преступность. В связи с этим можно констатиро-

вать наличие функциональной взаимосвязи между всеми подсистемами политики в сфере борьбы с преступностью. Но каждая из них обладает своими орудиями и средствами, приемами и методами, закрепленными в законе на основе общих принципов единой политики в сфере противодействия преступности.

Уголовно-правовая политика формирует законодательную базу противодействия преступности, отделяя преступное от непроступного, уголовно наказуемое от морально осуждаемого или такого, что влечет применение иных мер воздействия, которые регулируются другими отраслями права Украины. От того, какой круг действий объявляется преступным, виды и размеры наказания предусматриваются для таких действий, при каких условиях и на каких основаниях уголовная ответственность исключаться, зависит в конечном развитие уголовно-процессуальной, уголовно-исполнительной и криминологической (профилактической) политики.

Ключевые слова: уголовно-правовая политика, криминологическая политика, функции политики в сфере борьбы с преступностью.

Kozych I.V. Functional correlation of criminal law and criminological policy in the field of combating crime

The current legal policy of Ukraine is a set of multi-level means of influencing society in order to ensure its consolidation and the stability of development through legal regulation and protection. A significant role in this is played by the policy in the field of combating crime, the main task of which is criminal, criminal procedure, criminal-executive and criminological (preventive) protection of the most important social relations and interests.

All sub-systems of crime prevention policy have a single subject of influence - crime. In this regard, we can state the existence of a functional relationship between all the subsystems of crime policy. But each of them has its own tools and means, methods and methodology enshrined in the law on the basis of the general principles of a single policy in the field of counteraction to crime.

Criminal policy forms the legislative basis for combating crime, distinguishing between criminal offenses and non-criminality, punishing from a morally condemned person, or imposing other measures of influence that are regulated by other branches of the law of Ukraine. The extent to which the scope of the offense is declared to be criminal, which types and extent of punishment are foreseen for such acts, under what conditions and on what grounds criminal liability will be excluded, depends the final development of the criminal-procedural, criminal-executive and criminological (preventive) policies.

Keywords: criminal-law policy, criminological policy, functions of policy in the field of combating crime.

Ковальська В.Ю.

ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ ЩОДО ДИТИНИ, ЯК ОБСТАВИНА, ЩО ОБТЯЖУЄ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА КК УКРАЇНИ

Постановка проблеми. Насильницьке, жорстоке, неприпустиме поводження з дітьми є однією із важливих проблем, котра існувала завжди, і враховуючи сучасні тенденції та статистичні показники, ще досить довго буде існувати в суспільстві. Ця проблема не оминає нікого, може виникнути в різних верствах населення та сім'ях. Саме тому важливим є законодавче врегулювання цієї проблеми на відповідному рівні та в межах необхідних для її усунення.

Стан дослідження. У науці кримінального права обставини, які обтяжують покарання, найчастіше розглядаються в контексті робіт, об'єктом яких є кримінальна відповідальність, покарання чи призначення покарання. Це, зокрема, у працях М.М.Бабаєва, М. І. Бажанова, Г. С. Гаверова, І. І. Гореліка, Т.А. Денисової, Д.С. Дядькіна, В. І. Зубкової, Ю. О. Красікова, Г.А. Крігера, Л.О. Мостепанюк, Г. П. Новосьолова, В. В. Полтавець, М.А.Скрябіна, О. Д. Соловійова, М. М. Становського, В. І. Ткаченка, П.Л.Фріса й інших. Проте й досі не вирішеною залишається низка важливих і дискусійних питань з проблематики вчинення злочину щодо дитини, та врахування даного критерію як обставини, що обтяжують покарання.

Мета статті - розкрити юридичний зміст обставин, які обтяжують покарання, та кваліфікуючих ознак складу злочину, виділити розбіжності між ними, що не дають змоги їх споріднювати. Провести аналіз статей Особливої частини КК України, де неповнолітній або малолітній виступає в якості потерпілого, виявити проблемні аспекти вчинення злочинів щодо дітей.

Виклад основних положень. Для правильного розуміння поняття вчинення злочину щодо дитини, як обставина, що обтяжує покарання, в першу чергу, слід визначитись із поняттям обставин, що обтяжують покарання загалом, оскільки єдиного, чіткого визначення цього поняття немає.

Для кращого розуміння вищезазначеного поняття, розкриття його юридичного змісту, необхідним є з'ясування поняття «обставина» та «класифікація».

В тлумачному словнику української мови під обставиною розуміють зовнішню подію, явище, факт, ситуацію, що певним чином впливає на щось, умова, аспект, деталь. Обтяжувати - перебувати на чомусь, тиснути на нього вагою, бути важким для чогось або когось [1, с. 237].

Поняття «кваліфікація» або називають ще «кваліфікувати», походять від латинських слів «qualis» – «якої якості», та «fasio» – роблю [2, с. 71] .

Великий тлумачний словник сучасної української мови слово «кваліфікувати» (у найбільш загальному значенні) тлумачить як «оцінювати якість чого-небудь, характеризувати предмет, відносити його до певної групи, певного класу, розряду тощо» [3, с. 532].

Вказане вище значення має констатуючий характер і не передбачає конкретної спрямованості процесу. Однак, взявши його за основу, ознаки, що кваліфікують злочин, ми можемо розуміти як такі, що відносять злочин до певної групи злочинів із більшим чи меншим рівнем суспільної небезпеки і передбачають відмінну від базових злочинів кваліфікацію.

Стосовно вживання у кримінально-правовій літературі та на практиці термінів «обставина» та «ознака» (що кваліфікує злочин) як синонімів позитивно відзивався Л.Л. Кругліков. Науковець наголосив на тому, що «обставини, які кваліфікують злочин, відображають специфічні особливості виду злочину, а в логіці ознакою іменується все те, чим предмети схожі один з одним чи відрізняються один від одного» [4, с. 16].

Як зазначає В.І. Зубкова, обставини, які обтяжують покарання повинні стосуватися як злочину, так і особи винного чи характеризують злочин та особу винного одночасно. Визначити ці обставини можна як такі, що знаходяться за межами складу злочину, які прямо чи дотично відносяться до злочину чи особи злочинця, посилюють суспільну небезпеку та впливають на покарання [5, с. 231].

Зазначені питання детально були вивчені Т. В. Сахарук, яка визначила певні критерії врахування обставин, що пом'якшують покарання і обставин, що його обтяжують [6, с. 183-184].

В.К. Гришук під обставинами, які обтяжують покарання за вчинений злочин, слід розуміти чітко вичерпний перелік чинників, що характеризують подію злочину або особу винного та підвищують суспільну небезпечність вчиненого злочину та особу винного і тому служать підставою для призначення більш суворого виду та розміру покарання [7, с. 480].

Як зазначає Мармура О.З., розробляючи систему критеріїв відбору обставин для їх регламентації в якості ознак, що кваліфікують злочин, доцільно виділити два рівні таких. Критерії першого рівня повинні визначати допустимість регламентації обставини взагалі, тобто чи може певна обставина вчиненого злочину бути регламентованою у вигляді ознаки, що кваліфікує злочин в будь-якому складі злочину. Критерії другого рівня, повинні встановити можливість регламентації тих чи інших обставин у конкретному складі злочину [8].

В науковій літературі пропонувалися і інші критерії відбору обставин, для їх регламентації в якості ознак, що кваліфікують злочин, зокрема: можливість формулювання певної обставини у достатньо абстрактній формі; існування реальної можливості оцінки законодавцем зміни ступеня суспільної небезпеки вчиненого у випадку присутності обставини, що кваліфікує злочин, і як наслідок, зміни типового покарання в санкції статті кримінального закону; правосвідомість суспільства, ставлення суспільної думки до посилення чи послаблення кримінальної репресії, врахування традицій правового регулювання ознак, що кваліфікують злочин, в історії вітчизняного кримінального законодавства, а також міжнародного досвіду [9, с. 271-272].

Т. О. Леснієвські-Костарева поняття кваліфікуючих ознак розуміє як конкретно визначені у законі обставини, які є характерними для злочинів відповідного виду, що відображають значно змінений порівняно з основним складом злочину ступінь суспільної небезпечності скоєного і особи винного та впливають на кваліфікацію злочину і міру відповідальності [10, с.230].

За твердженням В. О. Навроцького, під поняттям «кваліфікуючі ознаки» слід розуміти додаткові ознаки складу злочину, які підвищують ступінь суспільної небезпечності злочину [11, с.305].

У юридичній енциклопедії кваліфікуючі ознаки визначаються як обтяжуючі обставини, що стосуються злочину (його об'єктивних і суб'єктивних ознак), особи винного та потерпілого, а також такі, що вказані в диспозиції норми Особливої частини КК України як ознаки самостійного складу злочину [12].

Кваліфікуючі ознаки передбачені у кримінальному законі. Як правило, вони вказані у наступних після першої частинах відповідних статей Особливої частини КК України. Це також відрізняє їх від ознак основного складу, які можуть і не вказуватися у відповідних нормах, а витікати при тлумаченні. Як зазначають І.Я. Козаченко і З. А. Незнамова, описуючи кримінально-правову норму, законодавець не завжди передбачає всі ознаки відповідного основного складу злочину. Однак це не означає, що вони не є обов'язковими [13].

На думку С. П. Донця, є спільні риси між кваліфікуючими ознаками та обставинами, що обтяжують покарання. Науковець вважає, що вони закріплені у кримінальному законі; суттєво підвищують ступінь суспільної небезпеки вчиненого; їх часто називають, використовуючи однакові терміни. Та водночас автор вказує на помилковість ототожнення цих правових категорій через їх різну юридичну природу. Кваліфікуючі ознаки належать до ознак складу злочину. Будучи законодавчим засобом зміни оцінки вчиненого, вони «викликають до життя» нову санкцію, яка відображає специфіку диспозиції, що містить кваліфікований склад злочину. Обставини, що обтяжують покарання, знаходяться поза межами складу злочину. Вони збільшують обсяг кримінальної відповідальності, але не обумовлюють її [14, с.5].

І. М. Федорчук розглядає подібність юридичної природи обставин, які обтяжують покарання, та кваліфікуючих ознак складу злочину. Зокрема, науковець виділяє чимало розбіжностей між ними, що не дає змоги їх споріднювати:

1) кваліфікуючі ознаки є засобом диференціації кримінальної від- повідальності; обставини, які обтяжують покарання – засо- бом індивідуалізації покарання;

2) кваліфікуючі – спричинюють утворення нового складу злочину; обставини, які обтяжують покарання, – ні;

3) кваліфікуючі є обов'язковою ознакою складу злочину; об- ставини, які обтяжують покарання, – ні;

4) кваліфікуючі – визначають міру покарання; обставини, які обтяжують покарання, – ні;

5) кваліфікуючі – пов'язані з вчиненим злочином або особою винного, обставини, які обтяжують покарання, – лише характери- зують їх [15, с.48].

Термін «ознака, що кваліфікує злочин», пов'язаний із катего- рією «склад злочину», і з цього впливає абстрактний, узагаль- нений характер таких ознак. І в цьому аспекті, ознаки, що ква- ліфікують злочин, виступають певним узагальненням можливих обставин учиненого злочину, зробленим на законодавчому рівні. Інакше кажучи, правозастосовний орган, вивчивши всі обстави- ни вчиненого злочину, шляхом підставляння їх під модель складу злочину (тобто під конкретні ознаки складу злочину, в тому квалі- фікованого) здійснює кваліфікацію. Відтак поняття обставин, що кваліфікують злочин, та поняття ознак, що кваліфікують злочин, не є тотожними. Перше поняття включає в себе всі обставини вчиненого злочину, які охоплюються ознаками, що кваліфікують злочин.

Таким чином, можна сказати, що під обставинами, які обтя- жують покарання слід розуміти різноманітні чинники об'єкти- вного і суб'єктивного характеру, які впливають на ступінь суспіль- ної небезпеки вчиненого злочину, підвищують ступінь суспільної небезпеки злочину і особи, що його вчинила та у зв'язку з цим обумовлює необхідність призначення більш суворого покарання винній особі в межах санкції відповідного кримінального закону.

Особливого захисту від злочинних посягань потребують діти, оскільки вони мають найменші можливості, всупереч багатьом чинникам (некоректні способи виховання, фізичне, психічне, мо- ральне насильство тощо) самозахисту своїх прав і недоторкан-

ності. Діти дуже часто стають жертвами різного роду злочинних посягань.

З точки зору, кримінально-правових засобів захисту дітей, діючий КК України дуже широко охороняє права та інтереси підростаючого покоління.

Кримінальний кодекс України, маючи своїм завданням охорону фізичного та психічного розвитку дитини, інтереси дитини у сфері різноманітних діянь, передбачає відповідальність за такі протиправні, суспільно-небезпечні діяння (дії або бездіяльність) проти них:

- умисне вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини (ст. 117 КК);

- зараження неповнолітнього вірусом імунодефіциту (ч. 3 ст. 130 КК);

- зараження неповнолітнього венеричною хворобою (ч. 2 ст. 133 КК);

- залишення матір'ю в небезпеці новонародженої дитини (ч. 2 ст. 135 КК);

- неналежне виконання обов'язків щодо охорони життя та здоров'я дітей (ст. 137 КК);

- неналежне виконання професійних обов'язків медичним або працівником, якщо це спричинило тяжкі наслідки для хворого (ч. 2 ст. 140 КК);

- незаконне проведення дослідів над людиною (ч. 2. ст. 142 КК);

- незаконне позбавлення волі або викрадення людини (ч. 2 ст. 146 КК);

- захоплення заручників (ч. 2. ст. 147 КК);

- торгівля людьми (ч. 2 ст. 149 КК);

- підміна дитини (ст. 148 КК);

- експлуатація дітей (ст. 150 КК);

- використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом (ст. 150-1 КК);

- зґвалтування (ч.ч. 2, 3, 4 ст. 152 КК);

- насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом (ч. ч. 2, 3 ст. 153 КК);

- статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості (ст. 155 КК);
- розбещення неповнолітніх (ст. 156 КК);
- жорстоке поводження з тваринами (ч. 2 ст. 299 КК);
- ввезення, виготовлення, збут і розповсюдження порнографічних предметів (ч. 2 ст. 301 КК);
- створення або утримання міст розпусти і звідництва (ч. 3 ст. 302 КК);
- сутенерство або втягнення особи в заняття проституцією (ч.ч. 3, 4 ст. 303 КК);
- втягнення неповнолітнього у злочинну діяльність (ст. 304 КК);
- незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів (ч.ч. 2, 3 ст. 307 КК);
- незаконне введення в організм наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів (ч. 3 ст. 314 КК);
- схиляння до вживання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів (ч. 2 ст. 315 КК);
- організація або утримання місць для незаконного вживання, виробництва чи виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів (ч. 2 ст. 317 КК).

Стаття 304 КК України передбачає відповідальність за втягнення неповнолітнього у злочинну діяльність. Дана стаття складається із двох частин:

- ч. 1 - втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність, у пицтво, у заняття жебрацтвом, азартними іграми;
- ч. 2 - ті самі дії, вчинені щодо малолітньої особи або батьком, матір'ю, вітчимою, мачухою, опікуном чи піклувальником, або особою, на яку покладено обов'язки щодо виховання потерпілого чи піклування про нього [16].

Під втягненням неповнолітнього у злочинну та іншу антигромадську діяльність треба розуміти певні дії дорослої особи, вчинені з будь-яких мотивів і пов'язані з безпосереднім впливом на неповнолітню особу з метою викликати у неї рішучість взяти

участь в одному чи декількох злочинах або займатись іншою антигромадською діяльністю [17].

Втягнення слід розуміти як певні дії дорослої людини схилити неповнолітнього до протиправної та караній діяльності, вчинення дитиною девіантного, аморального діяння, тобто злочину, що передбачено КК України. Втягнення полягає у впливі на свідомість конкретного неповнолітнього завдяки переконуванню в доцільності, вигідності певної поведінки. Воно здійснюється шляхом умовлянь, залякування, підкупу, обману, розпалювання почуття помсти, заздрощів або інших низьких спонукань, розповідей про легкість і доступність;

певних дій, навчання способам та прийомам їх виконання тощо – ст. 120. [18]

Втягнення неповнолітнього у злочинну діяльність полягає у втягненні у вчинення одного чи кількох злочинів, які передбачені Особливою частиною КК України.

Фізичне насильство проявляється у заподіянні тілесних ушкоджень, мордуванні, катуванні тощо. До психічного насильства слід віднести погрозу застосування насильства, завдання матеріальних збитків, ганьба в очах однолітків та товаришів, позбавити повсякденного спілкування, переконання, залякування, обман, шантаж, підкуп, розпалювання почуття помсти, заздрості або інших низьких почуттів; надання порад про місце й способи вчинення злочину або приховування його слідів; обіцянка приховати сліди злочину, забезпечити грошима, подарунками, розвагами тощо [19].

Кримінальний кодекс України спрямований на захист дитини від будь-яких форм фізичного, психологічного, сексуального або економічного та соціального насильства над дитиною в сім'ї або поза нею та постійно вдосконалюється в цьому напрямку. Протиправні діяння, які характеризують жорстоке поводження з дитиною, враховуючи комплексний характер цього поняття, можуть містити склади злочинів, передбачених широким переліком статей Кримінального кодексу України.

Варто навести наступний перелік Розділів Особливої частини КК України, де малолітній або неповнолітній можуть бути об-

ставиною, що обтяжує покарання або окремі статті спрямовані на захист дитини від протиправних посягань.

Розділ II КК України - «Злочини проти життя та здоров'я особи»: п.2, ч.2 ст. 115 «Умисне вбивство», ст. 117 «Умисне вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини», ст. 126 1 «Домашнє насильство», ч. 3 ст.130 «Зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби», ч. 2 ст. 133 «Зараження венеричною хворобою», ч. 2 ст. 135 «Залишення в небезпеці», ч. 2 ст. 136 «Ненадання допомоги особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані», ч. 2 ст. 137 «Неналежне виконання обов'язків щодо охорони життя та здоров'я дітей», ч. 2 ст. 140 «Неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником», ч. 2 ст. 142 «Незаконне проведення дослідів над людиною», 144 «Насильницьке донорство».

Розділ III - «Злочини проти волі, честі та гідності особи»: ч. 2 ст. 146 «Незаконне позбавлення волі або викрадення людини», ч. 2 ст. 147 «Захоплення заручників», 148 «Підміна дитини», ч. 2, 3 ст. 149 «Торгівля людьми або інша незаконна угода щодо людини», 150 «Експлуатація дітей», 150-1 «Використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом».

Розділ IV - «Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи»: ч. 2, 3 ст. 152 «Згвалтування», ч. 2, 3 ст. 153 «Насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом», 155 «Статеві зносини з особою, яка не досягла шістнадцятирічного віку», 156 «Розбещення неповнолітніх».

Розділ V – «Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина»: 164 «Ухилення від сплати аліментів на утримання дітей», «Незаконні дії щодо усиновлення (удочеріння)».

Розділ XII – «Злочини проти громадського порядку та моральності»: ч. 2, 3, ст. 299 «Жорстоке поводження з тваринами», ч.2, 3, ст. 300 «Ввезення, виготовлення або розповсюдження творів, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію», ч.2, 4 ст. 301 « Ввезення, виготовлення, збут і розповсюдження порнографічних предметів», ч. 3, 4 ст. 302 «Створення або утримання

мість розпусти і звідництва», ч. 3, 4 ст. 303 «Сутенерство або втягнення особи в заняття проституцією», ч.1, 2 ст. 304 «Втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність».

Розділ XIII – «Злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів та інші злочини проти здоров'я населення»: ч. 2, 3 ст. 307 «Незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення, пересилання чи збут наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів», ч. 3 ст. 309 «Незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів без мети збуту», ч. 3 ст. 314 «Незаконне введення в організм наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів», ч. 2 ст. 315 «Схиляння до вживання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів», ч. 2 ст. 317 «Організація або утримання місць для незаконного вживання, виробництва чи виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів», ст. 323 «Спонукування неповнолітніх до застосування допінгу».

Необхідним є відмежування статей Особливої частини КК України, в яких неповнолітній або малолітній виступає в якості потерпілого. В даному випадку шкода може бути спричинена як фізична (посягання на життя і здоров'я), так і психологічна (моральна) – коли протиправне діяння вчиняється у присутності неповнолітнього або малолітнього.

Фізична шкода: п.2, ч.2 ст. 115 «Умисне вбивство», ст. 117 «Умисне вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини», ст. 126 1 «Домашнє насильство», ч. 3 ст.130 «Зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби», ч. 2 ст. 133 «Зараження венеричною хворобою», ч. 2 ст. 135 «Залишення в небезпеці», ч. 2 ст. 136 «Ненадання допомоги особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані», ч. 2 ст. 137 «Неналежне виконання обов'язків щодо охорони життя та здоров'я дітей», ч. 2 ст. 140 «Неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником», ч. 2 ст. 142 «Незаконне проведення дослідів над людиною», 144 «Насильницьке донорство», ч. 2 ст. 146 «Незаконне позбавлення волі або викра-

дення людини», ч. 2 ст. 147 «Захоплення заручників», 148 «Підміна дитини», ч. 2, 3 ст. 149 «Торгівля людьми або інша незаконна угода щодо людини», 150 «Експлуатація дітей», 150-1 «Використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом», ч. 2, 3 ст. 152 «Згвалтування», ч. 2, 3 ст. 153 «Насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом», 155 «Статеві зносини з особою, яка не досягла шістнадцятирічного віку», 156 «Розбещення неповнолітніх», ч. 3, 4 ст. 303 «Сутенерство або втягнення особи в заняття проституцією», ч.1, 2 ст. 304 «Втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність», ч. 2, 3 ст. 307 «Незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення, пересилання чи збут наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів», ч. 3 ст. 309 «Незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів без мети збуту», ч. 3 ст. 314 «Незаконне введення в організм наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів», ч. 2 ст. 315 «Схиляння до вживання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів», ст. 323 «Спонукування неповнолітніх до застосування допінгу».

Психічна шкода: ст. 126 1 «Домашнє насильство», ч. 2, 3, ст. 299 «Жорстоке поводження з тваринами», ч.2, 3, ст. 300 «Ввезення, виготовлення або розповсюдження творів, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію», ч.2, 4 ст. 301 « Ввезення, виготовлення, збут і розповсюдження порнографічних предметів», ч. 3, 4 ст. 302 «Створення або утримання місць розпусти і звітництво», ч. 2 ст. 317 «Організація або утримання місць для незаконного вживання, виробництва чи виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів».

Висновок. Наукою кримінального права детально вивчається питання врахування обтяжуючих обставин при призначенні покарання за вчинення злочину. Однак до сьогоднішнього дня не вироблена чітка позиція стосовно призначення покарання при наявності у справі обтяжуючих обставин.

З даного питання у юриспруденції наводиться різне найменування досліджуваних обставин: обставини, що обтяжують вину; обтяжуючі обставини впливають на ступінь вини; кваліфікуючі обставини (ознаки). Не дивлячись на різноманіття позицій, наведених у ст. 67 КК України чітко зазначається – «Обставини, що обтяжують покарання».

На нашу думку, обставини, що обтяжують покарання (в тому числі обставини зазначені в п.6 ч.1 ст. 67 КК України – вчинення злочину щодо малолітньої дитини або у присутності дитини) характеризують суспільну небезпеку діяння та особу винного, вони повинні враховуватись правоохоронними органами не лише при визначенні ступеню винуватості та при визначенні покарання, але і під час вирішення питання про звільнення винного від кримінальної відповідальності, кримінально-правової кваліфікації та застосування заходів певного впливу.

1. *Тлумачний словник української мови / за ред. д-ра філол. наук, проф. В.С. Калашиника. Х.: Прапор, 2001. – 992 с.*
2. *Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) [та ін]. К.: Українська енциклопедія, 2001. Т. 3: К-М. 2001. 992 с.*
3. *Великий тлумачний словник сучасної української мови [з дод. і допов.] / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. К.; Ірпінь: Перун, 2005. 1728 с.*
4. *Кругликов Л.Л. Квалифицирующие обстоятельства: понятие, виды, влияние на квалификацию преступления / Л.Л. Кругликов, В.Н. Савинов. – Ярославль: Ярославский гос. ун-т, 1989. 88 с.*
5. *Зубкова В.И. Уголовное наказание и его социальная роль: теория и практика / В.И. Зубкова. М.: НОРМА, 2002. 304с.;*
6. *Сахарук Т. В. Загальні засади призначення покарання за кримінальним правом України та зарубіжних країн: порівняльний аналіз: Дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.08; Харків, 2006. 226 с.: Бібліогр.: с. 197-226*
7. *Гришук В.К. Кримінальне право: Загальна частина: навч. посібник для студентів юрид. фак. вищ. навч. закл. / В.К. Гришук. К.: Ін Юре, 2006. 568 с.*
8. *О.З. Мармура. Система ознак, що кваліфікують злочин за кримінальним правом України. Дис. на здоб. наук. ступ. к.ю.н. ЛьвДУВС, 2016. 270 с.*

9. Лесниевски-Костарева Т.А. Дифференциация ответственности: теория и законодательная практика. / Т.А. Лесниевски-Костарева . 2-ге изд., перераб. и доп. М.: Изд. Норма, 2000. 400с.
10. Лесниевски-Костарева Т. А. Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика / Т. А. Лесниевски-Костарева [2-е изд., перераб. и доп.]. – М. : НОРМА, 2000. – С. 230.
11. Навроцький В. О. Основи кримінально-правової кваліфікації: навч. посіб. / В. О. Навроцький. – К.: Юрінком Інтер, 2006. С. 305.
12. Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. К.: Укр. енцикл., 1998: [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://leksika.com.ua/19750306/legal/kvalifikovani_zlochini
13. Уголовное право. Общая часть. Учебник для вузов / Под ред. И. Я. Козаченко и З. А. Незнамовой. – М., 1997.: [Электронный ресурс]. Режим доступа:<http://pravoznavec.com.ua/books/254/18681/28/#chapter>
14. Донец С. П. Смягчающие и отягчающие обстоятельства в уголовном праве (правовая природа, классификация, проблемы учета): автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / С. П. Донец. Казань, 2003. С. 5.
15. Федорчук І. М. Обставини, які обтяжують покарання, за кримінальним правом України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 «Кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право» / І. М. Федорчук. Львів, 2010. С. 48.
16. КК України <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/page2>
17. Про застосування судами законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 27.02.2004р. № 2.
18. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України : У 2 т. Т.2 / Заг. ред. П. П. Андрушка, В. Г. Гончаренка, Є. В. Фесенка. 3-тє вид., перероб. та доп. К. : Алерта; КНТ; Центр Учбової літератури. 2009. – 624 с.
19. Про застосування судами законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 27.02.2004р. № 2.

Ковальська В.Ю. Вчинення злочину щодо дитини, як обставина, що обтяжує відповідальність за КК України

Стаття присвячена питанням, що стосуються вчинення протиправних, суспільно-небезпечних діянь (дії або бездіяльності) щодо дітей за чинним КК України, подібності юридичної природи обставин, які обтяжують покарання, та кваліфікуючих ознак складу злочину, аналізу відмінностей між кваліфікуючими ознаками та обтяжуючими обставинами.

Досліджено склади злочинів в яких передбачена кримінальна відповідальність за вчинення злочинів щодо дітей або у їх присутності, проведено їх розмежування. Здійснено аналіз праць науковців, що займалися даною тематикою, визначено відмінності між кваліфікуючими ознаками та обставинами, які обтяжують покарання, наведено власне бачення щодо врахування правоохоронними органами обставин, що обтяжують відповідальність.

Ключові слова: дитина; неповнолітній; малолітній; обставина; класифікація; злочин;

Kovalska V.Y. Committing a crime against a child as an aggravating circumstance under the Criminal Code of Ukraine

The article is devoted to issues related to the commission of illegal, socially dangerous acts (action or inaction) against children under the current Criminal Code of Ukraine, the similarity of the legal nature of the circumstances aggravating the punishment, and the qualifying elements of the crime, the analysis of differences between qualifying attributes and aggravating circumstances.

Article 65 of the Criminal Code of Ukraine provides that when imposing an appropriate punishment on the perpetrator, the courts must, among other things, take into account the circumstances that mitigate and aggravate the punishment. In contrast to mitigating, the list of aggravating circumstances is exhaustive. Therefore, their precise determination in each particular case is important, since it directly affects the sentencing within the limits of the sanction of the relevant article. Another issue that deserves the attention of not only theoreticians, but also practitioners is the issue of committing a crime against a minor child or in the presence of a child (paragraph 6 of clause 1 of Article 67 of the Criminal Code of Ukraine).

It has been established that, notwithstanding the generally recognized value of human life, the legislative and enforcement practices of Ukrainian criminal law do not always fully meet the requirements of guaranteeing and protecting the rights of children, creating conditions for their free realization. Therefore, the issues of improving the legal mechanisms for the implementation of these rights, defining the legal principles of protecting the child's life from illegal, unlawful encroachments become relevant.

The crimes in which criminal liability for crimes committed against or in the presence of children was investigated, the analysis of the works of scientists engaged in the given subject was made, the differences between qualifying features and circumstances that impose a punishment were determined, our own vision regarding accounting by law enforcement agencies for aggravating liability is given. A distinction

has been made between articles of the Special Part of the Criminal Code of Ukraine in which the child acts as a victim, that is, the harm can be caused both physical and psychological – when an unlawful act is committed in the presence of a minor.

Ключові слова: дитина; неповнолітній; малолітній; обставина; класифікація; злочин;

Круль С.М.

ОСНОВНІ ІНФОРМАЦІЙНО-ДОВІДКОВІ СИСТЕМИ ІНШИХ МІНІСТЕРСТВ І ВІДОМСТВ ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ РОЗБОЇВ

УДК 343.98

Актуальність теми. Ефективне розслідування корисливо-насильницьких злочинів, серед яких розбої займають чільне місце внаслідок небезпечності для життя, здоров'я потерпілого в момент їх вчинення, посягання на чужу власність, часто зухвалості та очевидності вчинення, неможливе без належного рівня криміналістичного забезпечення цієї діяльності. Саме розбій є одним з найтяжчих злочинів, що являє собою найбільш небезпечний спосіб заволодіння чужим майном, при його вчиненні злочинці прагнуть заволодіти чужим майном із завданням шкоди здоров'ю потерпілому [1, с.149]. Одним із напрямків такого забезпечення діяльності із розкриття, розслідування розбійних нападів є інформаційне, а саме інформаційно-довідкове забезпечення органів досудового розслідування.

Разом з цим, варто зазначити й про те, що швидке поширення інформації, розвиток комп'ютерних, інформаційних систем і технологій має й негативний аспект: відкриває шлях до антисоціальної та злочинної поведінки. Сучасні комп'ютерні системи та інформаційні технології містять у собі нові, досить досконалі можливості для вчинення невідомих раніше правопорушень, а також традиційних злочинів, але нетрадиційними засобами [2, с. 201].

Стан дослідження. Проблеми організації та функціонування інформаційно-довідкового забезпечення розслідування злочинів

висвітлювали у своїх працях такі відомі вчені-криміналісти та процесуалісти, як В. П. Абросимов, В. В. Бірюков, Р. С. Белкін, О. А. Белов, К.І. Беляков, О. О. Беляков, А. Е. Волкова, Є. П. Іщенко, М. Ю. Жигалов, П. М. Заблоцький, О. І. Князев, А. П. Пацкевич, М.А. Погорецький, В. І. Пашко, Ю. В. Попов, Д. П. Рассейкін, О. Р. Росинська, Є. Ю. Свобода, Д.Б. Сергєєва, В. Г. Хахановський, М. І. Швець, С. А. Ялишев та інші.

Виклад основного матеріалу. Необхідність використання в розслідуванні інформації з будь-яких інформаційних систем незалежно від їх відомчої належності та прямого призначення логічно випливає з того, що об'єктами будь-яких обліків виступають різноманітні об'єкти матеріального світу та події. Особливе місце серед них займають особи, які в процесі своєї життєвої діяльності стають об'єктами обліків у найрізноманітніших системах. Вони обліковуються за місцем народження, здобуття освіти, проживання, роботи, як користувачі різноманітних засобів (зброї, автотранспорту тощо) і т. ін. Деякі стають об'єктами криміналістичних інформаційних систем. І в разі виявлення їх причетності до злочинної діяльності виникає необхідність у ретроспективному аналізі їх попереднього життя, причетності до тієї чи іншої діяльності, події тощо. У контексті використання облікової інформації у боротьбі з організованою злочинністю В. П. Бахін зазначає: «Крім спеціалізованих обліків МВС і СБУ є багато різних установ, де фіксуються найрізноманітніші акти та дії громадян» [3, с. 45]. Дійсно, результати аналізу практики розслідування розбоїв красномовно свідчать про те, що інформацію, яка може стати в нагоді під час розслідування, можна знайти в будь-яких інформаційних системах незалежно від їх основного цільового призначення та відомчої належності.

Оскільки, під інформаційно-довідковим забезпеченням розслідування розбоїв у статистиці є масиви інформаційних систем (обліків), незалежно від їх відомчої належності й основного призначення, що можуть використовуватися з метою ефективного розслідування злочинів та кримінальних проступків, то органам досудового розслідування при розслідуванні розбоїв необхідно також використовувати інформаційно-довідкові системи інших

міністерств та відомств. Через те, що практика розслідування злочинів не може обмежуватися використанням інформації лише з однієї категорії обліків – криміналістичних, хоча й створених безпосередньо для її забезпечення. Постійно виникає необхідність у використанні найрізноманітнішої інформації про об'єкти, які потрапляють до сфери розслідування (наприклад, обліки за місцем народження людини, здобуття освіти, проживання, роботи, про перетинання кордону, як користувачі різноманітних засобів (зброї, автотранспорту тощо) і т. ін.

Постановою Кабінету Міністрів України від 15 березня 2006 р. № 327 була погоджена пропозиція Міністерства внутрішніх справ щодо створення Державної інформаційної системи реєстраційного обліку фізичних осіб та їх документування. Цю інформаційну систему було створено на основі бази даних Єдиної державної автоматизованої паспортної системи, концепція якої була затверджена Постановою Кабінету Міністрів України № 40 від 20 січня 1997 р. [4].

Правові та організаційні засади створення та функціонування Єдиного державного демографічного реєстру передбачені Законом України «Про Єдиний державний демографічний реєстр та документи, що підтверджують громадянство України, посвідчують особу чи її спеціальний статус» [5].

Єдиний державний демографічний реєстр є найважливішою складовою частиною Державного реєстру населення, підходи до формування загальної системи обліку громадян в якій будуються за принципом реєстрації громадян за обраним за власним бажанням місцем постійного проживання.

Система є важливим засобом забезпечення організації різноманітної аналітично-довідкової роботи, такої як одержання, систематизація та зберігання облікової інформації про громадян, структуру, міграцію та динаміку розвитку населення.

Розпорядник Реєстру – центральний орган виконавчої влади, на який в порядку, передбаченому законами та актами Президента України, покладено реалізацію державної політики у сферах міграції (імміграції та еміграції), у тому числі протидії нелегальній (незаконній) міграції, громадянства, реєстрації фізичних осіб,

біженців та інших визначених законодавством категорій мігрантів забезпечує накопичення, актуалізацію, перевірку, збереження інформації, надання довідок та звітів, запити на отримання яких надходять захищеними каналами зв'язку від уповноважених суб'єктів.

Єдиний державний демографічний реєстр містить наступну інформацію про особу: 1) ім'я особи; 2) дата народження/смерті; 3) місце народження; 4) стать; 5) дата внесення інформації про особу до Реєстру; 6) відомості про батьків (усиновлювачів), опікунів, піклувальників та інших представників; 7) відомості про громадянство або його відсутність та підстави набуття громадянства України; 8) реквізити документів, виданих особі; 9) відомості про документи, що підтверджують смерть особи або визнання особи померлою чи безвісно відсутньою; 10) відцифрований зразок підпису особи; 11) відцифрований образ обличчя особи; 12) додаткова змінна інформація (про місце реєстрації, про сімейний стан, про відмову від прийняття реєстраційного номера облікової картки платника податків, про видачу приватизаційних паперів, додаткові (факультативні) біометричні дані, параметри); 13) інформація з ВІС.

Незважаючи, що інформація цього реєстру є конфіденційна відомості, що містяться в Єдиному державному демографічному реєстрі, у разі їх необхідності для кримінального провадження слідчий може отримати за відповідним клопотанням у процесуальному порядку доступу до документів, що містять охоронювану законом таємницю, а саме конфіденційну інформацію. Процесуальний порядок такого доступу передбачений ст.ст. 159–166 КПК України. При цьому володільцем такої інформації є Державна міграційна служба України, а саме її місцеві чи регіональні підрозділи.

Часто в процесі розслідування розбійних нападів слідчий отримує інформацію про те, що нападник мав ознаки певного захворювання, або вживає наркотичні засоби. У такому випадку з метою розшуку підозрюваного, слідчий може звернутися з клопотанням про отримання інформації з Електронного реєстру пацієнтів, ведення якого закріплене Положенням про електронний

реєстр пацієнтів [6]. Реєстр є єдиною інформаційною системою збирання, реєстрації, накопичення, зберігання, оновлення, використання і поширення шляхом розповсюдження, реалізації, передачі, а також знищення відомостей про фізичну особу та отриману нею медичну допомогу. Він є інформаційним ресурсом Міністерства охорони здоров'я, який ведеться з використанням інформаційних технологій, електронного документообігу та електронного цифрового підпису. Міністерство охорони здоров'я здійснює централізоване управління, забезпечує створення, впровадження, ведення та оновлення реєстру шляхом реалізації єдиної технологічної політики з урахуванням державних, галузевих і адаптованих міжнародних стандартів у сфері інформаційних технологій.

Заклади охорони здоров'я всіх форм власності зобов'язані вносити до Реєстру відомості про: фізичну особу, що містяться у затверджених наказами МОЗ медичних облікових формах; заклад охорони здоров'я, в якому пацієнтові надано медичну допомогу; вид наданої пацієнтові медичної допомоги; лікарські засоби та вироби медичного призначення, закуплені для лікування пацієнта за кошти державного та місцевих бюджетів.

Відомості про пацієнта, стан його здоров'я є конфіденційною інформацією. Забороняється передавання персональних даних пацієнта будь-яким третім особам, окрім випадків передбачених чинним законодавством України. Доступ до персональних даних третій особі не надається, якщо зазначена особа відмовляється взяти на себе зобов'язання щодо забезпечення виконання вимог Закону або неспроможна їх забезпечити.

Відповідно до чинного законодавства Укрдержреєстром Міністерства юстиції України забезпечується ведення Державного реєстру актів цивільного стану громадян, що являє собою єдину комп'ютерну базу даних про акти цивільного стану, внесені до них зміни і доповнення, видачу свідоцтв про державну реєстрацію актів цивільного стану та витягів з Реєстру [7].

У реєстрі актів цивільного стану громадян містяться відомості:

1) у разі державної реєстрації народження дитини: про дитину – прізвище, ім'я та по батькові, стать, дата і місце на-

родження, кількість новонароджених дітей, живонароджена чи мертвнонароджена дитина, яка за рахунком дитина народилася у матері, включаючи новонароджену (враховуючи померлих і не враховуючи мертвнонароджених), найменування документа, що підтверджує факт народження дитини; про батьків – прізвище, ім'я та по батькові, дата народження, громадянство, місце проживання батька, матері; підстава запису відомостей про батька; прізвище, ім'я та по батькові, адреса особи, що звернулася за державною реєстрацією народження дитини, серія і номер, яким органом видано паспорт або паспортний документ, дата його видачі;

2) у разі усиновлення: прізвище, ім'я та по батькові, дата і місце народження до і після усиновлення; про усиновителя (усиновителів) – прізвище, ім'я та по батькові, дата і місце народження, громадянство, повне найменування суду, яким постановлено рішення, його дата і номер, номер актового запису про народження та дата його складення, найменування органу державної реєстрації актів цивільного стану, що зареєстрував народження усиновленої дитини, серія і номер свідоцтва про народження, серія і номер свідоцтва про усиновлення; прізвище, ім'я та по батькові особи, що здійснила державну реєстрацію, та її посада, дата і номер внесення відомостей до Реєстру;

3) у разі позбавлення та поновлення батьківських прав: прізвище, ім'я та по батькові дитини, батька, матері, усиновлювача, які позбавлені батьківських прав; прізвище, ім'я та по батькові батька, матері, усиновлювача, які поновлені у батьківських правах, місце державної реєстрації народження дитини, номер актового запису і дата державної реєстрації народження, повне найменування суду, яким постановлено рішення, його дата і номер; прізвище, ім'я та по батькові особи, що здійснила державну реєстрацію, та її посада, дата і номер внесення відомостей до Реєстру;

4) у разі державної реєстрації шлюбу: про осіб, що реєструють шлюб – прізвище до і після державної реєстрації шлюбу, ім'я та по батькові, дата і місце народження, громадянство, місце проживання, сімейний стан; серія і номер, яким органом видано

паспорт або паспортний документ особам, що реєструють шлюб, дата його видачі; серія і номер свідоцтва про шлюб; дата і номер актового запису в книзі державної реєстрації шлюбів; найменування органу державної реєстрації актів цивільного стану, що здійснив державну реєстрацію шлюбу; прізвище, ім'я та по батькові особи, що здійснила державну реєстрацію, та її посада, дата і номер внесення відомостей до Реєстру;

5) у разі державної реєстрації розірвання шлюбу відомостей: про осіб, що розривають шлюб – прізвище до і після розірвання шлюбу, ім'я та по батькові, дата народження, громадянство, місце проживання, в якому перебувають шлюбні (першому, другому, третьому, четвертому); найменування органу державної реєстрації актів цивільного стану, що реєстрував шлюб, який розривається, номер актового запису та дата державної реєстрації шлюбу; підстава державної реєстрації розірвання шлюбу; кількість спільних неповнолітніх дітей; серія і номер, яким органом видано паспорт або паспортний документ особам, що розривають шлюб, дата його видачі, серія і номер свідоцтва про розірвання шлюбу, дата і номер актового запису в книзі державної реєстрації розірвання шлюбу; у разі розірвання шлюбу судом до Реєстру вносяться відомості із зазначенням повного найменування суду, яким постановлено рішення, його дати та номера; прізвища, імені, по батькові осіб, які розірвали шлюб; найменування органу державної реєстрації актів цивільного стану, що реєстрував шлюб, який розірвано, номера актового запису та дати державної реєстрації шлюбу; прізвища, імені та по батькові особи, що внесла відомості, та її посади;

6) у разі державної реєстрації зміни імені: прізвище, ім'я та по батькові до зміни імені і після зміни, дата і місце народження, номер і дата актового запису про народження, громадянство, місце проживання; серія і номер, яким органом видано паспорт або паспортний документ та дата його видачі; серія і номер свідоцтва про зміну імені, дата і номер актового запису в книзі державної реєстрації зміни імені;

7) у разі державної реєстрації смерті: прізвище, ім'я та по батькові, стать, громадянство, дата смерті, у якому віці померла

особа, місце смерті та її причина, дата і місце народження (для дітей віком до одного року - кількість місяців і днів), місце проживання, документ, що підтверджує факт смерті; прізвище, ім'я та по батькові особи, що звернулася за державною реєстрацією смерті, серія і номер, яким органом видано паспорт або паспортний документ, дата його видачі; серія і номер свідоцтва про смерть; дата і номер актового запису в книзі державної реєстрації смертей.

Інформація про особу, яка міститься в цьому реєстрі, також є конфіденційною, тому КПК України передбачає особливий порядок її отримання слідчим.

З метою встановлення факту перетинання підозрюваною особою державного кордону України, слідчий може звернутися із запитом до бази даних «Відомості про осіб, які перетнули державний кордон України», порядок функціонування якої здійснюється відповідно до Положення «Про базу даних «Відомості про осіб, які перетнули державний кордон України» [8].

База даних «Відомості про осіб, які перетнули державний кордон України» являє собою автоматизований банк даних відомостей про громадян України, іноземців та осіб без громадянства, зареєстрованих у пунктах пропуску через державний кордон, та відповідно документів громадян України на право виїзду з України і в'їзду в Україну, в тому числі паспорта громадянина України, і паспортних документів іноземців та осіб без громадянства.

База даних осіб є складовою центрального сховища даних центральної підсистеми інтегрованої інформаційно-телекомунікаційної системи «Гарт» Державної прикордонної служби України та інтегрованої міжвідомчої інформаційно-телекомунікаційної системи щодо контролю осіб, транспортних засобів і вантажів, які перетинають державний кордон (система «Аркан»).

Формування Баз даних осіб передбачає можливість інформаційної інтеграції з подібними базами даних інших правоохоронних органів, а також центральних органів виконав-

чої влади, суб'єктів системи «Аркан» згідно з чинним законодавством.

База даних осіб формується шляхом ведення інформації про осіб з використанням автоматизованих робочих місць «Інспектор» (стаціонарних, портативних, кишенькових) до програмно-технічних комплексів автоматизації прикордонного контролю, інформаційно-телекомунікаційної системи «Гарт-1» і передавання її в режимі реального часу до системи «Гарт» з використанням технічних засобів телекомунікаційної мережі Державної прикордонної служби України.

Інформаційно-телекомунікаційної системи «Гарт-1» розгортаються в усіх пунктах пропуску (пунктах контролю) через державний кордон, де здійснюються пасажирські перевезення та пропуск осіб через державний кордон. Склад ІТС «Гарт-1» визначається для кожного пункту пропуску окремо відповідно до технічних умов, виходячи з його категорії і виду, характеру транспортних перевезень, режиму функціонування, часу роботи та стану облаштування.

Уведення інформації до Баз даних осіб здійснюється посадовими особами підрозділів органів охорони державного кордону Державної прикордонної служби України, які в установленому порядку призначені і несуть службу в прикордонному наряді «Перевірка документів».

Доступ до інформації, що зберігається в Базі даних осіб, надається уповноваженим посадовим особам Державної прикордонної служби України, інших правоохоронних органів та органів державної влади відповідно до законодавства в порядку, що визначається окремим наказом Адміністрації Держприкордонслужби України. Інформація з Баз даних осіб надається у формі витягів на письмову вимогу суду, прокуратури, органів дізнання і слідства та інших органів державної влади (посадових осіб) у зв'язку зі здійсненням ними повноважень, визначених законодавством України.

Перевірка інформації за Базою даних осіб здійснюється шляхом асоціативного пошуку за такими реквізитами: обов'язкові реквізити – «Громадянство», «Прізвище, ім'я особи», «Дата

народження» (число, місяць та рік); за наявності інформації – «Вид документа» (для громадян України – паспорт громадянина України для виїзду за кордон, дипломатичний паспорт, службовий паспорт, паспорт громадянина України, проїзний документ дитини, посвідчення особи моряка або посвідчення члена екіпажу; для іноземних громадян та осіб без громадянства – паспортний документ, що підтверджує громадянство іноземця або посвідчує особу без громадянства), «Серія, номер документа».

Існують й інші реєстри, доступ до інформації яких слідчий може здійснювати за наявності відповідних фактичних та юридичних підстав.

Таким чином, можна дійти висновку, що практика розслідування злочинів, у тому числі й розбоїв, не може обмежуватися використанням інформації лише з однієї категорії обліків – криміналістичних, хоча й створених безпосередньо для її забезпечення. Постійно виникає необхідність у використанні найрізноманітнішої інформації про об'єкти, які потрапляють до сфери розслідування. У науці здійснюються спроби виправити таке становище – про це свідчить розширення предмета досліджуваного вчення. Сказане вище дає підстави говорити про необхідність перегляду й удосконалення окремого криміналістичного вчення, в якому розглядаються питання про використання облікової інформації в розслідуванні злочинів.

1. Круль С.М. Криміналістична характеристика розбоїв /С.М. Круль/ Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України [текст]: Збірник наукових статей. Випуск 41. – Івано-Франківськ : ДВНЗ «Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника», 2016. -149-153 с
2. Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений / В. Н. Кудрявцев . – [2-е изд., перераб. и доп.]. – М. : Юристъ, 2006. – 301 с.
3. Бахин В. П. Нужна ли обществу дактилоскопическая регистрация? / В. П. Бахин // Криміналістичний вісник : наук.-практ. зб. – 2002. – Вип. 3. – С. 1924.
4. Про затвердження Положення про базу даних «Відомості про осіб, які перетнули державний кордон України» : Наказ адміністрації

Державної прикордонної служби України 25 черв. 2007 р. № 472 / [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0765-07>

5. *Про затвердження Інструкції про порядок формування, ведення та використання оперативно-довідкового і дактилоскопічного обліку в органах внутрішніх справ та органах (установах) кримінально-виконавчої системи України : Наказ Міністерства внутрішніх справ України, Державного департаменту України з питань виконання покарань від 23 серп. 2002 р. № 823/188 / [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1064-2007-n>.*
6. *Про затвердження Порядку ведення Державного реєстру актів цивільногостану громадян : Постанова Кабінету Міністрів України від 22 серп. 2007 р. № 1064 / [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1064-2007-n>.*
7. *Про інформацію : Закон України від 2 жовт. 1992 р. № 2657-XII. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?page=2&nreg=2657-12>.*
8. *Про затвердження Положення про електронний реєстр пацієнтів: Постанова Кабінету Міністрів України від 6 черв. 2012 р. № 546 / [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/546-2012-%D0%BF>.*

Круль С. М. Основні інформаційно-довідкові системи інших міністерств і відомств при розслідуванні розбоїв

Необхідність використання в розслідуванні інформації з будь-яких інформаційних систем незалежно від їх відомчої належності та прямого призначення логічно випливає з того, що об'єктами будь-яких обліків виступають різноманітні об'єкти матеріального світу та події. Особливе місце серед них займають особи, які в процесі своєї життєвої діяльності стають об'єктами обліків у найрізноманітніших системах. Вони обліковуються за місцем народження, здобуття освіти, проживання, роботи, як користувачі різноманітних засобів (зброї, автотранспорту тощо) і т. ін. Деякі стають об'єктами криміналістичних інформаційних систем. І в разі виявлення їх причетності до злочинної діяльності виникає необхідність у ретроспективному аналізі їх попереднього життя, причетності до тієї чи іншої діяльності, події тощо. У контексті використання облікової інформації у боротьбі з організованою злочинністю В. П. Бахін зазначає: «Крім спеціалізованих обліків МВС і СБУ є багато різних установ, де фіксуються найрізноманітніші акти та дії громадян. Дійсно, результати аналізу практики розслідування злочинів красномовно свідчать про те, що інформацію, яка може стати в нагоді під час розслідування, можна знайти в будь-яких інформаційних системах незалежно від їх основного цільового призначення та відомчої належності.

В статті розглянуто основні інформаційно-довідкові системи інших міністерств, відомств як складова інформаційно-довідкового забезпечення розслідування розбоїв.

Ключові слова: інформація, відомості, фактичні дані, інформаційно-довідкове забезпечення

Круль С. М. Основные информационно-справочные системы других министерств и ведомств при расследовании разбоев

Необходимость использования в расследовании информации с любых информационных систем независимо от их ведомственной принадлежности и прямого назначения логически вытекает из того, что объектами любых учетов выступают различные объекты материального мира и события. Особое место среди них занимают лица, которые в процессе своей жизненной деятельности становятся объектами учетов в самых системах. Они учитываются по месту рождения, получение образования, проживания, работы, как пользователи различных средств (оружия, автотранспорта и т.д.) и т. Д. Некоторые становятся объектами криминалистических информационных систем. И в случае выявления их причастности к преступной деятельности возникает необходимость в ретроспективном анализе их предыдущей жизни, причастности к той или иной деятельности, события и тому подобное. В контексте использования учетной информации в борьбе с организованной преступностью В. П. Бахин отмечает: «Кроме специализированных учетов МВД и СБУ есть много различных учреждений, где фиксируются самые разнообразные акты и действия граждан. Действительно, результаты анализа практики расследования преступлений красноречиво свидетельствуют о том, что информацию, которая может пригодиться при расследовании, можно найти в любых информационных системах независимо от их основного целевого назначения и ведомственной принадлежности.

В статье рассмотрены основные информационно-справочные системы других министерств, ведомств как составляющая информационно-справочного обеспечения расследования разбоев.

Ключевые слова: информация, сведения, фактические данные, информационно-справочное обеспечение

Krul S.M. Main information reference systems of other ministries and departments in the investigation of robberies

The need to use information in the investigation of any of the information, regardless of their subordination and direct appointment follows logically from the fact that objects of any variety act counts material world objects and events. Notable among these are the people who in the course of their life activities are accounting objects in different systems. They are recorded by place of birth, education, residence, work as users various tools (weapons, vehicles, etc.) and so on. Al. Some objects are forensic information systems. And in the case of their involvement in criminal activities there is a need retrospective analysis of previous life, belonging to a particular activity, events and more. In the context of accounting information in the fight against organized crime VP Bahin said: «In the specialized accounting MIA and

SBU are many different institutions, which records a variety of acts and actions of citizens. Indeed, an analysis of the practice of investigating crimes eloquently that the information that may be useful in the investigation can be found in any information systems regardless of the underlying purpose and subordination.

The practice of investigation of crimes, including robbery, can not be limited to use with just one category of records - forensic, though designed specifically for its support. Always there is a need to use a wide range of information about the objects that fall within the scope of the investigation. In science, attempts are made to correct this situation - this is evidenced by the expansion of the subject investigated teachings. The above gives grounds to speak about the need to review and improve forensic individual teaching, which addresses the use of accounting information in the investigation of crimes.

In the article the basic information and reference systems of other ministries and departments as part of information and reference software robbery investigation.

Keywords: information, information, evidence, information and reference software in

Починок В.М.

ТИМЧАСОВЕ ВІДСТРОНЕННЯ СУДДІ ВІД ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВОСУДДЯ В СИСТЕМІ ЗАХОДІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

УДК 343.13

Постановка проблеми. У зв'язку із вступом в силу Закону України «Про Вищу раду правосуддя», від 21.12.2016 №1798-VIII перелік заходів забезпечення кримінального провадження доповнився п. 4-1, власне тимчасовим відстороненням судді від здійснення правосуддя. Вважаємо таке нововведення законодавця вагомим і таким, що переслідує законну мету. Так цілком обґрунтованим є саме тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя, а не відсторонення від посади. Адже доки винуватість особи не доведена щодо конкретного злочину, цілком правильно відсторонити суддю на певний строк від здійснення правосуддя, доки триває досудове розслідування та розгляд кримінального провадження. Припускаємо, законодавець при введенні таких змін до кримінального процесуального закону мав на меті досягнення наступних цілей: 1) підтримання авторитету

ЗБІРНИК НАУКОВИХ СТАТЕЙ

судової гілки влади та довіри суспільства до суддів; 2) забезпечення прозорого, неупередженого здійснення правосуддя; 3) як додаткова гарантія захисту суддівського корпусу та забезпечення принципу незалежності судової гілки влади.

Метою статті є визначення місця тимчасового відсторонення судді від здійснення правосуддя в системі заходів забезпечення кримінального провадження.

Виклад основного матеріалу. Перш ніж перейти до самого аналізу такого заходу забезпечення кримінального провадження як, тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя, варто з'ясувати відмінності між поняттями «відсторонення від посади» та «відсторонення від здійснення правосуддя». Відсторонення від посади застосовується щодо особи, яка підозрюється або обвинувачується у вчиненні злочину середньої тяжкості, тяжкого чи особливо тяжкого злочину, і незалежно від тяжкості злочину – щодо особи, яка є службовою особою правоохоронного органу, натомість відсторонення від здійснення правосуддя стосується тільки суддів. Адже Закон України «Про судоустрій і статус суддів» [1] містить норму у якій зазначається, що, правосуддя в Україні здійснюється виключно судами та відповідно до визначених законом процедур судочинства. Окрім того, здійснюючи процедуру відсторонення від здійснення правосуддя, суддя зберігає за собою свою посаду.

Здавалося б, чому недостатньо є застосування заходу забезпечення кримінального провадження, передбаченого п. 4 ст. 131 КПК України [2], а саме відсторонення від посади, в тому числі застосування його до суддів. Адже, такий захід забезпечення кримінального провадження був передбачений як і у КПК 1960 р. [3] так і у чинному КПК України [2]. Згідно норм Кримінального процесуального кодексу відсторонити від посади можна особу, яка підозрюється або обвинувачується у вчиненні злочину середньої тяжкості, тяжкого чи особливо тяжкого злочину, і незалежно від тяжкості злочину щодо особи, яка є службовою особою правоохоронного органу. При цьому відсторонення від посади застосовують за рішенням слідчого судді, суду (за КПК України (1960 р.) – прокурора), і такий захід обирається як стосовно підозрюва-

ного, так і обвинуваченого (за КПК України 1960 р. лише щодо обвинуваченого).

Відстороненням від посади є захід забезпечення кримінального провадження, сутність якого полягає у тимчасовому недопущенні підозрюваного, обвинуваченого до виконання ним своїх трудових (службових) обов'язків протягом певного строку, який за загальним правилом здійснюється за рішенням слідчого судді, суду з метою припинення кримінального правопорушення, припинення протиправної поведінки, запобігання протиправній поведінці особи, яка перебуваючи на посаді, зможе знищити чи підробити речі або документи, що мають значення для досудового розслідування, незаконними способами впливати на свідків та інших учасників кримінального провадження або протиправно перешкоджати кримінальному провадженню іншим способом [1, с.321].

Тому, пропонуємо здійснити розмежування між такими заходами кримінального провадження як тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя та відсторонення особи від посади.

Варто почати з суб'єкта, щодо якого може бути застосовано такі види заходи забезпечення кримінального провадження. Так, відсторонення від посади може бути здійснено щодо особи, яка підозрюється або обвинувачується у вчиненні злочину середньої тяжкості, тяжкого чи особливо тяжкого злочину, і незалежно від тяжкості злочину – щодо особи, яка є службовою особою правоохоронного органу. Тимчасове ж відсторонення від здійснення правосуддя застосовується тільки щодо судді будь-якої інстанції і юрисдикції.

Друга відмінність полягає у суб'єкті, який здійснює таке відсторонення. Відсторонення від посади здійснюється на підставі рішення слідчого судді під час досудового розслідування чи суду під час судового провадження на строк не більше двох місяців, з можливістю продовження такого строку. Питання ж про відсторонення від посади осіб, які призначаються Президентом України, вирішується лише Президентом України на підставі клопотання прокурора в порядку, встановленому законодавством. Відстор-

нення від посади Директора Національного антикорупційного бюро України здійснюється слідчим суддею на підставі вмотивованого клопотання Генерального прокурора в порядку, встановленому законом. Тимчасове ж відсторонення від здійснення правосуддя у зв'язку з притягненням до кримінальної відповідальності судді проводиться Вищою радою правосуддя на підставі вмотивованого клопотання Генерального прокурора або його заступника в порядку, встановленому законом.

Третя відмінність стосується строків відсторонення при застосуванні даних заходів забезпечення кримінального провадження. Зокрема, для такого заходу як відсторонення від посади строк становить не більше двох місяців під час досудового розслідування чи суду під час судового провадження з можливістю продовження його за наявності для цього підстав. Що ж стосується тимчасового відсторонення судді від здійснення правосуддя, то у даному випадку строк становить не більше двох місяців на підставі вмотивованого клопотання Генерального прокурора або його заступника. Але, на стадії судового провадження строк відсторонення встановлюється до набрання законної сили вироком суду або закриття кримінального провадження.

Слід зауважити, що стосовно обох заходів забезпечення строки відсторонення можуть бути продовжені. Наприклад, строк відсторонення від посади може бути продовжено відповідно до вимог статті 158 КПК [2]. Натомість, продовження строку тимчасового відсторонення судді від здійснення правосуддя у зв'язку з притягненням до кримінальної відповідальності здійснюється в порядку, визначеному статтею 63 Закону України «Про Вищу раду правосуддя» [5] і становить не більше двох місяців, а в разі якщо обвинувальний акт передано до суду, – до набрання законної сили вироком суду або закриття кримінального провадження.

Варто зупинитися на процесуальному документі, на підставі якого здійснюється відсторонення від посади і тимчасове відсторонення від здійснення правосуддя. Таким документом є звернення до суду з клопотанням. Зокрема щодо відсторонення від посади суб'єктом звернення є прокурор або слідчий за погодженням

з прокурором. Щодо тимчасового відсторонення судді від здійснення правосуддя – Генеральний прокурор або його заступник.

Проте, ч. 3 ст. 154 КПК передбачає, що із клопотанням про відсторонення особи від посади до органів державної влади, зазначених у частині третій статті 154 КПК, має право звернутися прокурор, а про відсторонення від посади члена Національного агентства з питань запобігання корупції – Генеральний прокурор або його заступник [2].

Варто зазначити, що клопотання про тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя у зв'язку з притягненням його до кримінальної відповідальності подається до Вищої ради правосуддя якщо він є підозрюваним, обвинувачуваним (підсудним) на будь-якій стадії кримінального провадження.

Стосовно самої процедури тимчасового відсторонення від здійснення правосуддя, то Закон України «Про Вищу раду правосуддя» передбачає наступні положення:

- строк розгляду Вищою радою правосуддя клопотання про тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя у зв'язку з притягненням його до кримінальної відповідальності невідкладний, але не пізніше 7 днів з дня надходження клопотання.

- повідомлення про дату, час і місце розгляду Вищою радою правосуддя відповідного клопотання направляється судді, стосовно якого подано клопотання, Генеральному прокурору або його заступнику, до суду, в якому суддя обіймає посаду, а також невідкладно розміщується на офіційному веб-сайті Вищої ради правосуддя.

- неявка на засідання Вищої ради правосуддя судді, Генерального прокурора або його заступника чи уповноваженого ними одного із прокурорів, які були належним чином повідомлені про дату, час і місце засідання, не перешкоджає розгляду клопотання [5].

Закон також чітко регламентує порядок розгляду клопотання про тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя. Зокрема такий розгляд починається з короткого викладу членом Вищої ради правосуддя, який визначений доповідачем, наведеного у клопотанні обґрунтування необхідності застосування такого

тимчасового відсторонення. Після короткого викладу наведеного у клопотанні обґрунтування необхідності тимчасового відсторонення від здійснення правосуддя слово надається Генеральному прокурору, його заступнику або уповноваженому ними прокурору, судді (його представнику), щодо якого внесене клопотання, для надання пояснень. Якщо суддя відмовляється від надання пояснень Вища рада правосуддя розглядає клопотання про тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя без його пояснень.

За результатами розгляду клопотання про тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя Вища рада правосуддя ухвалює рішення, копія якого не пізніше семи робочих днів направляється Генеральному прокурору або його заступнику, судді, стосовно якого ухвалено рішення, а також невідкладно направляється до суду, в якому такий суддя обіймає посаду.

Суддя відстороняється від здійснення правосуддя з дня ухвалення Вищою радою правосуддя рішення про таке відсторонення на строк, зазначений у рішенні, який не може становити більше двох місяців. На стадії судового провадження строк відсторонення встановлюється до набрання законної сили вироком суду або закриття кримінального провадження

Так, Вища рада правосуддя приймає рішення про звільнення судді з посади та переведення до іншого суду, дає згоду на затримання чи арешт судді, а також ухвалює рішення про тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя. Через внесені зміни до КПК інститут тимчасового відсторонення судді від здійснення правосуддя потребує детального дослідження.

Зокрема з початку 2018 р. було подано 24 Рішення Дисциплінарної палати про притягнення до дисциплінарної відповідальності та внесення подання до Вищої ради правосуддя про звільнення судді, 10 подань Третьюї Дисциплінарної палати Вищої ради правосуддя, 4 клопотання Генерального прокурора, 21 клопотання заступника Генерального прокурора – керівника Спеціалізованої антикорупційної прокуратури . Строк відсторонення коливається від 1 місяця до 6 місяців.

Наприклад, до Вищої ради правосуддя 6 вересня 2018 року надійшло клопотання заступника Генерального прокурора – керівника Спеціалізованої антикорупційної прокуратури Холодницького Н. І. про тимчасове відсторонення судді Барського районного суду Вінницької області Хитрука В. М. від здійснення правосуддя у зв'язку з притягненням його до кримінальної відповідальності.

У клопотанні зазначено, що детективами Національного антикорупційного бюро України здійснюється досудове розслідування у кримінальному провадженні від 5 липня 2018 року за ознаками кримінального правопорушення, передбаченого частиною третьою статті 368 КК України, а саме: одержання службовою особою, яка займає відповідальне становище, неправомірної вигоди для себе та третьої особи за вчинення такою службовою особою в інтересах того, хто надає неправомірну вигоду, дій з використанням наданого особі службового становища, за попередньою змовою групою осіб.

Як вказано у клопотанні, суддя Хитрук В.М. підозрюється в отриманні від адвоката неправомірної вигоди у розмірі 1 000 гривень за закриття адміністративного провадження у справі про вчинення громадянином В. адміністративного правопорушення, передбаченого статтею 130 КУпАП (керування транспортними засобами або суднами особами, які перебувають у стані алкогольного, наркотичного чи іншого сп'яніння або під впливом лікарських препаратів, що знижують їх увагу та швидкість реакції), у зв'язку із малозначністю вчиненого правопорушення. Строк відсторонення судді від здійснення правосуддя у зв'язку з притягненням до кримінальної відповідальності становив 23 дні [6].

Висновок. Можна підсумувати, що тимчасовим відстороненням судді від здійснення правосуддя – є визначений кримінальним процесуальним законодавством захід забезпечення кримінального провадження, який полягає у прийнятті Вищою радою правосуддя рішення про усунення судді від здійснення правосуддя на строк не більше двох місяців на підставі вмотивованого клопотання Генерального прокурора або його заступника. Такий захід забезпечення кримінального провадження як тимчасове від-

сторонення від здійснення правосуддя має свої специфічні ознаки і відрізняється від інших заходів кримінального процесуального примусу; містить чимало відмінностей у порівнянні із відстороненням від посади; обмежує у законному порядку права і свободи громадянина; фактором застосування такого заходу є примус; є досить часто застосовуваним на практиці, тому потребує детального подальшого дослідження в науковій доктрині.

1. Закон України «Про судоустрій і статус суддів». URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19> (дата звернення 17.11.2018).
2. Кримінальний процесуальний кодекс України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення 17.11.2018).
3. Кримінально-процесуальний кодекс України 1960 р. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1001-05> (дата звернення 17.11.2018).
4. Кримінальний процес : підручник / [Грошевий Ю. М., Тацій В. Я., Туманянц А. Р. та ін.]; [за ред. В. Я. Тація, Ю. М. Грошевого, О. В. Капліної, О. Г. Шило]. Х.: Право, 2013. 824 с.
5. Закон України «Про Вищу раду правосуддя». URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-19> (дата звернення 17.11.2018).
6. Офіційний сайт Вищої ради правосуддя. URL: <http://www.vru.gov.ua/news/4062> (дата звернення 17.11.2018).

Починок В. М. Тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя в системі заходів забезпечення кримінального провадження

У статті розглядається питання тимчасового відсторонення судді від здійснення правосуддя в системі заходів забезпечення кримінального провадження. Пропонується авторське розуміння тимчасового відсторонення судді від здійснення правосуддя на основі тлумачення нормативно-правових актів, які врегульовують його. Наведені також ознаки і відрізняється такий захід забезпечення кримінального провадження від інших заходів кримінального процесуального примусу.

Ключові слова: тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя, заходи забезпечення кримінального провадження.

Починок В. М. Временное отстранение судьи от правосудия в системе мер обеспечения уголовного производства

В статье рассматривается вопрос временного отстранения судьи от правосудия в системе мер обеспечения уголовного производства. Предлагается авторское понимание временного отстранения судьи от правосудия на основе толкования нормативно-правовых актов, регулирующих его. Приведены также признаки такой меры обеспечения уголовного производства, которые отличают его от других мер уголовного процессуального принуждения.

Ключевые слова: временное отстранение судьи от правосудия, меры обеспечения уголовного производства.

Pochynok V.M. Temporarily suspending a judge from administering justice in the system of measures to ensure criminal proceedings

The article deals with the issue of temporarily suspending a judge from administering justice in the system of measures to ensure criminal proceedings. The author raises the need for introducing the definition of temporarily suspending a judge from administering justice. Specific attention is paid to distinctions between temporarily suspending a judge from administering justice and removal from office. The author makes specific reference to procedure of temporarily suspending a judge from administering justice. It was also noted that temporarily suspending a judge from administering justice is quite different from other measures to ensure criminal proceedings. Main features of temporarily suspending a judge from administering justice have also been described. Court practice of this measure to ensure criminal proceedings was analysed.

Key words: temporarily suspending a judge from administering justice, measures to ensure criminal proceedings.

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ СУЧАСНОЇ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

Банасевич І. І.

ПОНЯТТЯ «СПОЖИВАЧ» В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ: ДОКТРИНАЛЬНІ ПІДХОДИ

УДК 347.45/.47

Постановка проблеми. Проблема теоретичного розуміння дефініції «споживач» не знайшла свого остаточного вирішення в науковій сфері: існують різні підходи до її внутрішнього змісту, залишається не вирішеним також питання щодо можливості абстрактного сприйняття категорії «споживач» в межах цивільного права чи все ж таки необхідно конкретизувати її з метою, передбаченою законодавством? Аналіз цивілістичної доктрини свідчить про те, що в науці цивільного права дефініція «споживач» використовується, в першу чергу, при дослідженні у сфері захисту прав споживачів на ринку товарів, робіт чи послуг. Тим не менше, єдине розуміння дефініції «споживач» в науковій літературі у теперішній час відсутнє.

Особливої актуальності питання захисту прав споживачів набуває у зв'язку із тим, що цей правовий інститут належить до пріоритетних сфер адаптації національного законодавства до законодавства Європейського Союзу. Недарма в Концепції державної політики у сфері захисту прав споживачів на період до 2020 року, схваленої розпорядженням Кабінету Міністрів України від 29 березня 2017 року [1], наголошується на тому, що споживачі в Україні не захищені державою і законом внаслідок декларативного характеру проголошених прав та відсутності механізмів їх реалізації та відновлення, на державному рівні не створено систему реалізації європейського принципу презумпції невинності споживача, доступну та прозору систему досудового розгляду скарг і реагування на результати незалежних споживчих досліджень.

На наш погляд, споживач – це широке поняття і його наділення тими чи іншими ознаками призводить до виникнення «особли-

вого споживача», якому притаманний власний внутрішній зміст в тій чи іншій сфері майнового обороту.

Слід зазначити, що окремі аспекти поняття та правового статусу споживача були предметом дослідження окремих кандидатських дисертацій, зокрема Г. А. Осетинської «Цивільно-правовий захист прав споживачів за законодавством України» [2], Ю. Ю. Рябченка «Судовий захист прав споживачів» [3], О. Ю. Черняк «Цивільно-правовий статус споживача у контексті адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» [4].

Метою даної наукової статті є додаткове теоретичне осмислення поняття «споживач» на основі сучасних наукових досягнень цивілістики і правових позицій судових органів задля внесення певної ясності у термінологію, що використовується законодавцем.

Виклад основного матеріалу. Вперше визначення поняття «споживач» було сформульовано у Хартії захисту прав споживачів, прийнятій XXV сесією Консультативної Асамблеї ЄС 1973 року. Даний документ передбачав, що споживач — це фізична або юридична особа, яка користується товарами й послугами з особистою метою. До таких юридичних осіб Хартія відносить лише асоціації і благодійні фонди, об'єднання ремісників, кустарів і невеликі підприємства.

В українському законодавстві поняття «споживач» отримало своє закріплення у 1991 році із прийняттям Закону України «Про захист прав споживачів», відповідно до якого споживачем визнавався громадянин, який придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити товари (роботи, послуги) для власних побутових потреб. В 2005 році у Закон України «Про захист прав споживачів» було внесено зміни щодо формулювання поняття «споживач» і зазначену дефініцію було значно розширено в частині формулювання мети придбання товарів (робіт, послуг).

У чинному законодавстві України термін «споживач» вживається досить часто, однак зміст, який вкладає в нього вітчизняний законодавець, різниться. Основним нормативно-правовим актом, який закріплює правовий статус споживача, є Закон України «Про

захист прав споживачів». Споживачем за цим законом визнається фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника. Із цього визначення випливає, що споживачами можуть бути лише фізичні особи, включаючи громадян України, іноземців та осіб без громадянства. Натомість при застосуванні норм споживчого закону юридичні особи не можуть бути віднесені до категорії споживачів. Окрім того, Закон України «Про захист прав споживачів» не застосовується, якщо фізична особа має статус підприємця і купує, замовляє або використовує товари (роботи, послуги) для ведення підприємницької діяльності. Як споживача Закон України «Про захист прав споживачів» визнає і фізичну особу, яка тільки має намір придбати товар чи замовити роботу або послугу.

Наукові позиції дослідників у сфері господарського права при тлумаченні ст. 2 Господарського кодексу України, якою споживачі вперше визнані як учасники відносин у сфері господарювання, також розділилися з цього приводу: одні вважають, що споживачі як учасники господарських відносин – це громадяни [5, с. 123], а інші – що це виключно юридична особа – організація, яка споживає результати господарської діяльності незалежно від того, чи є вона господарюючим або не господарюючим суб'єктом (споживачі енергії, природного газу тощо) [6, с. 12]. В Законі України «Про рекламу» під споживачами розуміють «невизначене коло осіб, на яких спрямовується реклама», тобто це можуть бути як фізичні, так і юридичні особи. Ст. 1 Закону України «Про природні монополії» до споживачів відносить фізичних або юридичних осіб, які придбавають товар, що виробляється (реалізується) суб'єктами природних монополій. У даному випадку законодавець не обумовлює мету придбання такого товару використанням для особистих потреб. Як бачимо, окремі законодавчі акти послуговуються розумінням поняття «споживач» у широкому значенні обмежуючи сферу застосування сферою дії того чи іншого закону, наприклад, відносинами на товарних ринках, які перебувають у стані природної монополії.

На сьогодні питання можливості визнання споживачем юридичної особи, яка також може купувати, замовляти чи використовувати товари (роботи, послуги) для задоволення особистих потреб, наприклад, купівля побутової техніки для забезпечення можливості харчування працівників, є дискусійним і залишається відкритим. Слід зазначити, що деякими вченими-цивілістами пропонується споживачами окрім фізичних осіб вважати і певну категорію юридичних осіб. Наприклад, І.В. Кірюшина зазначає, що особливий (підвищений) захист потрібно поширити на юридичних осіб, які придбавають продукцію для побутових потреб своїх працівників (трудового колективу), або на такі організовані групи споживачів, як споживчі кооперативи, товариства власників житла й подібні об'єднання громадян, які придбавають товари для реалізації своїх статутних завдань і не мають на меті отримання прибутку [7, с.35].

Українська вчена Черняк О.Ю. вважає, що обмеження кола юридичних осіб, на які необхідно потрібно поширити дію Закону України «Про захист прав споживачів» є необґрунтованим. Оскільки, юридична особа, придбаваючи товар, роботи або послуги для забезпечення потреб своїх працівників (автомат для питної води чи кавовий автомат, кондиціонери), потребує, насамперед, поширення на неї саме законодавства щодо захисту прав споживачів, а не законодавства, яке регулює договірні відносини [4, с. 34].

Очевидно, що пропозиція визнавати споживачами юридичних осіб суперечить одному із основних принципів законодавства про захист прав споживачів – принципу справедливої рівності суб'єктів споживчих правовідносин. Саме з метою встановлення правової рівності економічно нерівних суб'єктів чинним цивільним законодавством підприємець наділений рядом додаткових обов'язків, а споживач – цілою низкою прав. Якщо ж юридичні особи матимуть можливість застосовувати механізм захисту прав споживачів, передбачений Законом України «Про захист прав споживачів», виникне юридична нерівність між зазначеними учасниками цивільних правовідносин.

Відповідна позиція викладена у рішенні Конституційного Суду України від 10.11.2011 року №15-рп/2011, де зазначено, що споживачу, як правило, об'єктивно бракує знань, необхідних для здійснення правильного вибору товарів (робіт, послуг) із запропонованих на ринку, а також для оцінки договорів щодо їх придбання, які нерідко мають вид формуляра або іншу стандартну форму. Тому держава забезпечує особливий захист більш слабкого суб'єкта економічних відносин, а також фактичну, а не формальну рівність сторін у цивільно-правових відносинах, шляхом визначення особливостей договірних праввідносин у сфері споживчого кредитування та обмеження дії принципу свободи цивільного договору [8].

Слід зазначити, що проблема віднесення суб'єктів підприємницької діяльності до числа споживачів відома і зарубіжним країнам. Так, в Італії до прийняття Споживчого кодексу Італії у 2005 році італійські вчені висловлювали позиції про можливість поширення норм про захист прав споживачів на представників малого бізнесу, ремісників, які розглядались в якості «слабшої» сторони договору, оскільки між малими і великими підприємствами часто спостерігається економічна нерівність. Однак у ст.3 Споживчого кодексу Італії 2005 року було встановлено, що малі підприємства, ремісники і підприємці, хоча і можуть інколи розглядатися як «слабка» сторона договірних зобов'язань, юридично не можуть користуватися захистом, передбаченим для споживачів [9].

Законодавчі акти про захист прав споживачів Франції, Італії і Німеччини свідчать про те, що європейське законодавство на підтримує ідею про його поширення на юридичних осіб. Так, Закон про захист прав споживачів Франції під споживачем розуміє фізичну особу, за винятком підприємця, який набуває товари (послуги) з підприємницькою метою (ст.1), аналогічні визначення містяться у законодавчих актах Італії (фізична особа, яка діє з метою не пов'язаною з підприємницькою, комерційною, ремісничою або професійною діяльністю (ст.3 Споживчого кодексу Італії)), Німеччини (фізична особа, яка укладає договір з метою, яка не може бути віднесена ні до її виробничої, ні до її самостійної

професійної діяльності (пар.13 «Споживач» Німецького Цивільного уложення)).

Крім того, як зазначає О.Ю. Черняк, якщо звернути увагу на директиви ЄС щодо визначення прав споживачів у різних сферах, необхідно відмітити, що більшість з них оперують поняттям споживача як фізичної особи, виключаючи юридичних осіб. Учена зазначає, що всі дефініції, наведені у директивах ЄС, не є однаковими, а стосуються лише певного кола відносин, які регулюються ними, тому можна говорити про відсутність чіткого визначення поняття споживача на рівні законодавства ЄС [4, с. 30].

У літературі справедливо зазначається, що дефініція «споживач» не отримала єдиного формулювання у законодавстві ЄС. Проте можна відзначити такі спільні ознаки цього поняття: а) суб'єктом є фізична особа, яка укладає договір, як правило, не у комерційних та професійних цілях (виключенням є відносини з надання туристичних послуг у бізнес-турі); б) суб'єктом є особа, яка безпосередньо споживає продукт, який займає кінцеву сходинку в економічному процесі. Крім того, у праві ЄС термін «споживач» застосовується до особи, якій завдана шкода неякісним продуктом (товаром, послугою) [10, с. 251].

Поряд із дискусією про застосування поняття «споживач» до юридичної особи, виникає питання про поширення норм Закону України «Про захист прав споживачів» на правовідносини за участю фізичних осіб-підприємців. Складно відмежувати тих осіб, які можуть бути визнані споживачами (фізична особа-підприємець, фізична особа, яка є найманим працівником і набуває товари, роботи чи послуги для юридичної особи), адже вони не відрізняються від інших фізичних осіб.

Відповідь на це питання дає судова практика. Зокрема, в узагальненні судової практики розгляду цивільних справ про захист прав споживачів звертається увага на відсутність у Законі України «Про захист прав споживачів» критеріїв розмежування використання товару для особистих потреб із використанням його у підприємницькій діяльності чи виконання обов'язків найманого працівника. Наголошується, що непоодинокими є випадки, коли суб'єкт підприємницької діяльності придбавав товар з

метою майбутнього використання у підприємницькій діяльності, але через певні обставини фактично використовував для власних побутових потреб, або навпаки. Тому при вирішенні питання про можливість застосування до спірних правовідносин положень Закону України «Про захист прав споживачів» суду необхідно з'ясувати, для яких цілей використовується придбана продукція: особистих потреб фізичної особи чи її використання пов'язане із підприємницькою діяльністю фізичної особи – суб'єкта підприємницької діяльності [11, с. 15].

Фізична особа, яка бажає реалізувати своє конституційне право на підприємницьку діяльність, після проходження відповідних реєстраційних та інших передбачених законодавством процедур за жодних умов не втрачає і не змінює свого статусу фізичної особи, якого вона набула з моменту народження, а лише набуває до нього нової ознаки – підприємця. При цьому правовий статус «фізична особа-підприємець» сам по собі не впливає на будь-які правомочності фізичної особи, зумовлені її цивільною право- і дієздатністю, та не обмежує їх.

Отже, ключовою ознакою для вирішення питання віднесення фізичної особи-підприємця чи фізичної особи-найманого працівника до категорії «споживач» є мета використання придбаних товарів, замовлених послуг чи робіт.

Таким чином, на основі наведеного вище можна сформулювати дефініцію «споживач»: споживач – це фізична особа, в тому числі фізична особа-підприємець, яка придбаває (набуває іншим чином у власність або у користування) чи замовляє товари (роботи, послуги) або має намір придбати (набути іншим чином у власність або користування) чи замовити товари (роботи, послуги) для особистих або інших потреб, не пов'язаних з підприємницькою діяльністю.

1. Концепція державної політики у сфері захисту прав споживачів на період до 2020 року: розпорядження Кабінету Міністрів України від 29 березня 2017 року №217-р. Офіційний вісник України. 2017. №30. Ст.894.
2. Осетинська Г.А. Цивільно-правовий захист прав споживачів за законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец.

- 12.00.03 / Київський національний університет ім. Тараса Шевченка. Київ, 2006. 20 с.
3. Рябченко Ю.Ю. Судовий захист прав споживачів: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / НДІ приватного права і підприємництва ім. Ф.Г. Бурчака НАПрН України. Київ, 2009. 19 с.
 4. Черняк О.Ю. Цивільно-правовий статус споживача у контексті адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / НДІ приватного права і підприємництва ім. Ф.Г. Бурчака НАПрН України. Київ, 2011. 230 с.
 5. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / за ред. Н. О. Саніахметової. Х.: Одісей, 2004. 848 с.
 6. Науково-практичний Коментар до Господарського кодексу України / за заг. ред. Г. Л. Знаменського, В. С. Щербини. 2-е вид., перероб. і доп. К.: Юрінком Інтер, 2008. 456 с.
 7. Кирюшина И. В. Правовой статус потребителя и его реализация в гражданском праве: дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. Барнаул, 2004. 215 л.
 8. Рішення Конституційного Суду України від 10.11.2011 року №15-рп/2011. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-11> (дата звернення 08.02.2019 р.).
 9. *Il codice del consumo commentato / a cura di Maria Castri, Alessandro Palmigia- no. Edizione, 2010. P. 25.*
 10. *Право Європейського Союзу : навч. посібн. / за заг. ред. Р. А. Петрова. 2-ге вид. К. : Істина, 2009. С. 376 с.*
 11. Жайворонок Т.Є., Павловська С.В. Судова практика розгляду справ про захист прав споживачів. Вісник Верховного Суду України. 2013. №1 (149). С. 15-32.

Банасевич І.І. Поняття «споживач» в цивільному праві: доктринальні підходи.

Наукова стаття присвячена проблемі теоретичного розуміння дефініції «споживач». У статті здійснено додаткове теоретичне осмислення поняття «споживач». При цьому проведено аналіз сучасних цивілістичних наукових досліджень, а також міжнародно-правових документів, чинного законодавства України та правових позицій судових органів. У статті дається визначення поняття «споживач», виявлено ряд недоліків у правовому регулюванні окреслених правовідносин та подано пропозиції щодо їх усунення.

Ключові слова: споживач, правовий статус, споживчий договір, особиста потреба, фізична особа-підприємець.

Банасевич І.І. Поняття «потребитель» в гражданском праве: доктринальні підходи.

Научна стаття посвящена проблемі теоретичного розуміння дефініції «потребитель». В статті проведено додаткове осмислення поняття «потребитель». При цьому проведено аналіз сучасних наукових досліджень у сфері цивільно-правових досліджень, міжнародно-правових актів, діючого законодавства України та правових позицій судових органів. В статті дається визначення поняття «потребитель», виявлено ряд недоліків в правовому регулюванні очеркених правоотношень та представлені пропозиції по їх усуненню.

Ключевые слова: потребитель, правовой статус, потребительский договор, личная потребность, физическое лицо-предприниматель.

Банасевич І.І. Поняття «споживач» в цивільному праві: доктринальні підходи.

Наукова стаття присвячена проблемі теоретичного розуміння дефініції «споживач», яка не знайшла свого остаточного вирішення в науковій сфері, так як існують різні підходи до її внутрішнього змісту. У статті здійснено додаткове теоретичне осмислення поняття «споживач» з метою внесення ясності у термінологію, що використовується законодавцем. При цьому проведено аналіз сучасних цивільно-правових досліджень, а також міжнародно-правових документів, чинного законодавства України та правових позицій судових органів. У статті дається визначення поняття «споживач», яким запропоновано вважати фізичну особу, в тому числі фізичну особу-підприємця, яка придбаває (набуває іншим чином у власність або у користування) чи замовляє товари (роботи, послуги) або має намір придбати (набути іншим чином у власність або користування) чи замовити товари (роботи, послуги) для особистих або інших потреб, не пов'язаних з підприємницькою діяльністю. Автором також виявлено ряд недоліків у правовому регулюванні окреслених правовідносин та подано пропозиції щодо їх усунення.

Ключові слова: споживач, правовий статус, споживчий договір, особиста потреба, фізична особа-підприємець.

Збирак Т.В.

ПРОБЛЕМИ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА ОСОБИ НА СВОБОДУ СЛОВА В УКРАЇНІ ТА ШЛЯХИ ЇХ ВИРІШЕННЯ

УДК 342.727:342.9

Постановка проблеми. Право на свободу слова має основоположне значення для держави, суспільства та особи, адже пов-

ноцінна демократія можлива лише тоді, коли допускається і гарантується вільний обіг інформації та ідей. З цією метою держава сприяє забезпеченню свободи думки і слова, вільного вираження поглядів, участі громадськості в управлінні державними справами. Україна сьогодні стала на шлях забезпечення свободи слова про що свідчить діяльність Міністерства інформаційної політики щодо розробки стратегії інформаційної політики України та Концепції інформаційної безпеки держави, координації органів влади у питаннях комунікації та поширення інформації, протидії інформаційній агресії з боку Росії.

Тим не менш, реалізація прийнятих заходів недостатня. Аналіз стану адміністративно-правового забезпечення права громадян на свободу слова свідчить, що незважаючи на деякі позитивні кроки, які сприяють свободі слова, а також роботі журналістів і засобів масової інформації, існує чимало проблем адміністративно-правового забезпечення цього права. Зазначені міркування приводять до висновку про нагальну необхідність комплексного, всебічного дослідження питань адміністративно-правового забезпечення права на свободу слова.

Стан дослідження. У науковій літературі питання адміністративно-правового забезпечення права особи на свободу слова розглядався такими науковцями як: Боднар Ю., Калюжний Р.А., Тарадай С.М. та ряд інших.

Однак проблеми адміністративно-правового забезпечення права на свободу слова залишаються висвітлені не повною мірою, першочергово потребують детального дослідження питання протидії цензурі, контролю за дотриманням свободи слова, встановлення адміністративної відповідальності за порушення права на інформацію.

Метою статті є аналіз проблемних питань законодавства України і наукових поглядів щодо адміністративно-правового забезпечення права особи на свободу слова в Україні та окреслення шляхів їх вирішення.

Виклад основного матеріалу. На сьогодні можемо стверджувати, що на жаль поки що в нашій державі все ще трапляються випадки обмежень свободи слова, які перешкоджають зміцнен-

ню і розвитку інформаційної галузі, її інфраструктури, надання реальної підтримки діяльності журналістів та забезпечення особливих норм їх захисту.

Потребує подальшого удосконалення законодавчий механізм забезпечення свободи слова в Україні, протидії цензурі, забезпечення гарантованих Конституцією України літературної, художньої, наукової і технічної творчості та ідеологічної багатоманітності у суспільному житті. З огляду на гарантовані положеннями статей 15, 34 та 54 Конституції України права і свободи людини та громадянина, необхідно визначити відповідний механізм протидії цензурі не лише у функціонуванні друкованих та електронних засобів масової інформації, але й у видавничій справі, у сфері літературної, художньої, наукової і технічної творчості. В першу чергу варто зауважити, що чинне законодавство наразі досить вузько визначає зміст поняття «цензура», застосовуючи його переважно до сфери журналістської діяльності, тому необхідно не лише уточнити, а й деталізувати це поняття на законодавчому рівні, шляхом доповнення кола суб'єктів, відносно яких забороняється цензура, зокрема: керівником засобу масової інформації, суб'єктом інформаційної діяльності, суб'єктом видавничої справи, а також визначити механізм протидії цензурі не лише у сфері функціонування друкованих та електронних ЗМІ, але й у видавничій справі, у сфері літературної, художньої, наукової і технічної творчості.

Крім того, недостатньо чітко врегульовано в національному законодавстві питання контролю за дотриманням свободи слова в Україні. Відповідно до Паризьких принципів ООН щодо статусу національних інституцій захисту та сприяння правам людини 1990 року створення національних інституцій у галузі дотримання прав людини, держави мають створювати незалежні інституції, що сприяють дотриманню прав людини, а також здійснюють контроль (моніторинг) за їх дотриманням з боку різних державних структур та інституцій. Створення інститутів спеціалізованих (профільних) омбудсменів відповідно до практики, яка склалася у багатьох європейських країнах – із прав дитини, свободи слова, гендерної рівності, протидії катуванням тощо. Таке відме-

жування є дуже актуальним у зв'язку із порушення прав громадян, необхідністю залучення різних експертів, різними підходами до вирішення існуючих проблем. Практика зарубіжних країн показує, що крім розгляду скарг, омбудсмен або інформаційний уповноважений здійснює моніторинги щодо стану доступу до інформації в країні, видає рекомендації, займається навчанням та інформуванням державних службовців про їх обов'язок надавати суспільно важливу інформацію, інформує громадськість про порядок доступу до інформації, вносять рекомендації відносно вдосконалення законодавства в сфері доступу до інформації. Жодної з цих функцій не здійснюється уповноваженим з прав людини [1, с.120].

Як відомо Уповноважений Верховної Ради України з прав людини відповідно до ст.1 Закону України «Про уповноваженого Верховної Ради з прав людини» здійснює контроль за додержанням усіх конституційних прав людини і громадянина та захист прав кожного на території України і в межах її юрисдикції [2]. У контексті Закону України «Про доступ до публічної інформації» важливим є контроль уповноваженого за дотриманням права на свободу слова, передбаченого статтею 34 Конституції України. Будь-яка фізична особа може звернутися до уповноваженого в разі порушення цього права органами державної влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими або службовими особами. Уповноважений також здійснює контроль за додержанням права на інформацію за власною ініціативою та за зверненням народних депутатів України.

Зважаючи на зазначене, вбачається, що впроваджувати окремий інститут не потрібно, але в межах існуючого інституту омбудсмена слід створити посаду спеціального представника, який і буде займатися питаннями права на свободу слова. Адже компетенція омбудсмена повинна бути всеохоплюючою, а розпорошення сил, як правило послаблює функції, саме тому повинен існувати один єдиний уповноважений з прав людини на національному рівні. Разом з цим, варто сказати, що запровадження цього інституту в Україні є дуже складним й мало вірогідним, оскільки Конституція не передбачає можливість створення спеціалізованих

омбудсменів. Тому, щоб створити цей інститут необхідно внести зміни до Конституції України. Вважаю, що інститут інформаційного уповноваженого лише знаходиться на етапі свого становлення, тому вбачається за доцільне запровадити посаду представника Уповноваженого з прав людини який, буде займатися охороною та захистом права на свободу слова.

Варто зазначити, що органи державної влади України поки що не належним чином забезпечують реалізацію державної інформаційної політики, спрямованої на утвердження свободи слова, плюралізму і демократичних засад інформаційної діяльності, інформаційного суверенітету та інформаційної безпеки України, зміцнення і розвиток її інформаційної інфраструктури. Поряд з цим чиновники користуються недосконалістю законів, на свій розсуд часто необґрунтовано засекречують інформацію, встановлюючи обмеження її поширення під грифами «для службового користування» чи «не для друку» та ховають непопулярні рішення, інколи з ознаками корумпованості. Правове поле частково регулював Закон України «Про доступ до публічної інформації», однак, як свідчить практика його застосування, наразі він потребує вдосконалення, зокрема положення, які стосуються внесення плати за надання інформації, процедури інформування запитувача інформації про розмір плати за надання інформації (оскільки поряд з фактичними витратами на копіювання і друк існують ще й фактичні витрати на пересилання відповіді, що складає значну частку вартості такої послуги, а їх відшкодування цим законом не передбачено). Крім того, Закон України «Про доступ до публічної інформації» не враховує, що іншими законами встановлено спеціальні процедури доступу до інформації, яка зберігається в архівах, державних реєстрах, базах персональних даних тощо.

Загалом як можна побачити, реалізація права громадян на доступ до публічної інформації в Україні забезпечується недостатньо та зумовлена недоліками правового регулювання, зокрема сфери соціального управління, дій органів державної влади та самоврядування. Тому з метою ефективного забезпечення прав громадян на доступ до публічної інформації необхідно передбачити на законодавчому рівні пошук інформації як самостійного різно-

виду інформаційної діяльності. Водночас потребує подальшого розвитку і вдосконалення інформаційне законодавство як окрема галузь, що об'єднує у собі самостійні правові інститути. Тому й надалі актуальною залишається розробка та впровадження нових законодавчих актів, спрямованих на врегулювання статусу суб'єктів правовідносин у мережі Інтернет, а для цього необхідно ввести в дію Інформаційний кодекс України. В цьому кодексі необхідно визначити та уніфікувати загальні положення інформаційного законодавства, а також засади та норми регулювання інформаційних відносин у різних галузях суспільної діяльності. Це сприятиме побудові в Україні розвинутого інформаційного суспільства як органічного сегменту глобального інформаційного співтовариства, забезпеченню реалізації конституційних прав на свободу слова та вільний доступ до інформації, що становить суспільний інтерес, а також до публічної інформації, розвитку національних інформаційних ресурсів та інфраструктури, впровадженню новітніх інформаційних технологій тощо. Вирішення цих питань дасть змогу забезпечити реальне здійснення передбаченого Конституцією України права людини на свободу слова.

Вважаю, що не потрібно приймати нові закони у сфері інформації, а варто систематизувати існуючі, визначаючи у них правові зв'язки, з метою подальшого їх кодифікування на рівні Інформаційного кодексу України. Цей кодифікований нормативний документ має об'єднати в одному законодавчому акті регулювання провідних суспільних відносин, об'єктом яких є інформація, незалежно від форми, способу, засобу чи технологій її прояву в суспільних відносинах. Серед провідних завдань кодифікування інформаційного законодавства визначення консенсусу у суспільних відносинах, узгодженості розуміння та застосування юридичних норм, правомірної поведінки учасників відносин в інформаційній сфері; забезпечення інформаційного суверенітету, незалежності України у міжнародних відносинах; забезпечення інформаційної безпеки громадян, їх окремих спільнот, суспільства та держави як складових національної безпеки України; визначення правомірної поведінки учасників інформаційних відносин в Україні; за-

хист інформації від несанкціонованого доступу, правопорушень (знищення, модифікації, перекручування тощо) [3].

Інформаційний кодекс має розроблятися з урахуванням європейських стандартів та розвитку інформаційних відносин в Україні. Тому розробка та введення його в дію сприятиме побудові розвинутого інформаційного суспільства нашої держави як органічного сегменту глобального інформаційного співтовариства, забезпеченню реалізації права на свободу слова та вільний доступ до публічної інформації, розвитку національних інформаційних ресурсів та інфраструктури, впровадженню новітніх інформаційних технологій.

У контексті розгляду проблем адміністративно-правового забезпечення права особи на свободу слова в Україні окремої уваги потребує питання встановлення адміністративної відповідальності за порушення права на інформацію. Як відомо статтею 212-3 КУпАП [4] передбачена відповідальність за неправомірну відмову в наданні інформації, надання інформації, що не відповідає дійсності, у випадках, коли така інформація підлягає наданню на запит громадянина чи юридичної особи відповідно до Законів України «Про інформацію», «Про доступ до публічної інформації», «Про звернення громадян», «Про доступ до судових рішень» та «Про засади запобігання та протидії корупції». На мою думку, порушення права на інформацію, передбачене цією статтею виявляється лише як збирання, а використання, поширення та зберігання в ній не відображені, а отже не відповідає ч.2 ст.34 Конституції України і Закону України «Про інформацію». Тому з метою забезпечення свободи слова та інформаційної діяльності, задоволення духовно-культурних, професійних та інших запитів громадян необхідно внести зміни до статті 212-3 КупАП. Поряд з цим, вважаю, що за не оприлюднення інформації, обов'язкове оприлюднення якої передбачено Законами України «Про доступ до публічної інформації» та «Про засади запобігання та протидії корупції» та за порушення порядку такого оприлюднення, а також за необґрунтоване віднесення інформації до інформації з обмеженим доступом, ненадання відповіді на запит на інформацію, ненадання інформації, надання недостовірної інформації, незаконну

відмову у прийнятті та розгляді звернення необхідно передбачити адміністративну відповідальність та внести відповідні зміни до статті 212-3 КупАП «Порушення права на інформацію».

В.К. Шурупова досліджуючи питання міри покарання за порушення доступу до інформації у сфері безпеки утворення відходів та поводження з ними, слушно зауважує, що потрібен зважений, диференційований підхід до визначення розмірів штрафів за правопорушення щодо приховування, перекручування або відмови від надання повної та достовірної інформації за запитом посадових осіб і зверненнями громадян та їх об'єднань щодо безпеки утворення відходів та поводження з ними [5, с.179]. За порушення у сфері доступу до інформації необхідне також співрозмірне та об'єктивне вчиненому правопорушенню покарання.

Актуальною наразі є також і проблема моральності свободи слова, відповідальності за сказане. Існує протиріччя між професійним обов'язком журналіста донести інформацію до суспільства і «не нашкодити». Рівень внутрішніх обмежень часто залежить не лише від моральних критеріїв журналіста, а й від певних суспільних особливостей і традицій, які визначають межу між суспільно важливим і особистим, стану демократичної політичної культури у суспільстві. Часто ЗМІ стають для власників інформаційною «парасолькою» у боротьбі за виживання чи преференції, і навіть сама тема свободи слова перетворюється на знаряддя такого протистояння [6, с.199].

А. Потапова [7, с.106-109], зауважуючи, що свобода слова й преси має чимало тінювих сторін, виділяє, передовсім, такі два аспекти проблем свободи слова: 1) політичний (тут є два основних суб'єкти: по-перше, політик, який заздалегідь упевнений в тому, що в пресі правильно інтерпретуються його найкращі наміри, а по-друге, - журналіст, який вважає, що його професійне право на цю інтерпретацію постійно обмежується; внаслідок цієї упередженості, свобода слова й преси нерідко заражається негативом, озлобленням, пошуком компроматів); 2) моральний, або виховний (ідеться про виховну роль вільного слова, яке, однак, може бути й носієм руйнівної сили, негативно впливати на людину, стати отрутою для моралі держави та народу, тому ця свобода

має бути обміркованою, раціональною, повинна означати безумовну порядність; сьогодні ж поняття свободи слова і порядності збігаються далеко не завжди).

Таким чином, розглядаючи моральний аспект проблеми свободи слова ключовими виступають такі поняття як: відповідальність, обов'язок, самоконтроль, а співвідношення свободи і відповідальності журналіста розглядається як визначальне. Акцент тут робиться на тому, що «журналіст як громадський діяч підлягає, крім юридичної відповідальності, також моральній перед усім громадянством» [7, с.190]. Моральна відповідальність журналіста — це, насамперед, його відповідальність перед самим собою, власною совістю. Загалом моральний бік свободи слова має вирішальне значення, у зв'язку з тим, що нехтування моральними принципами журналіста, його безвідповідальність призводять, як правило, до зловживань цією свободою, а це власне, й є одним із різновидів несвободи — запереченням, знищення свободи. Вважається, що саме з проблем свободи починається етика як теорія моральної діяльності. «Суто моральна проблематика свободи починається саме там, де йдеться про вибір особистістю тих або інших намірів, цінностей, цілей, варіантів поведінки, - коротше кажучи, про вибір усіх тих виявлень людської волі, відносно яких потім і виникає питання про свободу чи несвободу їхньої реалізації» [8, с.218].

За цих умов на основі порівняльного аналізу законодавства демократичних держав, можна стверджувати, що перевага раціональної моделі масових комунікацій, розрахованої на переконання людей за допомогою інформування та аргументації, побудованій згідно із законами логіки відповідає сформованому у цих країнах типу менталітету і політичної культури людей. Вона пропонує змагальність різних ЗМІ в боротьбі за увагу і довіру аудиторії. У більшості держав ЄС законом заборонено використання ЗМІ для розпалювання расової, національної, класової та релігійної ненависті і ворожнечі, проте в них різні політичні сили для пропаганди своїх ідей і цінностей широко застосовують методи переважно емоційного впливу, що особливо проявляється в періоди виборчих кампаній і нерідко може затьмарити раціональні доводи та

аргументи. Незважаючи на важливість емоційного впливу, все ж таки головний вплив на політику ЗМІ здійснюють через інформаційний процес. Основними етапами якого є одержання, відбір, коментування відомостей. Від того, яку інформацію, в якій формі і з якими коментарями отримують суб'єкти політики, багато в чому залежить їх подальші дії. Вони не тільки відбирають відомості, які поставляють інформаційні агентства, але і самі видобувають і оформляють їх, а також виступають їх коментаторами і поширювачами. Потік інформації в сучасному світі настільки різноманітний і суперечливий, що самостійно розібратися в ньому не в змозі ні окрема людина, ні навіть група фахівців. Тому відбір найбільш важливої інформації та її подання у найбільш доступній масовій аудиторії формі і коментування — важливе завдання всієї системи ЗМІ. Інформованість громадян, прямо залежить від того, як, з якими цілями і за якими критеріями відбирається інформація, настільки глибоко вона відображає реальні факти після її редагування, здійснених газетами, радіо, телебаченням, а також від способу і форм подання інформації.

Висновки. Як результат проведеного дослідження можна стверджувати, що одним із напрямів оптимізації адміністративно-правового забезпечення права на свободу слова в Україні можна визначити як напрям цілепокладання. Визначення на рівні державної політики мети, завдань та напрямів адміністративно-правового забезпечення права кожного на свободу слова дозволило б надати діяльності органів держави, на яких покладено відповідно функції, більшої змістовності та цілеспрямованості. Наразі, незважаючи на велику кількість різноманітних зустрічей представників органів державної влади з представниками різних засобів масової інформації, мета їх проведення знаходиться скоріше на комунікативно-ситуативному рівні, а не на рівні вирішення конкретних цілей та завдань. Водночас зважаючи на складність та неоднозначність проблем, які пов'язані із правом кожного на свободу слова, визначенню таких цілей, завдань та напрямів має передувати кропітка підготовча робота. Для того, щоб надати їй максимально правового характеру потрібно провести парламентські слухання, присвячені додержанню права людини на свобо-

ду слова в Україні. Це дозволило б не просто провести публічне обговорення певних бажаних змін, а й отримати сконцентровану у стислій правовій формі думку експертів, якими є голови профільних комітетів Верховної Ради України, провідних науковців, представників правозахисних організацій тощо. Рекомендації таких парламентських слухань можуть включати до себе пункт, пов'язаний із розробкою концепції державної політики у сфері свободи слова, на рівні якої, можуть бути визначені цілі, завдання та функції діяльності держави.

Інший напрям оптимізації адміністративно-правового забезпечення права кожного на свободу слова в Україні пов'язаний з удосконаленням сфери юридичної відповідальності за порушення законодавства, яким регулюються відносини, що виникають у процесі правового забезпечення та реалізації права на свободу слова. Адміністративна відповідальність за порушення права на свободу слова як один із видів юридичної відповідальності має надзвичайно велике значення, оскільки саме за допомогою заходів адміністративної відповідальності держава може оперативно впливати на розвиток певних негативних тенденцій у суспільстві, попереджуючи більш тяжкі порушення норм закону у сфері забезпечення та реалізації права на свободу слова.

Отже, здійснюючи реформи щодо подальшого вдосконалення, систематизації і адаптації чинного національного законодавства до європейських нормативно-правових актів діяльності друкованих ЗМІ тощо, Україна не повинна вдаватися до сліпого та неадаптованого до національних реалій копіювання досвіду країн-членів ЄС, хоча безперечно доцільність його врахування і узагальнення будуть сприяти удосконаленню адміністративно-правового забезпечення права на свободу слова.

1. Тарадай С.М. *Адміністративні процедури забезпечення права громадян на доступ до публічної інформації: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07 / С.М. Тарадай. - Київ, 2012. - 217с.*
2. *Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини: Закон України від 23.12.1997 №776/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. - 1998. - №20. - Ст. 99.*
3. *Калюжний Р.А. Питання концепції реформування інформаційного законодавства України / Р.А. Калюжний, В.Д. Гавлонський, В.С. Цим-*

балюк, В.М. Гуцалюк. URL [http:// www.crime-rsearch.ru/library/Rost.htm](http://www.crime-rsearch.ru/library/Rost.htm).

4. Кодекс України про адміністративні правопорушення. Кодекс України; Закон, Кодекс від 07.12.1984 №8073-Х. URL <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10>
5. Шурупова К.В. Порушення доступу до інформації у сфері безпеки утворення відходів та поводження з ними / К.В. Шурупова // Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України. – 2013. – Вип. 32. – С.174-182. URL http://nbuv.gov.ua/UJRN/arvchzu_2013_32_21.
6. Боднар Ю. Свобода слова: історичний аспект і розуміння в контексті формування сучасної демократичної політичної культури / Ю. Боднар // Освіта регіону. Політологія, психологія, комунікації. - Київ, 2011. - №4. - С.199-202.
7. Бочковський О.І. Українська журналістика на тлі доби (історія, демократичний досвід, нові завдання) / За ред. Костєва й Г. Комаринського. - Мюнхен, 1993. - 204 с.
8. Малахов В.А. Етика: курс лекцій: Навч. Посіб. - К.: Либідь, 1996. 304 с.

Збирак Т.В. Проблеми адміністративно-правового забезпечення права особи на свободу слова в Україні та шляхи їх вирішення

Стаття присвячена дослідженню проблемних питань адміністративно-правового регулювання забезпечення права особи на свободу слова в Україні. На основі проведеного дослідження запропоновано ряд рекомендацій, спрямованих на вдосконалення адміністративно-правового регулювання забезпечення права на свободу слова.

Ключові слова: право на свободу слова, право на вільне вираження думки, інформаційна політика держави, адміністративно-правове забезпечення.

Збирак Т.В. Проблемы административно-правового обеспечения права человека на свободу слова в Украине и пути их решения

Статья посвящена исследованию проблемных вопросов административно-правового регулирования обеспечения права человека на свободу слова в Украине. На основе проведенного исследования предложен ряд рекомендаций, направленных на совершенствование административно-правового регулирования обеспечения права на свободу слова.

Ключевые слова: право на свободу слова, право на свободное выражение мнения, информационная политика государства, административно-правовое обеспечение.

Zbyrak T. V. Problems of administrative and legal provision of the right of a person to freedom of speech in Ukraine and ways of their solution

The article analyzes the problematic issues of the administrative and legal provision of the right to freedom of speech, to counter censorship, to implement the

state information policy, to establish control over the observance of freedom of speech and to establish administrative responsibility, the problem of morality of freedom of speech, and responsibility for the said.

On the basis of the analysis of legislation and scientific views, the author needs to adopt the Information Code of Ukraine, which will promote the construction of a developed information society, ensuring the right to freedom of speech and free access to public information, development of national information resources.

The author believes that in order to ensure freedom of speech and information, satisfaction of spiritual, cultural, professional and other requests of citizens, it is necessary to amend Articles 212-3 of the KUPAP, for the non-disclosure of information, mandatory disclosure of which is provided by the Laws of Ukraine «On access to public information «and» On the Principles of Prevention and Counteraction of Corruption «and for violation of the procedure for such disclosure, as well as for the unjustified classification of information to restricted information, failure to provide an answer to a request for information tion, providing information, providing false information, illegal refusal taken and consideration of applications.

Keywords: the right to freedom of speech, the right to free expression of opinion, information policy of the state, administrative and legal support.

Зозуляк О.І.

ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ СИСТЕМИ НЕПІДПРИЄМНИЦЬКИХ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ

УДК 347.195

Зростання участі непідприємницьких юридичних осіб у цивільних правовідносинах обумовлює необхідність належного врегулювання їх цивільно-правового статусу в цілому та конкретної непідприємницької організації зокрема. Вирішення зазначеного завдання неможливе поза межами доктринальних напрацювань щодо їх систематизації за певними правовими критеріями. Тут одразу варто зауважити, що тих кількох статей, якими окреслюється система непідприємницьких товариств на рівні ЦК України навряд чи достатньо для твердження про те, що в Кодексі закладено послідовний підхід до визначення системи непідприємницьких юридичних осіб. Більше того, доводиться констатувати відсутність системного підходу до врегулювання юридичних осіб в цілому, що не слід сприймати у відриві від проблемних питань систематизації непідприємницьких структур зі статусом юридич-

ної особи. Крім того, на сьогодні розвиток національного законодавства у сфері регламентації найрізноманітніших юридичних осіб від політичних партій та релігійних організацій до об'єднань організацій роботодавців та товариств споживчої кооперації розвивається вкрай непослідовно і вести мову про системність в окресленій сфері відносин, на жаль, не доводиться.

Непідприємницькі юридичні особи як системне явище були предметом досліджень багатьох фахівців у сфері цивільного та господарського права, зокрема: С. С. Алексєєва, О. А. Беляневич, В. І. Борисової, С. М. Братуся, О. М. Вінник, В. П. Грибанова, І.П. Грешникова, А. С. Довгерта, Н. В. Козлової, В. В. Кочина, В.М. Кравчука, Н. С. Кузнецової, А. Я. Курбатова, Д. С. Лещенка, В. В. Луця, Р. А. Майданика, В. К. Мамутова, О. О. Первомайського, О. А. Пушкіна, О. О. Серової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, Є.О. Суханова, Ю. К. Толстого, Б. Б. Черепакіна, Я. М. Шевченко, В. С. Щербини, В. Ф. Яковлева та інших. Водночас постійні динамічні процеси, що мають місце в Україні, поява нових видів та організаційно-правових форм непідприємницьких організацій зі статусом юридичної особи, вимагають комплексного перегляду сучасної доктрини, чинного законодавства України і практики його застосування з метою приведення механізму правової регламентації системи непідприємницьких юридичних осіб у відповідність до сучасних суспільних запитів.

Метою цієї статті є дослідження системи непідприємницьких юридичних осіб та їх місця серед юридичних осіб в цілому.

На думку Н. М. Оніщенко, система – це упорядкована сукупність елементів, взаємопов'язаних і взаємодіючих один з одним, яка має відносну самостійність і органічну єдність, характеризується внутрішньою цілісністю і автономністю функціонування» [7, с. 63]. Подібний підхід щодо поняття «система» висловлює Л. А. Луць, зазначаючи, що це цілісна сукупність (комплекс) закономірно розташованих та взаємопов'язаних і взаємодіючих елементів. До основних ознак системи, як правило, відносяться: комплексність (сукупність) елементів; впорядкованість та подільність елементів; наявність зв'язків між ними; наявність цілісних властивостей [4, с. 48]. Враховуючи наведені підходи щодо по-

няття та ознак системи, В. П. Шаганенко використовує їх з метою характеристики ознак системи права. Дослідник зауважує, що основним матеріалом щодо побудови системи права є її первинні елементи, зокрема, норми права, які знаходяться у постійному взаємозв'язку. Будь-які норми права покликані регулювати суспільні відносини. Проте, відносини у суспільстві знаходяться у постійній динаміці та взаємозв'язку. Отже, норми права безперервно взаємодіють, створюють галузі та інститути. Внаслідок цієї взаємодії, з одного боку, збільшується обсяг правового регулювання, з іншого боку, створюються загальні принципи та способи регулювання окремих груп суспільних відносин. З'являється процес диференціації норм права за галузями та інститутами [9, с. 36-40]. З наведеним підходом щодо ознак системи права погоджуємось та вважаємо, що у такому ключі варто рухатись і при дослідженні інших правових явищ, у тому числі цивільно-правових.

У наукових розробках І. В. Венедиктової, що пов'язані із дослідженням системи охоронюваних законних інтересів у приватному праві, остання визначається як відмежувальна множинність взаємодіючих елементів, для якої важливою є взаємодія щодо ознак, які повторюються. Дослідниця наводить ряд ознак, що притаманні системі, які зводяться до таких: цілісність; єдність; структурованість; ієрархічність; стабільність; ефективність; диференційованість [2, с. 168-169]. Очевидно, що таке розуміння ознак системи є прийнятним і при дослідженні системи юридичних осіб в цілому та непідприємницьких зокрема. З урахуванням наведеного, вважаємо, що система юридичних осіб повинна складатись із сукупності елементів – конкретних юридичних осіб, що мають своє місце у цій системі, є впорядкованими та перебувають між собою у взаємозв'язку. Важливою ознакою системи юридичних осіб повинен бути стабільний і, водночас, динамічний характер. Вважаємо за необхідне дати власне визначення поняття «система юридичних осіб» – як об'єктивно існуючої будови юридичних осіб, у межах якої відбувається забезпечення функціонування різних юридичних осіб, що обумовлено метою та завданнями, які стоять перед ними.

Проблематика функціонування непідприємницьких юридичних осіб обумовлена тим, що з однієї сторони вони є елементом загальної системи юридичних осіб, а з іншої – мають власну внутрішню будову (сукупність елементів), що дозволяє сприймати їх як системоутворююче явище. У першій іпостасі непідприємницькі юридичні особи виступають елементом системи, у другій – самою системою. Внутрішня система непідприємницьких юридичних осіб повинна бути зрозумілою та логічною, адже незрозумілість внутрішньої системи непідприємницьких юридичних осіб тягне за собою незрозумілість системи юридичних осіб у цілому.

Питання систематизації пов'язані з необхідністю визначення критеріїв для поділу правових категорій на певні класифікаційні групи. У юридичній літературі класифікація будь-якого поняття передбачає його розподіл, який, на думку М. І. Брагінського та В. В. Вітряньського, може здійснюватися двома способами. Перший спосіб – це дихотомія, або інакше «поділ навпіл». З її допомогою, використовуючи послідовно один визначений критерій, ділять поняття на дві групи, з яких одну характеризує наявність цієї підстави, а іншу її відсутність. При другому способі, за допомогою визначених підстав створюється необмежена кількість груп. У кожній з них вказані підстави відповідним чином індивідуалізуються [1, с. 383]. Як слушно зауважує І. Р. Калаур, у цивільно-правовій доктрині запропоновано два шляхи вирішення питання щодо обрання критеріїв при диференціації тих чи інших правових явищ. Перший із них зводиться до пошуку одного критерію диференціації, який можна було б застосовувати на всіх етапах поділу. Другий – передбачає застосування на кожному етапі поділу самостійного критерію диференціації [3, с. 68-70]. Як з позиції доктрини, так і правозастосовчої практики, більшою мірою має місце у застосуванні дихотомічний поділ певних правових явищ, адже його використання дозволило в різних інститутах цивільного права (передусім договірному) побудувати фундаментальні класифікаційні критерії поділу тих чи інших цивільно-правових явищ. Хоча, слід вказати, що застосовується також класифікація, відповідно до якої за допомогою визначених критеріїв ство-

рюється необмежена кількість груп. Водночас, який би підхід у класифікації не використовувався, важливо, щоб при його застосуванні була змога вийти на логічне розуміння системи тих чи інших правових категорій.

При найрізноманітніших законодавчих та доктринальних підходах до систематизації юридичних осіб, науковці завжди виділяли групу юридичних осіб, що діють з непідприємницькою метою. Дослідження групи непідприємницьких юридичних осіб у рамках єдиної системи дозволяє розглядати їх не як різнорідну сукупність окремих видів юридичних осіб, котрі не мають зв'язків між собою, а як відповідну сукупність, що містить в своїй основі єдність та взаємозв'язок. Як вбачається, основна проблема, що стоїть перед законодавцем у частині вдосконалення правового становища непідприємницьких юридичних осіб лежить в площині класифікації останніх та підбору відповідних критеріїв поділу. Аналіз наукових джерел різних історичних періодів кодифікації вітчизняного законодавства дозволяє стверджувати, що сучасна система непідприємницьких юридичних осіб є результатом еволюції їх видів та розширення напрямів (мети) діяльності останніх. Така система поєднує у собі ті непідприємницькі структури зі статусом юридичної особи, котрі мають багатовікову історію свого існування, та новітні, появу яких зумовлено сучасними реаліями розвитку цивільного обороту та найрізноманітнішими соціально-політичними та економічними чинниками.

Особливо гостро в частині систематизації непідприємницьких юридичних осіб стоїть проблема віднесення до певного виду цих суб'єктів права нових їх видів та організаційно-правових форм. Як слушно відзначає А. В. Меняєв, відсутність визначених критеріїв, «правил», на основі яких могло б вирішитись питання щодо доцільності введення тих чи інших організаційно-правових форм, послужило законодавчою основою для масового створення непідприємницьких організацій, що не мають формоутворюючих ознак. У цьому зв'язку, наголошує автор, непідприємницькі організації слід чітко класифікувати, що дозволить виділити юридично значимі та виключити зайві критерії розмежування організаційно-правових форм [4, с. 6].

Систему, як послідовне розташування певних складових, що входять у неї, слід будувати з узагальнення спільних рис, що характерні для певної сукупності правових явищ (у нашому випадку – непідприємницьких організацій) до виокремлення характеристик, що є індивідуалізуючими для тієї чи іншої непідприємницької юридичної особи. Очевидно, що для окреслення чіткого вектора розвитку законодавства про систему непідприємницьких юридичних осіб, слід дати відповідь на ключове питання з приводу того, які основні критерії слід закладати в основу системи непідприємницьких юридичних осіб, що й спробуємо з'ясувати далі.

Продовжуючи розвивати міркування щодо пошуку класифікаційних критеріїв при здійсненні систематизації непідприємницьких юридичних осіб, що були б затребуваними цивілістською, серед наведених нами важливе значення має критерій мети. Втім, його недостатньо для побудови єдиної ієрархічної системи непідприємницьких організацій. Саме тому є сенс звернутись до різноманітних цивільно-правових критеріїв класифікації юридичних осіб в цілому. Такими критеріями виступають, зокрема: склад засновників, форма власності, спосіб організації управління, умови відповідальності юридичної особи тощо. Кожен із наведених критеріїв втілений або на рівні ЦК України, або на рівні спеціальних законів, якими регламентовані засади правового становища тих чи інших непідприємницьких юридичних осіб. Водночас більшість із них є такими, що деталізують елементи системи юридичних осіб, проте не такими, що створюють її каркас.

На нашу думку, в частині систематизації непідприємницьких юридичних осіб варто використовувати ступеневу дихотомічну класифікацію, що останніми роками застосовується у праві договірному. Структурність ступеневої системи, як відзначає В. Г. Олюха, проявляється в тому, що «поділ договорів відбувається в системній класифікації від загального до особливого» [8, с. 176]. Як правильно відзначає І. Р. Калаур, групи договорів кожного наступного рівня є елементами підсистеми попереднього рівня систематизації договорів. Відтак, ключові ознаки окремого типу договорів притаманні договорам усіх його підтипів, які, водночас,

мають власні (видові) ознаки. Відповідно, конституційні ознаки окремо взятого підтипу властиві договорам усіх його підвидів [3, с. 68-70]. Ступенева система цивільно-правових договорів, продовжує автор, найбільш послідовно відповідає принципам моделювання сучасного правового регулювання договірних відносин у ЦК України, дає змогу виявити специфіку правової регламентації кожного окремо взятого із них і водночас виробити уніфіковані правові норми для однотипних відносин. З цього випливає, що зазначена систематизація опосередковує два протилежні процеси – уніфікацією та диференціацією правового матеріалу в спектрі регулювання договірних відносин. Перший процес спрямований на моделювання правил поведінки, які властиві всім договорам окремо взятої групи і підлягають застосуванню, якщо спеціальними правилами не передбачено інших можливих варіантів поведінки. Диференціація правових норм, як полярний процес, зумовлена неповторністю складу окремих договірних відносин, що втілюється в життя через відповідний поіменований договірний інститут [3, с. 68]. З урахуванням наведеного, в сучасній цивілістиці поширеною є класифікація договорів, яка передбачає їх об'єднання в певні групи – типи, види, підвиди. Кожна з цих груп, як відзначає Г. В. Озернюк, є елементом структури системи договорів, вони співвідносяться між собою як ціле та частина і відображають ієрархічність побудови вказаної системи [6, с. 95]

З огляду на наведені вище позиції дослідників щодо ступеневої системи, спробуємо застосувати останню до несприятливих юридичних осіб, використовуючи конструкцію «група», «підгрупа», «організаційно-правова форма», «вид», а також з урахуванням доцільності зміни класифікаційних критеріїв та рівнів щодо юридичних осіб у цілому. Зважаючи на це, критерієм першого рівня класифікації юридичних осіб виступає порядок створення. За наведеним критерієм усі юридичні особи поділяються на юридичні особи публічного та приватного права. Цей критерій отримав своє вираження у ст. 81 ЦК України. Далі вбачаємо потребу зміни класифікаційних рівнів та закріплення критерію устрою як критерію другого рівня класифікації. За цим класифікаційним критерієм усі юридичні особи слід поділити на юридичні особи

унітарного та корпоративного типу. Наведений критерій, на нашу думку, повинен витіснити конструкцію організаційно-правової форми юридичної особи на нижчий щабель. Критерієм третього рівня класифікації виступає критерій специфіки розподілу прибутку. За цим критерієм усі юридичні особи поділяються на підприємницькі та непідприємницькі. Даний критерій, вважаємо, повинен витіснити критерій поділу товариств на підприємницькі та непідприємницькі.

З наведеного випливає, що непідприємницька юридична особа знаходиться на третьому класифікаційному щаблі, адже вона може бути як юридичною особою публічного, так і приватного права, а за устроєм – юридичною особою унітарного типу чи юридичною особою корпоративного типу. Така роль непідприємницької юридичної особи у системі юридичних осіб у цілому.

Далі ж використаємо конструкцію «група», «підгрупа», «організаційно-правова-форма», «вид» з тим, щоб окреслити внутрішню структуру непідприємницьких юридичних осіб. Отже, як ми наводили вище, непідприємницькі юридичні особи виступають самостійною групою юридичних осіб. Окреслена група юридичних осіб поділяється на дві підгрупи: 1) непідприємницькі юридичні особи корпоративного типу; 2) непідприємницькі юридичні особи унітарного типу. При цьому, непідприємницькі юридичні особи корпоративного типу можуть діяти виключно як юридичні особи приватного права, а непідприємницькі юридичні особи унітарного типу можуть діяти і як юридичні особи приватного права, і як юридичні особи публічного права. У межах кожної із підгруп непідприємницьких юридичних осіб вбачаємо за доцільне виокремлювати кілька організаційно-правових форм. У рамках організаційно-правових форм кожної із підгруп виділяються конкретні види непідприємницьких юридичних осіб. У наведеному проявляється сутність обраного нами підходу щодо систематизації непідприємницьких юридичних осіб.

З урахуванням наведених основних, а також ряду додаткових критеріїв формується внутрішня система непідприємницьких юридичних осіб, яка повинна бути логічною, а також такою, яка б передбачала можливість для появи нових видів непідприємниць-

ких юридичних осіб. Серед додаткових критеріїв – це специфіка управління, форма власності, кількісні, вікові та інші вимоги щодо засновників, наявність чи відсутність майнового зв'язку між учасниками такої юридичної особи та самою юридичною особою, особливості відповідальності учасників за зобов'язаннями останньої. Саме ці критерії обумовлюватимуть особливості структури непідприємницьких юридичних осіб. Якщо основні критерії визначають місце непідприємницьких юридичних осіб у системі юридичних осіб загалом, то набір різних додаткових критеріїв формує внутрішню систему непідприємницьких юридичних осіб у рамках тієї чи іншої організаційно-правової форми. Власне, організаційно-правова форма непідприємницької юридичної особи дозволяє об'єднувати певні групи непідприємницьких організацій за сукупністю спільних рис, що їм притаманні.

Підсумовуючи наведене, вважаємо, що внутрішня система непідприємницьких юридичних осіб, може бути відображена наступним чином. Непідприємницькі юридичні особи є самостійною групою юридичних осіб. Підгрупою досліджуваних суб'єктів права виступають непідприємницькі юридичні особи унітарного типу та непідприємницькі юридичні особи корпоративного типу. У структурі кожної із підгруп функціонує кілька організаційно-правових форм, у межах яких виділяються конкретні види непідприємницьких юридичних осіб.

1. Брагинский М. И. *Договорное право. Книга первая: Общие положения [Текст] / Издание 2-е. / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский.* – М.: «Статут», 2003. – 761 с.
2. Венедиктова І. В. *Методологічні засади охоронюваних законом інтересів у приватному праві: монографія [Текст] / І. В. Венедиктова.* – Х.: Нове Слово, 2011. – 260 с.
3. Калаур І. Р. *Договірні зобов'язання з передання майна в користування: проблеми теорії та практики: Монографія [Текст] / І. Р. Калаур.* — Тернопіль: Підручники і посібники, 2014. – 480 с.
4. Луць Л. А. *Критерії системного аналізу – методологічні основи дослідження правової системи [Текст] / Л. А. Луць // Вісник Львівського університету. Серія юридична.* – 2001. – Випуск 36. – С. 48-51.
5. Меняев А. В. *Правовое положение и система некоммерческих организаций в российском гражданском праве [Текст]: автореф. дис.*

- на соискание учен. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Гражданское право, гражданский процесс, предпринимательское право, международное частное право» / А. В. Меняев. – Самара. – 2011. – 20 с.*
6. Озернюк Г. В. Система цивільно-правових договорів за законодавством України і зарубіжних країн [Текст] / Г. В. Озернюк // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція». – 2011. – Випуск 1. – С. 91–95.
 7. Оніщенко Н. М. Загальна характеристика правової системи як інтегруючої категорії юридичної науки [Текст] / Н. М. Оніщенко // Правова держава: Щорічник наукових праць Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – Вип. 2. – К.: Вид. Дім «Юридична книга», 2000. – С. 62-75.
 8. Олюха В. Г. Цивільно-правовий договір: поняття, функції та система [Текст]: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Віталій Георгійович Олюха; Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка – К., 2003. – 191 с.
 9. Шаганенко В. П. Система права: поняття, сутність і значення [Текст] / В. П. Шаганенко // Юридическое образование и наука. – 2013. – № 4. – С. 36 – 40.

Зозуляк О.І. Тенденції розвитку системи невідприємницьких юридичних осіб

Стаття присвячена теоретико-правовому аналізу питань, пов'язаних із проблематикою розробки системи «невідприємницьких юридичних осіб». У науковій праці аналізуються концепції провідних вчених України щодо сутності системи правових явищ в цілому та невідприємницьких юридичних осіб зокрема.

Робиться висновок з приводу того, що невідприємницькі юридичні особи виступають самостійною групою юридичних осіб, що поділяється на дві підгрупи: 1) невідприємницькі юридичні особи корпоративного типу; 2) невідприємницькі юридичні особи унітарного типу. У межах кожної із підгруп невідприємницьких юридичних осіб вбачаємо за доцільне виокремлювати кілька організаційно-правових форм, які вміщують у собі конкретні види невідприємницьких юридичних осіб.

Ключові слова: юридична особа, невідприємницька юридична особа, система невідприємницьких юридичних осіб.

Зозуляк О.И. Тенденции развития системы некоммерческих юридических лиц

Статья посвящена теоретико-правовому анализу вопросов, связанных с проблематикой разработки системы некоммерческих юридических лиц. В научной работе анализируются концепции ведущих ученых Украины относительно

сущности системы правовых явлений в целом и некоммерческих юридических лиц в частности.

Делается вывод по поводу того, что некоммерческие юридические лица выступают самостоятельной группой юридических лиц, которая делится на две подгруппы: 1) некоммерческие юридические лица корпоративного типа; 2) некоммерческие юридические лица унитарного типа. В рамках каждой из подгрупп некоммерческих юридических лиц видим целесообразным выделять несколько организационно-правовых форм, содержащих в себе конкретные виды некоммерческих юридических лиц.

Ключевые слова: юридическое лицо, некоммерческое юридическое лицо, система некоммерческих юридических лиц.

Zozuliak. O. I. Trends in the development of the system of non-entrepreneurial legal entities

The article is devoted to the theoretical and legal analysis of issues related to the range of problems connected with development of such legal model as ‘non-entrepreneurial legal entity’. In the scientific work the author makes an analysis of those concepts which are submitted by the leading Ukrainian scholars and concern the formation of civil-law terminology in general and that is applied to the non-entrepreneurial legal entities, in particular.

The author has concluded that it is expedient to apply the set of criteria during formation of the non-entrepreneurial legal entity. The article gives the definition of non-entrepreneurial legal entity in the narrow and broad meanings.

The author presents one’s own definition of the system of the non-entrepreneurial legal entity, as a legal entity of public or private law, whether of corporate or unitary type, which is specially established in the different areas of social life and endowed with a special legal capacity.

The non-entrepreneurial legal entity shall be entitled to carry out activities with a view to profit but it doesn’t distribute it among participants (members).

Keywords: legal entity, non-entrepreneurial legal entity, characteristics of a non-entrepreneurial legal entity.

Кіселичник В. П.

ПРИНЦИПИ ТРУДОВОГО ПРАВА ЗА ПРОЕКТОМ ТРУДОВОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

УДК 349.2

Постановка проблеми. Сучасні трудові відносини, хоч і є класичними відносинами найму робочої сили, все ж за багато десятиліть пройшли досить складну еволюцію, що супроводжувала постійною модернізацією та вдосконаленням форм та способів

залучення до праці. За останні роки, зокрема, суттєво змінилася уся сфера зайнятості, посилилися глобалізаційні процеси на ринку праці, знаряддя та засоби виробництва стали аж надто автоматизованими, стрімко зростає безробіття. Натомість, в Україні основний нормативно-правовий акт, що забезпечує регулювання трудових відносин — Кодекс законів про працю України від 10.12.1971 року, який навіть попри законодавчі зміни до нього вже не в стані забезпечити належний рівень захисту трудових прав як працівників, так і роботодавців. Тому, ухвалення нового законодавчого акту, який би містив сучасні ідеї та принципи регулювання трудових відносин залишається на порядку денному ось уже майже два десятиліття.

Однією з основних проблем Кодексу законів про працю України у поточній редакції є законодавча невизначеність щодо чіткого регламентування базових засад трудового права та окреслення політики держави у сфері використання праці в сучасних умовах розвитку продуктивних сил.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. До питання принципів трудового права в різний час зверталися у своїх працях такі науковці як П. Д. Пилипенко [1], Н. Б. Болотіна [2], В. П. Мельник [3], В. В. Жернаков [4] та інші. Однак, поза увагою сучасного наукового товариства все ж залишилися принципи трудового права, які пропонується закріпити в проекті Трудового кодексу України.

Метою статті є системний аналіз принципів трудового права, що знайшли своє відображення в проекті Трудового кодексу України, а також з'ясування їх сутності та значення для подальшого вдосконалення правового забезпечення трудових відносин в умовах вступу України до Європейського Союзу.

Виклад основного матеріалу. На сьогодні, до розгляду Верховної Ради України запропоновано проект Трудового кодексу України від 27.12.2014 року (далі – проект ТК України), який взятий за основу [5]. Автори цього проекту, С. І. Кубів та М. М. Папієв наголошують на тому, що новий кодекс втілює в собі приписи, які спрямовуються на адаптацію трудового законодавства нашої держави до Європейської соціальної хартії й інших міжнарод-

но-правових актів, таких як - Загальна декларація прав людини [6], Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права [7], конвенцій і рекомендацій Міжнародної організації праці.

У літературі, зокрема зазначається, що розроблення проекту ТК України відбувалося з урахуванням рекомендацій і пропозицій МОП, а також законодавства країн ЄС, щоб забезпечити гармонізацію законодавства України про працю з міжнародним законодавством. При цьому, були враховані вже встановлені соціальні стандарти у сфері праці, а також принципи забезпечення недискримінації працівників за ознаками статі, раси, політичних переконань та інших обставин, визначених у статті 24 Конституції України із забезпеченням підвищених умов захисту праці жінок і молоді та реальною забороною дитячої і примусової (обов'язкової) праці; забезпечення правових особливостей праці працівників у сфері малого бізнесу, кооперативів, а також окремих категорій працівників [8].

Відтак, автори проекту нового ТК України намагалися в його тексті зберегти не лише кращі надбання вітчизняного трудового законодавства, а й привести його у відповідність із світовими тенденціями розвитку трудового права, врахувати досвід іноземних держав у захисті прав та інтересів працівників, сформуванню актуальної моделі поведінки як працівника, так і роботодавця.

Проект ТК України містить дев'ять книг (368 статей), а також прикінцеві та перехідні положення. При цьому, основні принципи трудового права викладено у статті 2 Глави 1 Книги 1. Зокрема, законодавець систематизувавши перелік основних принципів в окремій статті, закріплює лише їхні назви, а зміст багатьох принципів мав би очевидно бути закріплений у нормах Трудового кодексу, у тих розділах, що формують відповідні інститути трудового права (трудоий договір, робочий час, оплата праці, тощо).

Отже, основними принципами правового регулювання трудових відносин проект ТК України називає: 1) свобода праці, що включає право на працю, яку кожен вільно обирає або на яку вільно погоджується; 2) заборона примусової та дитячої праці; 3) заборона дискримінації у сфері праці та забезпечення особам, які зазнали такої дискримінації, права на звернення до суду щодо

визнання факту дискримінації та її усунення, а також відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок дискримінації; 4) забезпечення повної і продуктивної зайнятості працівників та їх захисту від безробіття; 5) забезпечення права на рівну винагороду за працю рівної цінності; 6) забезпечення права кожного працівника на гідні умови праці, в тому числі на умови праці, що відповідають вимогам безпеки та гігієни, права на відпочинок, що включає обмеження робочого часу, надання щоденного відпочинку, вихідних, святкових днів, робота в яких не проводиться, оплачуваної щорічної трудової відпустки; 7) рівність прав і можливостей працівників, у тому числі гендерна рівність, шляхом забезпечення єдності та диференціації умов праці; 8) гарантування працівникам своєчасної та в повному обсязі виплати заробітної плати, мінімальної заробітної плати на рівні, необхідному для забезпечення достатнього життєвого рівня для себе і своєї сім'ї; 9) забезпечення права працівників на загальнообов'язкове державне соціальне страхування; 10) створення працівникам рівних можливостей для професійного зростання, підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації; 11) забезпечення захисту працівників від необґрунтованого звільнення; 12) гарантування державного захисту працівників від незаконного звільнення; 13) поєднання державного і договірної регулювання трудових відносин; 14) забезпечення права працівників і роботодавців на свободу об'єднання для представництва та захисту своїх прав та інтересів; 15) здійснення нагляду і контролю за дотриманням трудового законодавства [5].

Тобто, загалом п'ятнадцять принципів, на яких може базуватися правове регулювання трудових відносин в Україні. І, якщо порівняти їх кількість з уже прийнятими раніше кодексами – цивільними, кримінальними, господарськими тощо, то можна відзначити, що у проекті ТК України також принципів чи не найбільше. Однак, чи така їх кількість вплине позитивно на ефективність забезпечення прав та інтересів учасників трудових відносин спрогнозувати наразі важко.

Варто звернути увагу на те, що у статтях 3 та 4 проекту ТК України розкривається зміст двох принципів – заборони дискримінації у сфері праці та заборони примусової праці, а зміст інших

принципів залишився чомусь поза увагою авторів проекту ТК у його Загальних положеннях, що в подальшому може негативно відобразитися на їх реалізації.

Одним із перших принципів, закріплених у ст. 2 проекту ТК України є *принцип свободи праці, що включає право на працю, яку кожен вільно обирає або на яку вільно погоджується*. І тут, не важко зауважити, що в такий спосіб ст. 43 Конституції України проголошує право кожного на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується [8].

Фактично в проекті ТК України розставляються акценти щодо співвідношення права на працю та свободи праці. З цього приводу, в науці трудового права наголошується, що проблема співвідношення принципу свободи праці та права на працю виступає в якості однієї з відправних основ теорії трудового права. Вона фактично є ключовою. Таким чином, у трудовому праві свобода праці як принцип, перетворюється, в основному, в свободу трудового договору, яка припускає добровільний характер укладення цієї угоди. Свобода укладення трудового договору, як юридична категорія, передбачає, що його сторони не пов'язані обов'язком вступати в договірні відносини та самостійно визначають конкретні умови угоди про працю. З правової точки зору, свободу праці можна визначити, як свободу від примусу до праці, можливість особи без зовнішнього впливу вирішувати питання – займатися чи не займатися працею, а якщо займатися, то де і якою саме. Практично це означає, що людина наділена виключним правом самій розпоряджатися своїми здібностями до праці; людина може вільно обирати вид та форму діяльності (робота за трудовим договором, підприємницька діяльність, робота у власному господарстві та ін.) [5].

Відтак, можна зробити висновок про те, що принцип свободи праці, закріплений у проекті ТК України є основоположним серед принципів трудового права. І він, безпосередньо пов'язаний з наступним – *заборона примусової праці*.

Принципу заборони примусової праці надано особливої уваги в проекті ТК, адже в ст. 4 визначено зміст вказаного принци-

пу. Зокрема, забороняється застосування примусової праці, тобто праці, для якої особа не запропонувала добровільно своїх послуг і виконання якої вимагається від неї під погрозою покарання, застосування насильства тощо, у тому числі як засобу: політичного впливу чи виховання або як засобу покарання за наявність або висловлювання певних політичних поглядів чи ідеологічних переконань; підтримання трудової дисципліни; мобілізації працівників та використання праці для потреб економічного розвитку; дискримінації за ознаками раси, соціального чи національного походження чи віросповідання; покарання за участь у страйку.

Проект ТК України наголошує крім того, що не вважається примусовою працею: військова або альтернативна (невійськова) служба, якщо робота має суто військовий чи службовий характер; робота, яка виконується особою за вироком чи рішенням суду, за умови що така робота виконується під наглядом і контролем відповідного органу державної влади і що особа, яка її виконує, не може бути направлена в розпорядження приватної, юридичної та/або фізичної особи; робота, що виконується відповідно до законів України «Про правовий режим воєнного стану» та «Про правовий режим надзвичайного стану».

Таким чином, принципи свободи праці та заборони примусової праці є тісно взаємопов'язаними, що проявляється у їх спільній меті та завданнях — надати можливість людині самостійно розпоряджатися своїм невід'ємним та винятковим правом на працю.

Наступним не менш важливим принципом трудового права в сучасних умовах, що знайшов своє відображення в проекті ТК, є принцип заборони дискримінації у сфері праці та забезпечення особам, які зазнали такої дискримінації, права на звернення до суду щодо визнання факту дискримінації та її усунення, а також відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок дискримінації. Зміст цього принципу закріплено у ст. 3 проекту ТК, і він полягає в тому, що забороняється будь-яка дискримінація у сфері праці, зокрема порушення принципу рівності прав і можливостей, пряме або непряме обмеження прав працівників залежно від раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі,

сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, етнічного, соціального та іноземного походження, віку, стану здоров'я, вагітності, інвалідності, підозри чи наявності захворювання на ВІЛ/СНІД, сімейного та майнового стану, сімейних обов'язків, місця проживання, членства у професійній спілці чи іншому об'єднанні громадян, участі у страйку, звернення або наміру звернення до суду чи інших органів за захистом своїх прав або надання підтримки іншим працівникам у захисті їхніх прав, за мовними або іншими ознаками, не пов'язаними з характером роботи або умовами її виконання [5].

Поряд з цим, у статті 3 проекту ТК України зазначаються випадки, які не вважаються дискримінацією у сфері праці. Зокрема, йдеться про встановлені цим Кодексом та законами відмінності, винятки чи переваги, а також обмеження прав працівників, що залежать від властивих певному виду робіт вимог щодо віку, рівня освіти, стану здоров'я, статі тощо або обумовлені необхідністю посиленого соціального та правового захисту деяких категорій осіб. Законами і установчими документами господарських товариств (крім акціонерних), виробничих кооперативів, фермерських господарств, громадських об'єднань, релігійних організацій та заснованих релігійними організаціями юридичних осіб можуть встановлюватися переваги для їх засновників (учасників) і членів при наданні роботи, переведенні на іншу роботу та залишенні на роботі у разі вивільнення.

Варто зауважити, що у проекті також передбачено інструменти захисту працівників у випадку порушення принципу заборони дискримінації у сфері праці. Так, особи, які вважають, що вони зазнали дискримінації у сфері праці, мають право звернутися до суду із заявою про відновлення порушених прав, відшкодування матеріальної та моральної шкоди. Такі особи зобов'язані навести факти наявності дискримінації, а обов'язок доказування відсутності фактів дискримінації покладається на роботодавця.

Зміст принципу заборони дискримінації у сфері праці знаходить своє вираження й в інших нормах проекту ТК України, а саме: проголошується право працівників із сімейними обов'язками на захист від дискримінації та на узгодження за можливості

їхніх трудових обов'язків із сімейними; роботодавцю при доборі працівників забороняється висувати будь-які вимоги дискримінаційного характеру, в тому числі в рекламі про вакансії (прийом на роботу), а також вимагати від особи, яка шукає роботу, інформацію про її сімейний стан, особисте життя та іншу інформацію, не пов'язану з професійною діяльністю; вимоги до працівників встановлюються законодавством із дотриманням вимог щодо недопущення дискримінації у сфері праці; умови трудового договору вважаються недійсними, якщо вони мають дискримінаційний характер; і нарешті, забороняється будь-яке зниження розміру оплати праці за дискримінаційними ознаками.

Близьким до принципу заборони дискримінації у сфері праці вважається *принцип рівності у трудовому праві*. Як вказує, О. М. Ярошенко, при з'ясуванні поняття «дискримінація», неминуче виникає проблема закріплення критеріїв, що допомагають встановити, які переваги і привілеї порушують принцип рівності. І, у той же час, принцип рівності є вихідною точкою, основою для тлумачення заборони дискримінації [9].

Принцип рівності знаходить своє вираження у проекті ТК України шляхом проголошення: права на рівну винагороду за працю рівної цінності; рівності прав і можливостей працівників, у тому числі гендерна рівність, шляхом забезпечення єдності та диференціації умов праці; створення працівникам рівних можливостей для професійного зростання, підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації (ст. 2).

Принципом рівності пронизуються, також, основні права працівника, до числа яких можна віднести право на рівні можливості та рівне ставлення до нього при вирішенні питань щодо працевлаштування, винагороди за працю рівної цінності, професійного зростання або звільнення (ст. 20).

З огляду на усі ці обставини, напрашується висновок про те, що принцип рівності у трудовому праві є одним із універсальних принципів цієї галузі права. Це пояснюється тим, що він, по-перше, покликаний реалізувати гарантовані Конституцією України рівні права і свободи громадян, а також їх рівність перед законом, по-друге, його завданням є забезпечення у переважній більшості

в інститутах трудового права та їх нормах рівності працівників у сфері праці.

Ще одну групу принципів трудового права, що закріплені в проекті ТК України становлять принципи, які гарантуються державою для учасників трудових правовідносин. Зокрема, до таких принципів належать: *забезпечення повної і продуктивної зайнятості працівників та їх захисту від безробіття; забезпечення права працівників на загальнообов'язкове державне соціальне страхування; гарантування державного захисту працівників від незаконного звільнення; здійснення нагляду і контролю за дотриманням трудового законодавства.*

Для успішної реалізації вказаних принципів державою створюються не лише матеріальні та процедурні умови, а й організовується система уповноважених суб'єктів, діяльність яких з огляду на їх функціональне призначення, спрямовується на забезпечення основних прав працівників у сфері праці. Наприклад, для реалізації принципу повної і продуктивної зайнятості працівників держава проводить податкову, кредитно-грошову, інвестиційну, бюджетну, соціальну, зовнішньоекономічну та інноваційну політику з метою розширення сфери застосування праці, включає до системи регулювання ринку праці заходи щодо запровадження стимулювання вітчизняного виробництва до створення нових робочих місць у пріоритетних галузях економіки та сільській місцевості, створює умови для забезпечення підвищення конкурентоспроможності робочої сили та її мобільності, а також вживає низку інших заходів у цій сфері [10].

Також, у проекті ТК України, проголошуються деякі принципи трудового права, які на сьогодні є добре відомими галузевій науці, а їх необхідність законодавчої регламентації обґрунтовується тривалий час. Зокрема, автори підручника Трудове право України, за редакцією П. Д. Пилипенка, серед принципів, що визначають сутність і закономірності розвитку трудового права, називають: обмеження сфери правового регулювання відносинами найманої праці; оптимальне поєднання централізованого і локального правового регулювання; соціальне партнерство і до-

говірне встановлення умов праці; забезпечення єдності та диференціації правового регулювання та інші [11].

Відтак, у проекті ТК України знаходить своє відображення такі принципи трудового права як *поєднання державного і договірного регулювання трудових відносин та забезпечення права працівників і роботодавців на свободу об'єднання для представництва та захисту своїх прав та інтересів*.

За своєю сутністю ці принципи спрямовані на збалансування інтересів працівників та роботодавців, забезпечення ефективного використання праці, встановлення соціально-економічних, побутових та інших гарантій для працівників, а також запобігання виникненню розбіжностей (конфліктів) інтересів працівників з однієї сторони та роботодавця з іншої.

Нарешті, останню групу принципів трудового права, які знайшли своє закріплення у проекті ТК України формують принципи, що стосуються окремих інститутів трудового права. Це, передусім, принцип забезпечення права кожного працівника на гідні умови праці, в тому числі на умови праці, що відповідають вимогам безпеки та гігієни, права на відпочинок, що включає обмеження робочого часу, надання щоденного відпочинку, вихідних, святкових днів, робота в яких не проводиться, оплачуваної щорічної трудової відпустки. Ці принципи, як бачимо, стосуються інститутів охорони праці, робочого часу та часу відпочинку.

Водночас, принцип гарантування працівникам своєчасної та в повному обсязі виплати заробітної плати, мінімальної заробітної плати на рівні, необхідному для забезпечення достатнього життєвого рівня для себе і своєї сім'ї належить у трудовому праві до інституту оплати праці. А принцип забезпечення захисту працівників від необґрунтованого звільнення можна з упевненістю зарахувати як до інституту припинення трудового договору, так до інституту захисту прав працівників.

Висновки. Беручи до уваги усі зазначені вище аргументи можемо зробити висновки про те, що принципи трудового права, закріплені в проекті ТК України від 27.12.2014 року мають фундаментальне значення для розвитку трудового права як самостійної галузі права.

Більшість запропонованих принципів є апробовані часом та знайшли своє опосередковане закріплення в трудовому законодавстві України, однак їх системна регламентація посилює захист прав та інтересів працівників як учасників трудових правовідносин, а також створює низку гарантій для роботодавців в сучасних умовах розвитку продуктивних сил.

Тому, цілком закономірно, що легальне закріплення принципів трудового права у ТК України України, а також конкретизація їхнього змісту стосовно окремих інститутів цієї галузі повинне суттєво позначитись на подальшому зміцненні соціальних гарантій трудових прав найманих працівників в умовах глобалізації ринку праці.

1. Пилипенко П. Д. *Проблеми теорії трудового права* / П. Д. Пилипенко. – Львів: Вид. центр Львів. нац. ун-ту ім. І. Франка, 1999. – 214 с.
2. Болотіна Н. Б. *Трудове право України: підручник* / Нінель Борисівна Болотіна. — 4-те вид., стер. — К.: Вікар, 2006. — С. 96.
3. *Трудове право України [текст] підручник* / За загальною редакцією М.І. Іншина, В.Л. Костюка, В.П. Мельника. Вид. 2-ге, перероб. і доп. — Київ: Центр учбової літератури, 2016. — 472 с.
4. *Трудове право [Текст]: підручник* / [В. В. Жернаков, С. М. Прилипка, О. М. Ярошенко та ін.; за ред. В. В. Жернакова]. - Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Я. Мудрого». - Х.: Право, 2012. - 496 с.
5. *Проект Трудового кодексу України № 1658 від 27 грудня 2014 року* // Офіційний сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53221.
6. *Загальна декларація прав людини ООН від 10 грудня 1948 року* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_015.
7. *Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_042.
8. *Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 року* // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
9. *Ярошенко О. М. Зміст принципу рівності прав і можливостей працівників: теоретичний нарис* / О. М. Ярошенко // *Правове регулювання відносин у сфері праці і соціального забезпечення: проблеми і перспективи розвитку: тези доповідей і наук. повідомлень учасників VI*

Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 3-4 жовтня 2014 р.) / за ред. В. В. Жернакова. – Х.: Право, 2014. – С. 49-56.

10. *Про зайнятість населення: Закон України від 05.07.2012 року № 5067-VI. Відомості Верховної Ради України від 14.06.2013 — 2013 р., № 24, стор. 1284, стаття 243.*

11. *Пилипенко П. Д. Трудове право України: академічний курс : підручник для студ. юрид. спец. вузів / П. Д. Пилипенко, В. Я. Бурак, З. Я. Козак; [та ін.]; за ред.: П. Д. Пилипенко. – М. : Ін Юре, 2004. – 534 с.*

Киселичник В. П. Принципи трудового права за проектом Трудового кодексу України.

У науковій статті автор досліджує принципи трудового права, які знайшли своє закріплення у проекті Трудового кодексу України. Обґрунтовує те, що на їх формування впливає розвиток трудових відносин, який в сучасних умовах супроводжується постійною модернізацією та пристосуванням останніх до точних вимог ринку праці. Це пояснюється тим, що за останні роки набули суттєвого оновлення форми та види використання праці людини, змінилися знаряддя та засоби виготовлення суспільних благ, збільшився попит на автоматизацію виробництва, що аж ніяк не могло не позначитися на трудових відносинах.

Вказані зміни у трудових відносинах беззаперечно створюють потребу в переосмисленні існуючих та закріпленні нових принципів трудового права, що може бути реалізовано в проекті Трудового кодексу України. Крім цього, системний аналіз принципів трудового права, що пропонуються в проекті Трудового кодексу України, а також з'ясування їх змісту та значення в сучасних умовах розвитку трудових відносин дають змогу зробити висновки про їх актуальність та доцільність закріплення у трудовому законодавстві.

Ключові слова: принципи, трудовий кодекс, право на працю, свобода праці, основні приписи.

Киселичник В. П. Принципи трудового права по проекту Трудового кодекса Украины.

В научной статье автор исследует принципы трудового права, которые нашли свое закрепление в проекте Трудового кодекса Украины. Обосновывает то, что на их формирование влияет развитие трудовых отношений, которые в современных условиях сопровождаются постоянной модернизацией и приспособлением последних к текущим требованиям рынка труда. Это объясняется тем, что за последние годы приобрели существенного обновления формы и виды использования труда человека, изменились орудия и средства производства общественных благ, увеличился спрос на автоматизацию производства, что не могло не сказаться на трудовых отношениях.

Указанные изменения в трудовых отношениях бесспорно создают потребность в переосмыслении существующих и закреплении новых принципов трудового права, что может быть реализовано в проекте Трудового кодекса Украины. Кроме этого, системный анализ принципов трудового права, предлага-

емых в проекте Трудового кодекса Украины, а также выяснения их содержания и значения в современных условиях развития трудовых отношений позволяют сделать выводы об актуальность и целесообразность их закрепления в трудовом законодательстве.

Ключевые слова: принципы, трудовой кодекс, право на труд, свобода труда, основные предписания.

Kiselychnyk V.P. Principles of labor law under the draft Labor Code of Ukraine.

The article is devoted to the investigation of the principles of labor law, which have been enshrined in the draft Labor Code of Ukraine. The fact that their formation is influenced by the development of labor relations, which in modern conditions is accompanied by constant modernization and adaptation of the latter to the current requirements of the labor market is substantiated. This is explained by the fact that in recent years there has been a significant renewal of the forms and ways of using of human labor, the tools and means of making public goods have changed, the demand for automation of production has increased, which could not leave the labor relations unaffected.

The indicated changes in labor relations undoubtedly create the need for rethinking existing and enshrining new principles of labor law that can be implemented in the draft Labor Code of Ukraine. In addition, the systematic analysis of the principles of labor law proposed in the draft Labor Code of Ukraine, as well as the clarification of their content and significance in the current conditions of the development of labor relations, lead to the conclusions about their relevance and advisability of enshrinement in labor legislation.

Keywords: the principles, labor code, the right to work, freedom of work, basic requirements.

Мироненко І.В.

ІНДИВІДУАЛІЗАЦІЯ ЗЕМЕЛЬНИХ ДІЛЯНОК ЯК УМОВА ЇХ ЗАЛУЧЕННЯ ДО ЦИВІЛЬНОГО ОБОРОТУ

УДК 349.41

Актуальність теми. Об'єктом речово-правових відносин є індивідуально визначені речі, тобто такі об'єкти матеріального світу, які виділенні з-поміж інших подібних об'єктів. У сфері земельних відносин дане питання є актуальним оскільки, оскільки їх об'єктами можуть виступати як землі в межах території України, так і окремі земельні ділянки та права на них (ч. 2 ст. 2 ЗК України). Таким чином, постає питання, яким чином здійснюють-

ся індивідуалізація земель (земельних ділянок) як об'єктів речових прав.

Стан дослідження. Правові аспекти залучення земель (земельних ділянок) до цивільного обороту, зокрема співвідношення таких понять як „земля” („землі”) та „земельна ділянка” в літературі розглядалися неодноразово. Зокрема слід вказати дослідження з даного питання В.І. Семчика, А.М. Мірошніченка, М.В. Шульги, І.І. Каракаша, В.В. Носіка, П.Ф. Кулинич та інших науковців. Однак актуальність даного питання не зменшується, а постійні зміни законодавства та розвиток правової думки обумовлюють необхідність повернення до його розгляду.

Метою статті є розгляд теоретичних та практичних аспектів індивідуалізації земельних ділянок як умови їх залучення до цивільного обороту в якості об'єктів речово-правових відносин.

Основний виклад. З науково-теоретичної точки зору так звана „дискретність”, тобто якісна, а також фізична і/або облікова визначеність та відокремленість, є загальною і зовнішньо найбільш характерною ознакою для всіх об'єктів цивільних прав [1, с. 140-141]. На думку А.М. Мірошніченка, поняття „земельна ділянка” та „земля” співвідносяться як частина та ціле, оскільки земельна ділянка, маючи всі родові ознаки землі, має додаткову видову ознаку - установлені межі [2, с. 19-20]. Як відзначає П.Ф. Кулинич, у теорії земельного права обстоюється теза про те, що земля є загальним об'єктом земельних правовідносин, а безпосереднім об'єктом – земельна ділянка як індивідуально визначена частина земельної території країни [3, с. 215].

При цьому, виходячи з положень чинного законодавства, існує відмінність між об'єктами права приватної, з одного боку, та державної і комунальної – з іншого боку, власності на земельні ресурси, оскільки об'єктом права державної та комунальної власності, окрім сформованих у встановленому порядку земельних ділянок, є також цілі території (землі), які вузькому землевпорядному підходу до визначення земельних ділянок не відповідають, оскільки не мають чітко встановлених меж, кадастрових номерів, не зареєстровані в державному реєстрі земель [2, с. 122]. А.М. Мірошніченко пропонує розрізняти „вузьке” та більш широке

розуміння земельної ділянки як об'єкта правовідносин: у „вузькому” (землевпорядному) розумінні йдеться про як ділянку із чітко встановленими межами, присвоєним кадастровим номером тощо, а в „широкому” - про будь-яку частину земної поверхні, що може бути індивідуалізована; водночас підкреслюється, що земля як частина навколишнього середовища не може підпадати під визначення речі (а відповідно, майна), оскільки вона, не будучи індивідуалізованою, не може бути об'єктом цивільних прав та обов'язків [2, с. 28].

На нашу думку, вказана особливість об'єктів права державної та комунальної власності є скоріше проявом встановленого Конституцією України права держави та територіальних громад розпоряджатися природними ресурсами в межах відповідної території як матеріальним підґрунтям свого існування, ніж реалізацією положень цивілістичної науки про речові права та їх об'єкти. Зрештою, як відзначає з цього приводу В.О. Лапач, природні ресурси та їх відокремлені фрагменти як об'єкти прав уже достатньо давно стали предметом правового регулювання, проте далеко не завжди якісна визначеність відповідних правових понять достатня для того, щоб регулювання здійснювалось з належною ефективністю [1, с. 313].

Постає питання, яким чином здійснюється залучення земельної ділянки до цивільного обороту. В літературі відповідна процедура може позначатися різними термінами: індивідуалізація [4, с. 249-254], виокремлення [5, с. 101], відособлення [6, с. 12-13] та ін. Так, Ю.Є. Ходико веде мову про індивідуалізацію землі і виникнення її як юридичного об'єкта – земельної ділянки, що відбувається шляхом встановлення її розміру, розташування та реєстрації у державному земельному кадастрі [7, с. 58-59].

В чинному законодавстві процедура індивідуалізації (виокремлення, виділення) земельних ділянок з поміж масиву земель позначається терміном „формування земельної ділянки”. Відповідно до ч. 1 ст. 79-1 ЗК України, її зміст полягає у визначенні земельної ділянки як об'єкта цивільних прав і передбачає визначення її площі, меж та внесення інформації про неї до Державного земельного кадастру. За дефініцією П.Ф. Кулиничка,

формування земельної ділянки передбачає вчинення системи адміністративних та землевпорядних дій щодо юридичного відмежування на земній поверхні її певної частини межовими знаками, позначення її місця розташування та визначення змісту прав на таку частину земної поверхні (по суті, визначення правового режиму ділянки) [8, с. 9-10].

Виходячи з положень ч. 2 ст. 79-1 ЗК України, таке формування здійснюється у випадках: відведення земельних ділянок із земель державної та комунальної власності; поділу чи об'єднання раніше сформованих земельних ділянок; визначення меж земельних ділянок державної чи комунальної власності за проектами землеустрою щодо впорядкування територій населених пунктів. Формування земельних ділянок здійснюється за проектами землеустрою щодо відведення земельних ділянок або за технічною документацією із землеустрою (ч. 5-7 ст. 97-1 ЗК України).

Земельна ділянка вважається сформованою з моменту присвоєння їй кадастрового номера (ч. 4 ст. 79-1 ЗК України). Кадастровий номер земельної ділянки – це індивідуальна, що не повторюється на всій території України, послідовність цифр та знаків, яка присвоюється земельній ділянці під час її державної реєстрації і зберігається за нею протягом усього часу існування (ст. 1 Закону України „Про державний земельний кадастр”). Він є її ідентифікатором у Державному земельному кадастрі і скасовується лише у разі скасування державної реєстрації земельної ділянки; при цьому скасований кадастровий номер земельної ділянки не може бути присвоєний іншій земельній ділянці (ч. 2, 6, 7 ст. 16 Закону України „Про державний земельний кадастр”).

Невід'ємною складовою процедури формування земельної ділянки є її державна реєстрація у Державному земельному кадастрі (ч. 3 ст. 79-1, 202 ЗК України), яка передбачає внесення до Державного земельного кадастру передбачених відповідним законом відомостей про формування земельної ділянки та присвоєння їй кадастрового номера (ст. 1 Закону України „Про державний земельний кадастр”). Державна реєстрація земельної ділянки здійснюється при її формуванні шляхом відкриття Поземельної

книги на таку ділянку (ч. 1 ст. 24 Закону України „Про державний земельний кадастр”).

Поземельна книга є документом Державного земельного кадастру, який містить такі відомості про земельну ділянку: а) кадастровий номер; б) площа; в) місцезнаходження (адміністративно-територіальна одиниця); г) склад угідь; ґ) цільове призначення (категорія земель, вид використання земельної ділянки в межах певної категорії земель); д) нормативна грошова оцінка; е) відомості про обмеження у використанні земельної ділянки; є) відомості про межі частини земельної ділянки, на яку поширюється дія сервітуту, договору суборенди земельної ділянки; ж) кадастровий план земельної ділянки; з) дата державної реєстрації земельної ділянки; и) інформація про документацію із землеустрою, на підставі якої здійснена державна реєстрація земельної ділянки, а також внесені зміни до цих відомостей; і) інформація про власників (користувачів) земельної ділянки відповідно до даних про зареєстровані речові права у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно; ї) дані про бонітування ґрунтів (ч. 1 ст. 25 Закону України „Про державний земельний кадастр”).

Таким чином, на законодавчому рівні закріплено детальний вичерпний перелік ознак, що індивідуалізують земельну ділянку. В цілому вони відповідають концепції визначення земельної ділянки як „горизонтальної” просторової площини (частини земної поверхні) [2, с. 20; 3, с. 215-217], яке закріплене в статті 79 ЗК України та уточнене в ряді наукових робіт [9, с. 7; 10, с. 7; 11, с. 8].

Загалом можна відзначити, що чинне законодавство достатньо чітко регулює питання виділення земельної ділянки з-поміж загального масиву земель. Однак така ситуація була далеко не завжди, що і до сьогодні породжує суперечності в практиці правового регулювання. Зокрема виникає питання, чи можна вважати сформованими земельні ділянки, виділення яких відбулося до набуття чинності Законом України „Про Державний земельний кадастр” згідно законодавства, що діяло до цього часу.

На законодавчому рівні це питання врегульовано положенням абзацу 1 пункту 2 Перехідних положень Закону України „Про Державний земельний кадастр”: земельні ділянки, право власно-

сті (користування) на які виникло до 2004 року, вважаються сформованими незалежно від присвоєння їм кадастрового номера. Абзац 2 та 3 пункту 2, а також пункт 3 Перехідних положень Закону врегульовують питання присвоєння таким ділянкам кадастрового номера.

Однак ряд питань практичного характеру залишається: справа в тому, що положення раніше діючого законодавства з даного питання не лише суттєво відрізнялись від діючих, але вони і вже на той час створювали проблеми на практиці, оскільки не забезпечували належну індивідуалізацію тих частин земної поверхні, які визнавались земельними ділянками і залучались до цивільного обороту. Зокрема П.Ф. Кулинич відзначає, що подібний законодавчий підхід обумовив формування земельних ділянок, які не в повній мірі відповідають їх юридичним ознакам, зокрема, ознаці належної фіксованості меж ділянок; у зв'язку з цим пропонується введення в земельне законодавство поняття „потенційно спірна земельна ділянка” як особливий вид ділянок, щодо яких може виникнути потреба в уточненні меж та, відповідно, площі через неналежне визначення їх на місцевості та в землевпорядній документації [3, с. 218].

Так, що стосується радянського періоду, то А.М. Мірошніченко відзначає, що протягом тривалого часу право користування земельними ділянками підтверджувалося документами, що не передбачали обов'язкового складання плану земельної ділянки (записами у земельно-шнурових, реєстрових книгах тощо), а тому зараз особи, що мають право користування земельними ділянками, стикаються зі складнощами у застосуванні спрощеної процедури приватизації, тобто такої, що не потребує виготовлення проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки [2, с. 175].

Що ж стосується періоду після здобуття нашою державою незалежності, то П.Ф. Кулинич вказує, що законодавство України про формування земельних ділянок та оформлення прав на них не є стабільним, оскільки упродовж останніх 20 років реформування земельних відносин в Україні діяли три земельні кодекси, які передбачали різні процедури формування земельних ділянок та

оформлення прав на них. Відповідно змінювалися вимоги щодо якості, точності землепорядних робіт [8, с. 7-9].

Так, на початку 90-х рр. ХХ століття приймалися правові акти, які були спрямовані на швидку приватизацію земель, за якої передбачалася передача всіх земельних ділянок, що раніше були надані громадянам України у постійне користування, в їхню приватну власність „революційним шляхом” – без проведення відповідних землепорядних робіт [8, с. 7-8]. Від себе автор може відзначити практику видання в цей період громадянам правостановлюючих документів, зокрема Державних актів на право приватної власності на землю зразка 1992 року [12], в яких вказувалися достатньо загальні відомості про земельну ділянку: власник, розмір (в багатьох випадках – достатньо приблизний, з заокругленням до десятих), призначення та план зовнішніх меж земельної ділянки; оскільки при цьому не були зазначені кадастровий номер та адреса ділянки (вказувалася лише адміністративно-територіальна одиниця), то „розшукати” її, не знаючи місця знаходження, було проблематичним.

Також П.Ф. Кулинич відзначає, що не менш істотні недоліки якості виконуваних землепорядних робіт мали місце і під час масової кампанії щодо паювання сільськогосподарських земель та виділення земельних часток (паїв) в натурі (на місцевості), що відбувалося в прискореному порядку і без належної уваги контролю за якістю виконуваних землепорядними організаціями землепорядних робіт з виділення земельних часток (паїв) в натурі та оформленню прав власності на земельні ділянки, оскільки землепорядні організації досить часто виконували землепорядні роботи без виходу на місцевість та прив'язки поворотних точок меж ділянок до пунктів національної геодезичної мережі; нерідко формування земельних ділянок здійснювалося на основі застарілих картографічних і геодезичних обстежень (карт) [8, с. 8].

Не достатньо послідовним був законодавець і в питаннях індивідуалізації земельних ділянок уже після прийняття чинного Земельного кодексу України. Так, з прийняттям Закону України від 05.03.2009 року № 1066-VI було припинено дію положень частини 3 первинної редакції статті 125 ЗК України, які передбача-

ли, що приступати до використання земельної ділянки до встановлення її меж у природі (на місцевості), одержання документа, що посвідчує право на неї, та державної реєстрації забороняється. Зрозуміло, що це не сприяло впорядкуванню ситуації.

Таким чином, навіть після початку функціонування Державного земельного кадастру в Україні ще тривалий час існуватимуть земельні ділянки, сформовані без дотримання вимог щодо належної якості землевпорядних робіт [8, с. 9]. Виходячи з вказаного П.Ф. Кулинич пропонує земельні ділянки, які перебувають у власності та користуванні громадян і юридичних осіб поділяти на сформовані (ділянки з кадастровими номерами) та несформовані (ділянки без кадастрових номерів), а несформовані земельні ділянки – на повністю несформовані (ділянки, які не тільки не мають кадастрових номерів, а й надані у власність чи користування без проведення необхідних землевпорядних робіт) та неповністю сформовані (земельні ділянки, які надані у власність чи користування на підставі проектів землеустрою, але яким не присвоєні кадастрові номери) [8, с. 9]. Враховуючи, що 01.01.2010 року земельні ділянки без наявності кадастрових номерів не можуть бути предметом земельних правочинів, то власникам „недоформованих” земельних ділянок змушені будуть звернутися до відповідних органів влади з заявами про присвоєння їх ділянкам кадастрових номерів, а для присвоєння таким ділянкам кадастрових номерів необхідно буде проводити землевпорядні роботи щодо уточнення площі та меж земельних ділянок [3, с. 217].

Однак лише формування земельної ділянки, згідно діючого законодавства, недостатньо для її залучення до цивільного обороту, оскільки необхідним є ще і закріплення прав на неї. Так, відповідно до ч. 9 ст. 79-1 ЗК України, земельна ділянка може бути об'єктом цивільних прав виключно з моменту її формування (крім випадків суборенди, сервітуту щодо частин земельних ділянок) та державної реєстрації права власності на неї. На цей важливий момент звертається увага і в літературі: так, на думку І.І. Каракаша, закріплення прав на земельну ділянку є важливою її юридичною ознакою, критерієм відособлення земельної ділянки [6, с. 12-13]; В.І. Федорович вважає, що індивідуалізацію

земельної ділянки здійснюють за трьома основними ознаками: визначення меж, певне місце розташування, надання прав щодо земельної ділянки [4, с. 250-254].

Державна реєстрація речових прав на нерухоме майно передбачає собою офіційне визнання і підтвердження державою фактів виникнення, переходу або припинення прав на нерухоме майно, обтяження таких прав шляхом внесення відповідного запису до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно (ст. 2 Закону України „Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень” від 01.07.2004 року). В літературі державну реєстрацію прав на землю пропонується визначати як самотійну, відокремлену від функцій обліку та управління земельними ресурсами, діяльність суб’єктів реєстраційних правовідносин, спрямовану на легалізацію виникнення, зміни або припинення прав, обтяжень та обмежень щодо конкретно визначеної земельної ділянки [10, с. 7]. Таку реєстрацію, в свою чергу, слід розглядати в якості складової більш широкого поняття – „оформлення права на земельну ділянку”, яку К.О. Настечко розглядає як юридично визначену, вольову діяльність суб’єктів оформлення прав на земельні ділянки по видачі та отриманню юридично-значимих та правовстановлюючих документів на право власності, право користування та інші земельні права, які виникають із встановлення обтяжень або обмежень, їх державної реєстрації та нотаріального посвідчення у випадках, встановлених законом [9, с. 6].

Формування земельних ділянок та державна реєстрація прав на земельні ділянки, виходячи з аналізу положень Закону України „Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень” та Закону України „Про Державний земельний кадастр”, – це дві відносно самостійні процедури, які: регулюються різними актами законодавства; стосуються різних об’єктів реєстрації; передбачають державну реєстрацію відповідних об’єктів у двох відносно самостійних реєстрах (відповідно - Державному земельному кадастрі та Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно); здійснюються різними реєстраторами

Таким чином, якщо свого часу в літературі відзначалося, що в Україні об’єднано функції кадастру (обліку) та реєстрації прав

на землю [10, с. 10], то на сьогодні ці функції розділено. Розмежування цих двох систем реєстрації можна оцінювати по-різному; зокрема О.О. Піфко вважає доцільним функціонування реєстрації прав і кадастру як двох паралельних, незалежних один від одного інститутів, між якими повинен бути налагоджений постійний інформаційний взаємозв'язок, а також виведення функції реєстрації прав на землю з загальних функцій щодо ведення земельного кадастру і створення єдиної системи реєстрації прав на нерухоме майно, відокремленої від кадастрового та інвентарного обліку [10, с. 6-7]. На його думку, це відповідає практиці західних країн [10, с. 10].

В свою чергу, здійснення державної реєстрації прав на земельні ділянки також пов'язане з рядом суперечностей. Зокрема, на сьогодні ряд суб'єктів не має належним чином оформлених правостановлюючих документів на земельні ділянки [8, с. 7-8]; інше спірне питання полягає в тому, що окремі суб'єкти свого часу набули прав на земельні ділянки, які виникли відповідно до нечинного нині законодавства, а діючим законодавством не передбачені [2, 227-228; 9, с. 6]. Таким чином, крім „недоформованих” земельних ділянок існує також і таке явище як „неоформлені” права на землю; зокрема К.О. Настечко пропонує виокремлювати „тимчасово неоформлені з об'єктивних причин” та „неоформлювані” права на землю [9, с. 6]. Вказане також ускладнює забезпечення належної індивідуалізації земельних ділянок як об'єктів речово-правових відносин, оскільки перешкоджає державній реєстрації прав на них та створює колізії щодо забезпечення дотримання положень статті 79-1 Земельного кодексу України.

Висновки. Узагальнюючи викладене можна відзначити, що земельні ділянки стають об'єктами речових прав внаслідок їх індивідуалізації, тобто їх виділення з загального масиву земель. Згідно чинного законодавства, така індивідуалізація здійснюється в межах процедур формування земельної ділянки та державної реєстрації прав на неї. Дані процедури на сьогодні достатньо чітко та послідовно врегульовані, однак особливості положень раніше діючого законодавства обумовлюють участь в цивільному обороті земельних ділянок, які не відповідають діючим поло-

женням щодо їх індивідуалізації. Вказане створює суперечності в практиці правового регулювання, однак вони будуть усуватися по мірі „доформування” земельних ділянок та „дооформлення” прав на них.

Ключові слова: земельна ділянка, індивідуалізація земельної ділянки, формування земельної ділянки, державна реєстрація права власності на земельну ділянку.

1. Лапач В.А. Система объектов гражданских прав: теория и судебная практика. СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. 544 с.
2. Мірошніченко А.М. Земельне право України: підручник. 2-ге вид., допов. і перероб. К.: Алерта; ЦУП, 2011. 678 с.
3. Кулинич П.Ф. Земельна ділянка як об'єкт правових відносин: поняття, ознаки, види. Часопис Київського університету права. № 3. 2010. С. 215-218.
4. Федорович В.І. Земля як об'єкт земельних відносин. Вісник Львівського університету. Серія юридична. 2006. Вип. 43. С. 249-254.
5. Земельне право України: підручник / За ред. О.О. Погрібного та І.І. Каракаша. Вид. 2, перероб. і доп. К.: Істина, 2009. 600 с.
6. Каракаш І.І. Право собственности на землю и право землепользования в Украине: науч.-практ. пособие. К.: Істина, 2004. 215 с.
7. Ходико Ю.Є. Деякі питання іпотеки земельних ділянок. Вісник Національної академії прокуратури України. 2012. № 4. С. 58-62.
8. Кулинич П.Ф. Практичний посібник з питань формування (доформування) земельних ділянок та оформлення прав на них / Проект USAID АгроІнвест. К., 2013. 74 с.
9. Настечко К.О. Оформлення прав на земельні ділянки: правові та організаційні питання: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06 / НАН України, Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького. К., 2010. 20 с.
10. Піфко О.О. Реєстрація прав на землю у країнах Європи: порівняльний аналіз: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06 / Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. К., 2011. 20 с.
11. Дремлюга К.О. Підстави набуття прав на землю громадянами України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06 / Нац. ун-т біоресурсів і природокористування України. К., 2010. 21 с.
12. Про форми державних актів на право власності на землю і право постійного користування землею: Постанова Верховна Рада Укра-

їни від 13.03.1992 року. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 25. Ст. 356.

Мироненко І.В. Індивідуалізація земельних ділянок як умова їх залучення до цивільного обороту

В даній статті розглядаються питання індивідуалізації земельних ділянок як об'єктів речових прав. Така індивідуалізація здійснюється в межах процедур формування земельної ділянки та державної реєстрації права власності на неї. Особливості раніше діючого законодавства обумовлюють участь в цивільному обороті земельних ділянок, які не відповідають положенням чинного законодавства щодо їх індивідуалізації.

Ключові слова: земельна ділянка, індивідуалізація земельної ділянки, формування земельної ділянки, державна реєстрація права власності на земельну ділянку.

Мироненко И.В. Индивидуализация земельных участков как условие их привлечения к гражданскому обороту

В данной статье рассматриваются вопросы индивидуализации земельных участков как объектов вещных прав. Такая индивидуализация осуществляется в пределах процедур формирования земельного участка и государственной регистрации права собственности на него. Особенности ранее действующего законодательства обуславливают участие в гражданском обороте земельных участков, которые не отвечают требованиям действующего законодательства в части их индивидуализации.

Ключевые слова: земельный участок, индивидуализация земельного участка, формирование земельного участка, государственная регистрация права собственности на земельный участок.

Myronenko I.V. Individualization of land plots as a condition for their involvement in civilian turnover

In the given article there are considered questions concerning of individualization of lot lands. Object of legal relations are individualized objects of material peace, which selection among other similar objects. It causes actuality of question of individualization of lot lands. The individualization of lot lands is obligatory condition of acquisition legal mode of object of civil laws. Forming lot lands and state registration of rights on them is independent procedures, which are regulated by the different acts of legislation. Such individualization is secured by procedures of forming a lot land and state registration of right for own. This procedures were fully well-regulated by the active law now. But the legislation of previous time set the more simplified requirements concerning individualization of lot lands, which did not correspond of active law. So we have the contradictions in practice of the legal adjusting now, which will remove in the process of individualization of lot lands in obedience to the actual requirements.

Keywords: lot land, individualization of lot land, forming a lot land, state registration of right of own to the lot land.

ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРИНЦИПІВ ДОБРОСОВІСНОСТІ, РОЗУМНОСТІ ТА СПРАВЕДЛИВОСТІ В РИМСЬКОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

УДК 347.44(477)

На сучасному етапі розвитку права в цілому та цивільного права зокрема спостерігається тенденція до розгляду значної частини правових явищ через призму категорій моралі. Цивільне право розвивається у напрямку наближення позитивного законодавства до природно-правової ідеології. З огляду на назначене важливого значення при теоретико-правовому дослідженні будь-якого правового явища набувають правові принципи, що є ефективним засобом будь-якої правової системи виступають – прості, зрозумілі для сприйняття, чітко взаємопов'язані між собою – вони виступають теоретичною основою для законотворчої діяльності та правозастосування. В Цивільному кодексі України 2003 року [1] у ст. 3 серед загальних засад цивільного законодавства вперше на законодавчому рівні було закріплено принципи справедливості, справедливості і розумності як керівні ідеї цивільного права, згідно яких здійснюється цивільно-правове регулювання суспільних відносин, визначається характер поведінки учасників з точки зору необхідності сумлінного здійснення ними своїх цивільних прав і виконання цивільних обов'язків, шанування прав та інтересів інших осіб, моралі суспільства, турботи про власні права й інтереси, а також права та інтереси інших учасників з метою недопущення їх порушення, закріплення можливості адекватного захисту порушеного цивільного права або інтересу [2, с. 31].

Водночас, закріпивши вказані принципи цивільного права, розробники Цивільного кодексу України їх зміст не розкрили, тим самим залишивши це завдання для доктрини цивільного права та судової практики. З огляду на це та зважаючи на оціночний, абстрактний характер досліджуваних понять можна констатувати

різноманітність наукових поглядів щодо розуміння сутності та змісту добросовісності, справедливості та розумності як загальних засад цивільного судочинства. Відтак, важливого значення набуває історичний правовий досвід, що дає нам уявлення про те, який першочерговий зміст було закладено в те чи інше поняття або явище, і які етапи свого розвитку та вдосконалення вони пройшли.

Тому, цілком закономірним є звернення до римської правової традиції, адже в Древньому Римі культивувалися категорії вірності *сім'ї*, державі, договору, обов'язку, в основі яких лежали *fides* і *bona fides* (з лат. віра, вірність, довіра). Право, в уявленні римських юристів, повинно було забезпечувати духовний розвиток індивіда, а широке використання *bona fides* (доброї совісті) у своїй поведінці цьому сприяло.

Метою даної наукової статті є дослідження особливостей застосування оціночних категорій, а саме добросовісності, розумності та справедливості в римському приватному праві, проведення системного аналізу історії виникнення, розвитку, правової природи та місця принципів добросовісності, справедливості та розумності в системі римського приватного права.

Слід зазначити, що різні аспекти застосування принципів добросовісності, розумності та справедливості були неодноразово предметом наукових досліджень вітчизняних та зарубіжних вчених. Серед них М.М. Агарков, М.І. С.М. Бервено, Т. В. Боднар, Брагінський, М. Бартошек, М. Гаррідо, Д.В. Дождев, Н.С. Кузнєцова, В.В. Луць, Р.А. Майданик, Й.О. Покровський, Д.Г. Павленко та інші. Водночас, й сьогодні, незважаючи на численність науково-теоретичних дорібок з досліджуваних питань, вони не втратили актуальності, оскільки відносяться до оціночних категорій, несуть природно-правовий характер, свідчать про свободу вибору особи у своїй поведінці. З огляду на це, кожен вкладає у відповідні поняття своє власне розуміння та зміст, однак завдання науковців – узагальнити певні підходи, характеристики, особливості та тенденції в межах представлених явищ, тому дослідження категорій добросовісності, розумності й справедливості залишатиметься актуальним й надалі.

Сучасне цивільне законодавство України не дає визначень категорій «справедливість», «добросовісність», «розумність», тому їх змістовне оформлення можна отримати виходячи з конкретних обставин справи. Сьогодні, як ми вже відзначили вище, поширеним є абстрактний, певний філософський підхід до визначення категорії добросовісності, в той час як для римський юристів добросовісність була категорією конкретною, наповненою відповідним предметним змістом. Як відзначає Ульпіан з цього приводу: «Жити чесно, не чинити шкоду, іншому, кожному давати те, що йому належить» (D. 1.1.10.1) [3]. Іншими словами, *bona fides* уявлялася римським юристам як чітка, зрозуміла категорія для повсякденного застосування.

М. Бартошек, досліджуючи древньоримську юридичну термінологію визначає категорії *fides*, *bona fides* як «власну чесність і довіру до чужої чесності, вірність наданому слову, моральний обов'язок всіх людей ... виконувати своє зобов'язання, у чому б воно не виражалось» або «*Fides* як суворий обов'язок слідувати власним заявам; взаємна довіра контрагентів, як правило, *bona fides*» [4, с. 131-132]. Саме завдяки такому розумінню, *fides* стала основою усіх правовідносин в Римі як між громадянами, так і іншими категоріями населення Риму, одним із основних творчих елементів римського правового мислення.

Водночас, в науці римського приватного права є й інші погляди щодо досліджуваної проблеми. Наприклад, Л.І. Петражицький висловлює позицію згідно якої поняття «*bona fides*» (добросовісність) неможна ототожнювати із чесністю чи іншими моральними засадами, відтак вираз «*mala fides*» (недобросовісність), на думку автора, недоречно ототожнювати із аморальністю. Тобто, автор оспорує позицію щодо того, що поняття «*bona fides*» несе у собі певний моральний аспект. Одразу зазначимо, що вказана позиція зазнала критики у правовій доктрині.

І.Б. Новицький в роботі «Принцип доброї совісті в проекті зобов'язального права» вказував на те, що «добра совість» (*bona fides*) за своїм етимологічним змістом містить такі елементи як знання про іншу особу, її інтереси; знання, пов'язані з певною доброзичливістю; елемент довіри; певність, що моральні основи

обороту беруться до уваги, що від них відштовхується кожен у своїй поведінці [5, с. 65].

В науковій літературі висловлюються позиції, що *fides* як категорія використовувалася вже у ранній період існування Риму, однак лише у період республіки набуває стійкості у праворозумінні та використанні щодо того, що варте довіри. Як зазначає Е. Франкель «...у всіх випадках за допомогою *fides* позначають ту рису (характеристику, якість) особи, якій довіряють...» [6, с. 134].

У загальному вигляді «добра совість» проявляється у відношенні особи, яка поважає іншого учасника правовідносин, свого контрагента, бачить його рівним собі. Добросовісність проявляється також в обачності, розумній обережності, врахуванні своїх інтересів та інтересів контрагента, виконання взятих на себе зобов'язань і прав у відповідності з об'єктивними сподіваннями на належну поведінку іншого учасника правовідносин. Таким чином, ми можемо констатувати добросовісність як презумпцію поведінки учасників приватно-правових відносин та її широке застосування, оскільки існування вказаного принципу спостерігалось у різних підгалузях та інститутах римського приватного права, а зміст конкретного правовідношення зумовлював певну специфіку змісту «доброї совісті».

Наведемо окремі приклади застосування *bona fides* у римській правовій дійсності. Наприклад, Павло у третій книзі «Запитань» пише: «Якщо заплачено більше, ніж було потрібно, і а ту частину боргу, яку можна вимагати неможливо знайти, то все (сплачене) вважається неналежно оплаченим при збереженні попереднього зобов'язання» [3, с. 533]. Тобто, для римського громадянина обманути (не виправдати довіру) є неприпустимим, особливо, якщо мова йде про безвідплатні правовідносини, про правовідносини, що, власне, ґрунтуються на довірі. Саме довіра до слова, що було дане – та міра поведінки суб'єктів правовідносин, яка є обов'язковою і беззаперечною незалежно від характеру суб'єктів (представники публічних чи приватних правовідносин, фізичні особи, юридичні особи тощо).

Яскравим прикладом прояву *bona fides* є застосування заповідальних відказів у Стародавньому Римі. Зокрема, мова йде про

фідеїкоміси (від лат. *fideicommissum* – звернення до честі іншого) – це усне або письмове розпорядження останньої волі, через яке заповідач під чесне слово зобов'язував свого спадкоємця видати третій особі всю спадщину або її частину [7, с. 215]. Як зазначав Волюзій Меціан в 4-й книзі «Фідеїкоміси», «... хоча фідеїкоміс, що є предметом стимуляції, не є боргом, однак, так як він був свідомо обіцяний, то підлягає виконанню заради дотримання вірності (слову) [3, с. 133]. Тобто, виконувати чи ні встановлені фідеїкоміси – це справа совісті спадкоємця, його моральний обов'язок, а тому тривалий час за їх порушення (недотримання) покарання взагалі не передбачалося. Лише в епоху принципату фідеїкоміси отримали позовний захист [7, с. 216].

Також, *fides* являє собою певну межу, за якою мало місце зловживання правом і обман. Наприклад, Ульпіан в «Коментаріях до едикту» писав, якщо річ передана на зберігання, то поклажодавець тим самим сподівається на чесність поклажонаймача. Цей договір презюмувався як безоплатний у римській договірній системі, тому в якості контрагента обирали особу, якій довіряли і яка могла реально забезпечити схоронність майна. В тому випадку, якщо поклажонаймач не мав можливості вибору контрагента і перевірки його добросовісності («нешчасливе зберігання», вимушене зберігання), то поклажонаймач відповідав за будь-яку вину у випадку пошкодження чи загибелі переданої на зберігання речі і зобов'язаний був відшкодувати її вартість у подвійному розмірі [7, с. 174]. За інших підстав зберігання – поклажонаймач відповідав лише за умисел та грубу необережність. Тобто, в даному випадку довіра до особи, яку обирали в якості контрагента за договором зберігання відіграла важливе значення.

Саме на основі довіри, доброї совісті ґрунтувалося ряд договорів у римському приватному праві, які в подальшому отримали назву – фідуціарні договори. Серед них – договори позики, доручення, зберігання (про що ми вже відзначили), договори застави. Також до відносин, що ґрунтуються на довірі та добрій совісті ми відносимо опіку та ведення чужих справ без доручення (згодом класифіковані як квазіконтракти).

Крім матеріального права, *bona fides* була присутня у процесуальних правовідносинах. Групова особливість позовів *bona fides* полягала в тому, що суддя міг відступити від норми закону і на основі посилання на «*ex fide bona*», яким він доповнював формули, суддя при виконанні свої обов'язків міг враховувати моральний аспект поведінки сторін, тобто, керувався загальноприйнятими уявленнями про справедливість та добросовісність.

Таким чином, взаємозв'язок між певною поведінкою особи та втіленням вимог до цієї поведінки на рівні закону ми віднаходимо на конкретних прикладах римського приватного права. Категорії *fides*, *bona fides* формуються на основі загальноприйнятих для Стародавнього Риму моральних засад у формуванні міжособистісних відносин. Завдяки цьому «добра совість» стає одним із регуляторів матеріально-правових відносин (в межах інституту сім'ї, договору, недоговірних зобов'язань, спадкових відносин), так і процесуально-правових (під час здійснення судочинства у Римі), тим самим закріплюючи за собою значення загальноправового принципу. В якості певного морального аспекту *fides* уособлює в собі очікування певної належної поведінки і, водночас, кореспондує впевненість з боку іншої сторони, що обіцяне буде виконане. Тому, незважаючи на відсутність законодавчого визначення добросовісності в сучасному цивільному праві України, ми розуміємо, що це категорія, яка дозволяє трансформувати моральні норми у формальне право.

Поняття «справедливості» виникло у людському спілкуванні саме як моральна категорія, а не правова, як результат формування уявлення людей про поняття добра і зла [8, с. 38]. Принцип справедливості у римському приватному праві позначався як «*aequitas*» і розглядався як чітка і зрозуміла категорія для повсякденного застосування, орієнтир для життєдіяльності. З цього приводу Ульпіан зазначав: «По заслугам назвали нас (юристів) жрецьми, бо ми турбуємося про правосуддя, оголошуємо поняття доброго і справедливого, відділяючи справедливе від несправедливого, відрізняючи дозволене від недозволеного... прагнучи до філософії істинної, а не уявної» (D.1.1.1) [3] або «Юриспруденція є позначення божественних і людських начал, наука про

справедливе і несправедливе» [9, с. 141]. Таким чином, принцип справедливості був надзвичайно важливим у системі римського приватного права, на нього опиралися римські юристи і претори при здійсненні правосуддя, коли застосування лише правової норми було недостатньо для вирішення конкретної нестандартної ситуації.

Проаналізувавши поняття «*aequitas*» В.М. Хвостов зазначав, що «*aequitas*» «...означала принцип рівності всіх перед законом у значенні рівномірної оцінки законодавцем правомочностей та інтересів кожного члена суспільства за одним і тим же критерієм спільного блага» [10, с. 159]. В сфері правотворчості *aequitas* допомагала реалізовувати важливі економічні, соціальні та етичні аспекти, пристосовуючи діюче право до умов суспільного життя, що постійно змінювалися. *Aequitas* для Стародавнього Риму стала вираженням природно-правової справедливості, яка визначала і оцінювала діюче право на предмет відповідності його норм вимогам моральності та справедливості, була свого роду моральним (етичним) кодексом у правотворчості преторів, сенату і юристів при тлумаченні і застосуванні права.

Таким чином, справедливість полягає у такій поведінці учасників приватно-правових відносин, яка б виключала їх несправедливі дії, а ґрунтувалася б на поведінці справедливій, а саме такій поведінці, яка є не тільки правомірною з точки зору закону, а й етичною, моральною з точки зору суспільства.

Прикладом реалізації принципу справедливості в римському приватному праві є, зокрема, окремі підстави для визнання договору недійсним, а саме, договір вважається недійсним, якщо він суперечить закону або укладається з аморальною метою (*tirpis causa*) [11, с. 157]. Так само, протиправною вважалася будь-яка домовленість, яка суперечила моралі або «добрим звичаям». Так, недійсним вважалося зобов'язання особи не вступати у шлюб, або розірвання шлюбу вважалося як несправедливе, безчесне діяння, якщо тільки не існували підстави для розірвання шлюбу, прямо передбачені законом. Принцип справедливості яскраво проявлявся у деліктних правовідносинах, де заподіяна шкода мала бути відшкодована у повному обсязі.

Таким чином, поняття «справедливість» виникло в першу чергу у суспільному середовищі саме як моральна категорія, а не правова, як певний результат уявлення людей про добро і зло. Однак з розвитком суспільства справедливість втрачає персоніфікований підхід, набуває правового забарвлення і характеризується як певна поведінка людей діяти належним чином з врахуванням етичних устоїв суспільства та з тенденціями до самообмеження у правовідносинах. Важливого значення при характеристиці справедливості має поняття відповідності, яка розглядається як відповідність будь-якій мірі, певним засобам, досягнення балансу між певними правами та обов'язками учасників правовідносин. Отже, якщо узагальнити викладене, то римські юристи характеризуючи «право справедливості» передбачали, перш за все, знання і уміння розуміти і розрізнити добро і зло, справедливе та несправедливе, наявне і потрібне. Підтвердженням такого розуміння справедливості римськими юристами є їх висловлювання «*nullus videtur dolo facere, qui jure suo utitur*» («ніхто не вважається таким, що вчиняє протиправно, якщо він користується своїм правом») (Гай); «*summum ius - summa injuria*» («право доведене до абсурда – несправедливе право») (Ульпіан); «*contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*» (вчиняє проти закону той, хто здійснює заборонене законом; вчиняє в обхід закону той, хто дотримується букви закону, обходить його зміст» (Павло) [3].

В Інституціях Юстиніана зазначалося, що «справедливість полягає у постійній та міцній вірі віддавати кожному своє». «Кожному своє» тут розглядалося як реалізація конкретним суб'єктом суспільних відносин його прав та законних інтересів, як розумне і добросовісне, справедлива їх (прав і законних інтересів) відповідність і узгодження з аналогічними правами і законними інтересами інших осіб [12].

Таким чином, несправедливими є дії осіб, навіть якщо вони відповідають букві закону, але не його змісту, тобто дії, вчинені в обхід закону («*in fraudem legis*»), які кваліфікувалися преторами наступним чином: «Бажаючи досягнути цілі, протилежної закону, сторони укладають угоду, що відповідає тексту закону, але при-

зводить до досягнення того практичного результату, з яким бореться закон... Такі угоди є нікчемні, оскільки норми права повинні застосовуватися не по букві своїй, а згідно з їх ціллю» [13, с.221]. Відтак, преторське право, ґрунтуючись на принципах та ідеях справедливості та таких поняттях як «*contra legis*» (проти закону), «*in fraudem legis*» (в обхід закону), «*bona fides*» (добра совість), «*bona mores*» (добрі звичаї) стало певним критерієм належної поведінки суб'єктів правовідносин, що виключає зловживання суб'єктивними правами інших індивідів. В подальшому за посередництвом діяльності глосаторів та постглосаторів та інституту рецепції відповідні ідеї були розвинені у правових системах країн континентального права.

Щодо принципу розумності, то він вважається одним із найзастосовуваніших у цивільних правовідносинах. Цивільний кодекс України говорить про «розумні строки» (ст.ст. 666, 670, 688), про «розумні витрати» (ст.1322), про «розумну поведінку» (ст. 12) тощо [8, с. 43]. Як зазначає у своїх наукових працях О.О. Отрадна, частіше про розумність законодавець згадує у зв'язку з виконанням договірних зобов'язань, що надає можливість деяким дослідникам стверджувати, що принцип розумності є принципом виконання зобов'язань [8, с. 44].

Термін «розумність», як і поняття «справедливість» і «добросовісність», законодавчо не визначений. У літературі панівним є твердження: розумними слід вважати дії, що їх здійснила б людина, яка має нормальний середній рівень інтелекту, знань і життєвого досвіду. Абстрактна особа, яка володіє такими якостями, може бути названа розумною людиною [8, с. 44]. Принцип розумності в ідеалі мав би визначатися з врахуванням суб'єктивного (пізнавальна здатність) та об'єктивного (збалансованість, доцільність) критеріїв. Аналізуючи категорію розумності в римському приватному праві, то видається, що принцип розумності реалізовувався у поєднанні з принципом добросовісності з огляду на притаманні їм спільні риси. Адже до спільних рис розумності та добросовісності в цивільному праві відносять їх етичний характер (морально-правова природа), а також те, що вони являють

собою певну дозволу або необхідну поведінку учасників цивільних правовідносин.

Зважаючи на викладене підсумуємо, що постійне, іноді одночасне використання законодавцем понять «добросовісність», «розумність», «справедливість» свідчить про подібність їх змістового наповнення та про суміжний характер. При цьому подібність підходів до розуміння вказаних категорій як взаємодоповнюючих простежується ще з часів римського приватного права. Адже саме на відповідних принципах базувалася римська правова система, в тому числі при здійсненні правосуддя, коли застосування тільки правової норми було недостатньо для врегулювання конкретних правовідносин. Вказані принципи, насамперед принцип справедливості, передбачали рівність усіх учасників правовідносин перед законом, рівнозначну оцінку законодавцем посягань та інтересів кожного члена суспільства на певні блага з урахуванням загальносуспільного блага. Як зазначали римські юристи: «Ius est ars boni et aequi» – тобто, «право – це наука про нормальне і співрозмірне», тобто система знань, орієнтована на виявлення і встановлення відповідності вимогам добра і справедливості як визнаним нормативним принципам суспільних відносин [11, с. 44]. Саме етичні (моральні) норми як певні імперативи були тією основою, на якій ґрунтувалася римська правова система. Саме етичним нормам та принципам, серед яких окремо виділяли за значимістю принципи добросовісності, розумності та справедливості, римські юристи надавали силу закону, вважаючи, що вони є певними правовими орієнтирами, а їх основне призначення – підтримання суспільного правопорядку. Тому, незважаючи на відсутність законодавчого визначення добросовісності, розумності чи справедливості в сучасному цивільному праві України, ми розуміємо, що це є ті категорії, які дозволяють трансформувати моральні норми у формальне право.

1. *Цивільний кодекс України: Офіційний текст / Міністерство юстиції України. К.: Юрінком Інтер, 2003. 464 с.*
2. *Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: у 2 т. / відп. ред.: В. Г. Ротань. 2-е вид. Харків: Фактор, 2010. Т. 1. 800 с.*

3. *Дигесты Юстиниана: Пер. с лат. / Отв. ред. Л. Л. Кофанов. Т. VI. Полутом 2. М.: Статут, 2005. 563 с.*
4. *Бартошек М. Римское право: Понятие, термины, определения. Москва: Юрид. лит, 1989. 448 с.*
5. *Новицкий И.Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права. Вестник гражданского права. 1916. № 6. С. 56-90.*
6. *Карлявин Ю.А. Методологическое значение категорий fides (совесть), bona fides (добрая совесть) в римском частном праве. Lex Russica. № 1. 2015. С. 130-140.*
7. *Основы римского частного права: Підручник / В.І. Борисова, Л.М. Баранова, М.В. Домашенко та ін. Х.: Право, 2008. 224 с.*
8. *Отраднова О.О. Недоговірні зобов'язання в цивільному праві України: навч. посіб. К.: Юрінком Інтер, 2009. 240 с.*
9. *Горбунов М.А. Принципы римского права. <https://cyberleninka.ru/article/n/principles-of-roman-law>*
10. *Узурчиева Х.О. К вопросу о нравственности в римском праве. Актуальные проблемы экономики и права. № 2. 2011. С. 158-162.*
11. *Дождев Д.В. Римское частное право / под общ. ред. В.С. Нерсисянца. - 3-е изд., испр. и доп. - М.: Норма, 2008.*
12. *Институции Юстиниана. Перевод с латинского Д.Раснера. Под редакцией Л.Л.Кофанова, В.А.Томсинова. Серия «Памятники римского права». - М.: Издательство «Зерцало», 1998. 400 с.*
13. *Хвостов В.М. Система римского права. Учебник /Вступительная статья: Суханов Е.А., Томсинов В.А. - М.: Издательство «Спарк», 1996. 522 с.*

Олійник О.С. Особливості реалізації принципів добросовісності, розумності та справедливості в римському приватному праві.

У статті досліджуються та аналізуються базові, основоположні юридичні категорії «добросовісність», «розумність» та «справедливість» з точки зору їх сучасного праворозуміння та значення для сучасного цивільного права України, а також особливості їх застосування у римському приватному праві. Проаналізовано окремі джерела римського приватного права, які містять посилання на принципи «добросовісності», «розумності» та «справедливості» на основі чого зроблене висновок про те, що це є ті оціночні категорії, які дозволяють трансформувати моральні норми у формальне право.

Ключові слова: римське приватне право, рецепція римського приватного права, правовідношення, добросовісність, розумність, справедливість, етичність, оціночні категорії.

Олійник О.С. Особенности реализации принципов добросовестности, разумности и справедливости в римском частном праве.

В статті досліджуються і аналізуються базові, основополагаючі юридическі категорії «добросовісність», «розумність» і «справедливість» з точки зору їх сучасного правопонимання і значення для сучасного громадянського права України, а також особливості їх застосування в римському частному праві. Проаналізовані окремі джерела римського частного права, які містять посилання на принципи «добросовісності», «розумності» і «справедливості», на основі чого зроблено висновок про те, що це оцінювальні категорії, які дозволяють трансформувати моральні норми в формальне право.

Ключові слова: римське приватне право, рецепція римського приватного права, правоотношення, добросовісність, розумність, справедливість, етичність, оцінювальні категорії.

Oliynyk O.S. Features of the implementation of the principles of good faith, reasonableness and justice in Roman private law.

The article deals with and analyzes the basic, fundamental legal categories of «fairness», «reasonableness» and «justice» from the point of view of their current legal understanding and significance for the modern civil law of Ukraine, as well as the peculiarities of their application in Roman private law.

Taking into account the estimated, abstract nature of the investigated concepts, we state the diversity of scientific opinions regarding the understanding of the essence and content of good faith, fairness and reasonableness as the general principles of civil justice. Therefore, it is an important historical legal experience that gives an idea of what initial content was laid in the concepts under study and what stages of its development and improvement they have gone through.

The article analyzes individual sources of Roman private law that refer to the principles of «good faith», «reasonableness» and «justice», on the basis of which it is concluded that these are the valuation categories that allow the transformation of moral norms into formal law. It was concluded that honesty, reasonableness and justice were in Roman private law with specific categories filled with relevant substantive content. Conscientiousness was considered in Roman private law as a reasonable behavior of a person who took into account both their own and other people's interests, due fulfillment of their obligations. The principle of justice in Roman private law was designated as «*aequitas*» and was considered as a clear and understandable category, based on the understanding of the concepts of good and evil.

Keywords: Roman private law, reception of Roman private law, legal relation, fairness, reasonableness, justice, ethics, estimation categories.

ПРАВОВИЙ СТАТУС УЧАСНИКІВ ПІДПРИЄМНИЦЬКИХ ТОВАРИСТВ ЯК СУБ'ЄКТІВ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

УДК 347.72.01: 347.512.5

Постановка проблеми. Згідно ст. 42 Конституції України кожен має право на підприємницьку діяльність. Вибір правових форм здійснення підприємницької діяльності залежить від волевиявлення особи, яка може безпосередньо набувати статус суб'єкта підприємницької діяльності або опосередковано через створення підприємницької юридичної особи як правового засобу для отримання прибутку. Водночас законодавством можуть бути передбачені додаткові вимоги чи обмеження щодо можливості набуття правового статусу учасника тієї чи іншої організаційно-правової форми підприємницького товариства. Крім того, враховуючи, що регулювання правового становища товариства здійснюється не тільки законодавством, але й установчими документами, то окремі положення щодо правового статусу учасників підприємницького товариства можуть визначатися такими локальними документами.

Аналіз останніх досліджень і публікацій із даної теми.

Особливості правового статусу учасників підприємницьких товариств розглянуті в наукових працях таких вчених, як В. А. Васильєвої, О. Р. Кібенко, Д. В. Ломакіна, І. В. Спасибо-Фатєєвої, Л. В. Сіщук та інших. Водночас питанню розкриття сутності правового становища учасників підприємницьких товариств як суб'єктів цивільно-правової відповідальності значної уваги не приділено.

Мета статті. У зв'язку з тим, що законодавством передбачено винятки з правила про самостійну відповідальність юридичної особи та її учасників, необхідно більш детально розглянути особливості правового статусу учасників окремих організаційно-правових форм підприємницьких товариств з метою визначення специфіки несення відповідальності таких учасників за зо-

Правовий статус учасників підприємницьких товариств як суб'єктів цивільно-правової відповідальності
бов'язаннями підприємницьких товариств, до складу яких вони входять.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ст. 3 Закону України «Про господарські товариства», засновниками та учасниками товариства можуть бути підприємства, установи, організації, громадяни, а також іноземні громадяни, особи без громадянства, іноземні юридичні особи, міжнародні організації на рівні з громадянами та юридичними особами України, крім випадків, встановлених законодавчими актами України.

Правом на створення підприємницьких товариств наділені також держава (в особі органів державної влади), Автономна Республіка Крим та територіальна громада (в особі органів місцевого самоврядування), що вбачається із положень ч. 3 ст. 167, ч. 3 ст. 168 та ч. 3 ст. 169 ЦК України. Схожі положення закріплені й у ч. 1 ст. 9 Закону України «Про акціонерні товариства», згідно яких засновниками акціонерного товариства визнаються держава в особі органу, уповноваженого управляти державним майном, територіальна громада в особі органу, уповноваженого управляти комунальним майном, а також фізичні та/або юридичні особи, що прийняли рішення про його заснування.

За загальним правилом, здатність мати цивільні права та обов'язки (цивільну правоздатність) мають усі фізичні особи з моменту народження (ст. 25 ЦК України). Але набуття дієздатності в необхідному для заняття підприємницькою діяльністю обсязі визначається із прив'язкою до віку особи. Повну дієздатність має фізична особа, яка досягла 18 років (ч. 1 ст. 34 ЦК України). Разом із тим, неповнолітня особа (від 14 до 18 років) має право бути учасником (засновником) юридичних осіб, якщо це не заборонено законом або установчими документами юридичної особи (ст. 32 ЦК України).

Щодо юридичних осіб, то цивільна правосуб'єктність юридичної особи виникає з моменту її створення, а саме з дня внесення до єдиного державного реєстру запису про її створення. При цьому юридична особа здатна мати такі ж цивільні права та обов'язки, як і фізична особа, крім тих, які за своєю природою можуть належати лише людині (ст. 91 ЦК України), що вказує

на можливість бути учасником (засновником) іншої юридичної особи. При цьому, як зазначається у ст. 3 Закону України «Про господарські товариства», підприємства, установи та організації, які стали учасниками товариства, не ліквідуються як юридичні особи.

Втім, хоча законодавчими актами наведено перелік суб'єктів, які можуть бути учасниками (засновниками) підприємницьких товариств, але в той же час не визначено відмінностей у правовому статусі засновника і учасника, що при аналізі норм чинного законодавства безперечно впливає й на розмежування сфер відповідальності підприємницького товариства як самостійного суб'єкта цивільно-правової відповідальності та його учасників і засновників.

Відповідно до ч. 1 ст. 87 ЦК України, юридична особа створюється її учасниками (засновниками). Це загальне для всіх видів юридичних осіб положення конкретизується у ч. ч. 2, 3 ст. 87 ЦК України, відповідно до змісту яких товариство створюється його учасниками, а установа створюється її засновниками. Однак у положеннях щодо діяльності підприємницьких товариств (глава 8 ЦК України) не згадується про засновників товариств, регламентуючи лише права та обов'язки їх учасників.

Натомість в спеціалізованих законах щодо окремих видів товариств, зокрема, у Законах України «Про акціонерні товариства», «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», «Про господарські товариства», «Про кооперацію» та інших, зазначені поняття – «засновник», «учасник» – згадуються, але не розмежовуються у статусі. При цьому найменування учасників визначається належністю до конкретної організаційно-правової форми підприємницького товариства, наприклад, у АТ – акціонери, у ТОВ і ТДВ – учасники, у ПТ – повні товариші, у КТ – повні товариші та вкладники, у ВК – члени.

Таким чином, можна зробити висновки, що ці поняття не тотожні і мають свої особливості. Зокрема, визначення поняття «засновник» має місце у ч. 1 ст. 9 Закону України «Про акціонерні товариства», відповідно до якої засновниками акціонерного товариства визнаються особи, що прийняли рішення про його засну-

Правовий статус учасників підприємницьких товариств як суб'єктів цивільно-правової відповідальності

вання. В інших законах вказується лише перелік осіб, які можуть бути засновниками і учасниками.

Також у чинному законодавстві наведено перелік дій, які можуть вчиняти засновники при створенні товариств, а саме укласти засновницькі договори, у яких визначаються порядок заснування товариства, розмір статутного капіталу, частку у статутному капіталі або кількість, тип і клас акцій, що підлягають придбанню кожним засновником, їх вартість, строк та порядок внесення вкладів або строк і форма оплати вартості акцій, строк дії договору та інші умови; розробляти установчі документи, скликати установчі збори, здійснювати приватне (закрите) розміщення акцій тощо [7, с. 48], а також вступати в договірні зобов'язання в інтересах товариства, що буде створено в результаті вчинення всіх необхідних організаційних дій.

І. В. Спасибо-Фатєєва з цього приводу зазначає, що засновниками акціонерного товариства є особи, які ініціювали його створення і провели для цього організаційну роботу по заснуванню товариства [8, с. 86 – 87]. І. Краєвський також вказує на те, що засновники наділені цивільним законодавством комплексом необхідних правомочностей для вчинення юридичних дій при створенні товариства. Особи, які вчиняють дії, пов'язані із створенням господарського товариства (засновники) можуть згодом називатись учасниками [4, с. 206].

Якщо звернутися до законодавства зарубіжних країнах, то засновниками вважають осіб, які підписали установчі документи юридичної особи. Згідно з § 28 Акціонерного Закону ФРН засновниками товариства вважаються акціонери, які затвердили його статут. Однак законодавство і судова практика більшості країн розрізняють, з однієї сторони, власне засновників, які затвердили статут, а з іншої, промоутерів (Англія), організаторів (США) і засновників у широкому розумінні слова (Франція), які сприяють створенню компанії, хоча значні відмінності в їх правовому становищі відсутні. Це, зокрема, аудиторів, юридичні фірми, які надають фінансові, правові та інші послуги, що сприяють створенню нового суб'єкта права, однак «власне засновниками» не є [7, с. 48].

Для прикладу, промоутер – це перш за все суб'єкт, що здійснює різні організаційні дії по створенню компанії, що виражаються в ініціації процесу створення, підготовки і реєстрації установчих документів, залученні коштів для формування статутного капіталу компанії. Діяльність промоутерів має на меті не отримання вигод від участі в діяльності компанії, а отримання винагороди за організацію створення компанії [5, с. 227 – 228].

Слід зазначити, що в Україні також існує значна кількість компаній, які пропонують економічну та правову допомогу в створенні підприємницьких товариств, починаючи з оформлення документації і закінчуючи державною реєстрацією. Однак про таких осіб у чинному законодавстві не згадується.

З врахуванням наведеного, для визнання особи засновником важливе значення відіграє не тільки вчинення організаційних дій щодо створення підприємницького товариства, але й здійснення або взяття на себе зобов'язання по здійсненню майнових внесків до статутного капіталу товариства до моменту створення товариства або у строк, визначений законом або установчими документами. У іншому випадку відмова особи від взяття на себе зобов'язання по внесенню вкладу повинна свідчити про те, що така особа не набула статусу засновника. У зв'язку з цим, особу слід вважати засновником, якщо вона: 1) прийняла рішення про створення підприємницького товариства; 2) виконала фактичні та юридичні дії, спрямовані на створення нового суб'єкта права; 3) здійснила або взяла на себе зобов'язання здійснити майновий внесок до статутного капіталу / придбати акції шляхом приватного розміщення серед засновників.

Але правовий статус засновника змінюється після державної реєстрації підприємницького товариства, внаслідок чого особа стає учасником товариства, а відносини між ними набувають корпоративного характеру. Як зазначає Д. В. Ломакін, природа правовідносин, що складаються в процесі створення товариства, різна. Це і публічні правовідносини, пов'язані з державною реєстрацією господарського товариства, і різноманітні приватні правовідносини, що виникають між засновниками. Однак такі відносини не можуть бути охарактеризовані як корпоративні. Адже

корпоративні правовідносини є внутрішніми відносинами, що виникають у межах корпорації. Змістом таких правовідносин є права і обов'язки учасників корпорації [5, с. 216].

Це дає підстави стверджувати, що саме момент державної реєстрації, з якого виникає новий суб'єкт права – товариство, є моментом, коли змінюється не тільки правовий статус засновника на учасника, але й виникають корпоративні відносини між підприємницьким товариством та її учасниками, що обумовлено виникненням корпоративних прав і обов'язків у останніх.

Для прикладу, термін «акціонер» використовується для позначення учасника акціонерного товариства – особи, яка внесла грошові кошти, інше майно в статутний фонд товариства, і натомість отримали корпоративні права [2, с. 217].

У зв'язку з вищенаведеним, варто зазначити, що статус учасника (засновника) як суб'єкта цивільно-правової відповідальності є важливим для визначення підстав правомірного покладення на особу обов'язку нести несприятливі для неї наслідки майнового характеру внаслідок заподіяння шкоди іншим суб'єктам цивільного права [9, с. 566]. Зокрема, до суб'єктів, які притягуються до цивільної відповідальності належать учасники (засновники) товариства, така юридична особа, а також органи управління.

Аналіз норм законодавства, що регулює відповідальність засновників та учасників підприємницьких товариств, показує, що існує два підходи до визначення відповідальності в залежності від того, на кого вона поширюється, а саме: 1) відповідальність засновників підприємницького товариства; 2) відповідальність учасників підприємницького товариства. При чому специфіку відповідальності учасників варто визначати враховуючи підстави її настання та зобов'язання, за порушення яких такі суб'єкти правовідношення мають нести відповідальність – чи за зобов'язаннями товариства з третіми особами чи за власними зобов'язаннями як учасника товариства у відношенні до інших учасників та підприємницького товариства.

Перший вид відповідальності стосується засновників тільки в період створення корпорації. Солідарна відповідальність безпосередньо пов'язана із зобов'язаннями засновників, які, прийма-

ючи рішення про заснування корпорації, свідомо беруть на себе й ці обов'язки. Для прикладу, у разі укладення засновницького договору до моменту створення акціонерного товариства чи товариства з обмеженою відповідальністю, засновники несуть відповідальність за зобов'язаннями, що вчинені в інтересах товариства до моменту створення товариства та схвалення цих зобов'язань на перших загальних зборах учасників. Так, відповідно до ст. 153 ЦК України особи, що створюють акціонерне товариство, несуть солідарну відповідальність за зобов'язаннями, що виникли до державної реєстрації товариства. Засновники повних та командитних товариств також мають право вчиняти дії на користь товариства до моменту його створення. При цьому в засновницькому договорі товариства можуть визначатися й умови несення відповідальності засновниками до моменту створення повного чи командитного товариства, оскільки в законі не міститься заборон і обмежень щодо відповідальності засновників таких товариств.

Щодо відповідальності учасників підприємницьких товариств, то законодавство передбачає солідарну відповідальність учасників, які зробили внески в статутний капітал товариства не повністю, та субсидіарну відповідальність учасника при неспроможності юридичної особи виконати взяті на себе зобов'язання. При цьому розглянуті положення про відповідальність учасників корпорацій дають підставу визнати, що у всіх випадках ця відповідальність є обмеженою [6 с. 24 – 25]. Отже, принцип самостійної цивільно-правової відповідальності щодо підприємницьких юридичних осіб діє з численними законодавчими обмеженнями, що не дозволяють розглядати його в сенсі виключно самостійної відповідальності [1, с. 241].

На думку П. В. Степанова, «на учасника може бути покладена відповідальність за таких умов: контроль з боку учасника, причому не просто володіння контрольним пакетом акцій, а пряме підпорядкування собі корпорації, так що ця корпорація не має своєї волі або існування, окремого від учасника; такий контроль з боку учасника був використаний для здійснення протиправних, обманних, нечесних або несправедливих дій по відношенню до позивача; наявність причинного зв'язку між діями учасника та

заподіянням збитків позивачеві». Разом із тим, учасники організують діяльність добровільно, погоджуючись на ризики, приймаючи умови всіх членських відносин компанії. Також своїм волевиявленням вони вибирають органи управління тощо [3, с. 77].

Що стосується відносин кредиторів і субсидіарної відповідальності учасників, то законодавець постійно намагається розширити межі відповідальності останніх. Головна умова залучення до субсидіарної відповідальності – це наявність попереднього звернення до первісного боржника. Адже субсидіарна відповідальність є додатковою по відношенню до відповідальності, яку несе перед потерпілим основний правопорушник (ст. 619 ЦК України). Вона покликана доповнити його відповідальність, посилюючи захист інтересів кредитора. При цьому особа, яка несе таку додаткову відповідальність, зовсім не обов'язково є заподіювачем майнової шкоди, завданої потерпілому, а в багатьох випадках взагалі не робить будь-яких правопорушень.

У зв'язку з цим, щоб притягнути до відповідальності юридичну особу та її учасників, спочатку необхідно визначити статус товариства, його правоздатність, положення статуту, встановити чи може воно діяти від свого імені без обмежень, виявляти свободу волі. І тільки при вивченні зазначених питань можна зробити висновок про причинно-наслідковий зв'язок дії (бездіяльності) юридичної особи з наступними негативними наслідками [3, с. 78 – 79].

Особливості вияву функції мінімізації майнових ризиків учасників підприємницьких товариств та відступів від винятково самостійної відповідальності юридичної особи значною мірою залежать від того, до яких форм об'єднання тяжіє та чи інша організаційно-правова форма товариства — до об'єднань капіталів чи до об'єднань осіб. Саме в об'єднаннях капіталу зазначена функція і, відповідно, принцип роздільної відповідальності учасників (акціонерів) та відповідної юридичної особи (ч. 4 ст. 96 ЦК України) втілюється найповніше. У той же час на членів об'єднання осіб (повних та командитних товариств) та учасників організаційно-правових форм, які тяжіють до цих об'єднань (товариство з додатковою відповідальністю та виробничі кооперативи), поши-

рюється той чи інший режим додаткової відповідальності за боргами товариств, в яких вони беруть участь [1, с. 243].

Учасники товариства з обмеженою відповідальністю і акціонери акціонерного товариства зазвичай не відповідають перед кредиторами відповідного товариства своїм власним майном. Натомість вони, передусім, ризикують внесеними вкладами, тобто саме як інвестори, оскільки у разі звернення стягнення на майно відповідного товариства учасники ризикують позбутися очікуваних дивідендів, ліквідаційної квоти в майні товариства або її частини, якщо після задоволення вимог кредиторів товариства, що підлягає ліквідації, не залишається активів, які підлягають розподілу між учасниками [1, с. 244].

Щодо солідарної відповідальності акціонерів акціонерних товариств та учасників товариств з обмеженою відповідальністю, то така відповідальність настає тільки на умови не внесення / не вчасного внесення вкладів до статутного капіталу товариства. Так, згідно ч. 2 ст. 3 Закону України «Про акціонерні товариства» акціонери не відповідають за зобов'язаннями товариства і несуть ризик збитків, пов'язаних з діяльністю товариства, тільки в межах належних їм акцій. Акціонери, які не повністю оплатили акції, у випадках, визначених статутом товариства, відповідають за зобов'язаннями товариства у межах неоплаченої частини вартості належних їм акцій. Аналогічні нормативні положення визначені й в ст. 2 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» щодо солідарної відповідальності учасників, які не повністю внесли вклади, за зобов'язаннями товариств з обмеженою відповідальністю у межах вартості невнесеної частини вкладу кожного з учасників.

На відміну від товариств з обмеженою відповідальністю та акціонерних товариств, товариство з додатковою відповідальністю є тією формою господарських товариств, котра передбачає несення їх учасниками поряд з майновим ризиком (у межах вартості їх вкладів у статутному капіталі цієї юридичної особи) також і обмеженої статутом товариства солідарної додаткової відповідальності за зобов'язаннями самого товариства у розмірі, який

є однаково кратним для всіх учасників до вартості внесеного кожним з них вкладу.

Іншу групу юридичних осіб (об'єднань осіб), до яких відносять повні та командитні товариства, виділяє така ознака як несення солідарно їх учасниками додаткової (субсидіарної) відповідальності за зобов'язаннями товариства усім майном, що їм належить. Така відповідальність настає у разі недостатності у товариства майна для задоволення вимог кредиторів у повному обсязі (ч. 1 ст. 124 ЦК України). При цьому, на відміну від товариства з додатковою відповідальністю, у повних та командитних товариствах робиться акцент на тому, що додаткову відповідальність повні учасники несуть всім своїм майном.

Водночас організаційно-правова форма командитного товариства має поряд з повними учасниками, вкладників, котрі відповідальності за боргами товариства не несуть, а тільки ризикують своїми вкладами. Це свідчить про те, що командитне товариство в площині встановлення співвідношення між принципом роздільної відповідальності юридичної особи та її учасників і ступенем втілення забезпечувальної функції цивільно-правової відповідальності суміщає елементи правового регулювання об'єднань осіб і об'єднань капіталів [1, с. 244]. При цьому правовий статус вкладників прирівнюється до статусу акціонерів – власників привілейованих акцій, котрі не ведуть справи товариства, а мають тільки переважні права на майнові вигоди від діяльності товариства.

Висновки. У результаті проведеного аналізу правових норм можна зробити висновок, що на законодавчому рівні розмежовується відповідальність засновників та учасників підприємницьких товариств, що має різні підстави та умови її несення. Щодо учасників підприємницьких товариств незалежно від організаційно-правової форми товариства, то до цих суб'єктів права законом передбачено несення таких видів цивільно-правової відповідальності як солідарна і субсидіарна. Водночас організаційно-правова форма товариства визначає умови, обсяг та порядок несення цивільно-правової відповідальності учасниками за зобов'язаннями підприємницького товариства.

1. Захаренко Н. О. *Институт цивільно-правової відповідальності підприємницьких господарських товариств як одна із форм реалізації правосуб'єктності юридичних осіб. Правове регулювання економіки. 2009. № 9. С. 239 – 250.*
2. Кибенко Е. Р. *Корпоративное право: Учебное пособие. Харьков: Эспанда, 1999. 480 с.*
3. Коваленко С. П. *Правовая природа гражданско-правовой ответственности участников корпоративных отношений. Вестн. Волгogr. гос. ун-та. Сер. 5, Юриспруд. 2014. № 1 (22). С. 76 – 80.*
4. Краєвський І. *Правовий статус засновника та учасника товариства з обмеженою відповідальністю. Вісник Львівського університету. Серія юридична. Випуск 58. 2013. С. 203 – 210.*
5. Ломакин Д. В. *Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. М.: Статут, 2008. 350 с.*
6. Могилевский С. Д. *Корпорации в России: Правовой статус и основы деятельности: учеб. пособие. М.: Дело, 2006. 480 с.*
7. Сіщук Л. В. *Правонаступництво у корпоративних правовідносинах: дис. на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ. 2014. 229 с.*
8. Спасібо-Фатєєва І. В. *Цивільно-правові проблеми акціонерних правовідносин: дис. на здобуття наук. ступ. доктора юрид. наук: 12.00.03. Харків. 2000. 399 с.*
9. *Суб'єкти цивільного права. За загальною редакцією академіка АПрН України Я. М. Шевченко. Х.: Харків юридичний, 2009. 632 с.*

Соколовська Ю. В. Правовий статус учасників підприємницьких товариств як суб'єктів цивільно-правової відповідальності

У статті визначено відмінність правового статусу засновника та учасника підприємницького товариства. Охарактеризовано специфіку солідарної відповідальності засновників за зобов'язаннями, укладеними в інтересах товариства. Розкрито види відповідальності учасників підприємницьких товариств. Зазначено, що організаційно-правова форма товариства визначає умови, обсяг та порядок несення цивільно-правової відповідальності учасниками за зобов'язаннями підприємницького товариства.

Ключові слова: засновник, учасник, підприємницьке товариство, солідарна відповідальність, субсидіарна відповідальність.

Соколовская Ю. В. Правовой статус участников предпринимательских обществ как субъектов гражданско-правовой ответственности

В статье определено отличие правового статуса основателя и участника предпринимательского общества. Охарактеризовано специфику солидарной

ответственности учредителей по обязательствам, заключенным в интересах общества. Раскрыты виды ответственности участников предпринимательских обществ. Отмечено, что организационно-правовая форма общества определяет условия, объем и порядок несения гражданско-правовой ответственности участниками по обязательствам предпринимательского общества.

Ключевые слова: основатель, участник, предпринимательское общество, солидарна ответственность, субсидиарная ответственность.

Sokolovskaya Yu.V. Legal status of participants in business associations as subjects of civil liability

The article defines the difference in the legal status of the founder and participant of an entrepreneurial society. Characterized by the specificity of the joint responsibility of the founders for obligations entered into in the interests of the company. The types of responsibility of participants of business associations are revealed. It is noted that the organizational and legal form of the society determines the conditions, amount and procedure of civil liability of the participants for the obligations of the business community.

Key words: founder, participant, entrepreneurial society, joint liability, subsidiary responsibility.

Стратюк О.М.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ІСТОРИКО-КУЛЬТУРНИХ ЗАКЛАДІВ: РЕТРОСПЕКТИВА ТА СУЧАСНИЙ СТАН

УДК 347.191.1

Аналіз розвитку та зміни законодавства у різні історичні періоди дозволяє окреслити правильні шляхи для вдосконалення чинних законодавчих актів України, запровадити якісні зміни на перспективу. Оскільки останніми роками приймаються все більше нормативно-правових актів, які регулюють відносини щодо функціонування різноманітних закладів, а сама сфера їх діяльності суттєво розширюється і враховуючи те, як на сьогодні активно впроваджуються реформи освітніх, медичних, наукових, історико-культурних та інших закладів, дослідження даної тематики стає все більш актуальним.

З огляду на наведене, в межах цієї статті розглянемо особливості регулювання правового становища історико-культурних закладів (театрів, музеїв, архівів, бібліотек) протягом різних історичних періодів та в умовах сьогодення.

Бібліотеки. Перші бібліотеки з'явилися на території нашої країни в IX – XI ст. при монастирях, церковних соборах та школах. Бібліотека тих часів була складовою частиною системи управління державою та виконувала функції зібрання та збереження документів і скрипторію (виконання ідентичної оригіналові копії). До середини XIII ст. вона, як соціальний інститут, перестає бути архівом та стає самостійним закладом, що виконує певні, тільки йому властиві функції (збереження документів, копіювання (переписування) документів, обслуговування користувачів) [1, с. 2]. Вже за часів пізнього середньовіччя бібліотечні заклади перестають виконувати функцію скрипторію (у зв'язку з появою друкарства), продовжуючи виконувати функцію формування та збереження фондів. У цей період збільшується кількість загальнодоступних бібліотек та з'являються університетські бібліотеки [2, с. 3]. Пізніше, в епоху Просвітництва держава починає брати на себе обов'язки щодо фінансової підтримки бібліотек (переважно наукових), існують такі види загальнодоступних бібліотек – міські, губернські, повітові, та починають формуватися нові – наукові та академічні бібліотеки. У першій чверті XVIII ст. у Росії були проведені державні реформи Петра I, під впливом яких бібліотека поступово стає закладом, який визначає характер освітньої, наукової та культурної політики держави. Водночас, царський уряд, намагаючись задушити паростки «вільнодумства», посилює нагляд за фондами бібліотек, зокрема, вимагав найсуворішої їх перевірки та «очищення» від неугодних книг та періодичних видань [1, с. 2-3].

У XIX ст. – на початку XX ст., оскільки територія України входила до складу як Російської імперії, так і Австро-Угорщини, в той період не було бібліотек при вищих органах влади, а існували бібліотеки губернські та намісницькі, окружних та повітових управлінь, місцевих органів влади. Бібліотечні заклади цього типу створювалися за кошти установи або відомства, не мали публічного доступу (або цей доступ значно обмежувався) і були, як правило, платними [3, с. 3]. В цей період за призначенням склалися три типи бібліотек: спеціальні, публічні та наукові. У 1917 – 1920 рр., після Жовтневої революції, розпочалося так зване «со-

ціалістичне бібліотечне будівництво», бібліотеки стають одним із найбільш заідеологізованих соціальних інститутів [1, с. 7].

Слід відзначити, що у період недовготривалої української державності 1917 – 1921 рр. здійснювалися певні спроби запровадження незалежної державної політики – виділялися значні державних асигнування на розвиток бібліотек, розроблено «Законопроект про обов’язкову надсилку друкарнями всіх видань» (1917 р.), «Законопроект про утворення Української національної бібліотеки» (1918 р.), «Закон про утворення Фонду Національної Бібліотеки Української Держави» (1918 р.) тощо [4, с. 23].

Декрет «Про централізацію бібліотечної справи в РСФСР» (3 листопада 1921 р.) вплинув на всю подальшу бібліотечну політику союзних республік створеного в 1922 р. СРСР. В Україні ж Наркомосвіти в 1921 р. створює Українську центральну міжвідомчу бібліотечну комісію для здійснення централізації організації та управління бібліотечною справою. Бібліотеки розглядаються як державні культурно-освітні заклади, розробляються єдині методичні засади, починається реформа бібліотечної справи [1, с. 8]. В той час, прийнятий 1922 р. ЦК УРСР, у ст. 15 передбачав, що приватні установи з правами юридичних осіб, а саме: лікарні, музеї, наукові заклади, публічні бібліотеки і т. д., можуть засновуватись лише з дозволу відповідних органів влади [5].

У наступні роки приймалися численні законодавчі акти, які були спрямовані на посилення бібліотечної цензури, а не на функціонування бібліотек, як закладів. Нарешті, у 1984 р. було прийнято Положення про бібліотечну справу в СРСР – перший союзний нормативний акт, який регулював діяльність та фіксував роль бібліотек як ідеологічних, культурно-просвітницьких та науково-інформаційних установ, що забезпечують трудящих суспільним користуванням книгами та іншими видами бібліотечних фондів. Це положення законодавчо закріпило централізацію бібліотечної справи в СРСР, що майже повністю позбавило ініціативи у питаннях розбудови національної бібліотечної системи та бібліотечної справи у союзних республіках [6, с. 28]. Значимо, повної ж централізації та створення дійового механізму державного управління бібліотечною справою таки не відбулося.

Загалом, бібліотечна галузь радянського періоду переважно обслуговувала ідеологічні потреби комуністичної партії, а не лише задовольняла культурні потреби народу. Державне управління цієї сфери в умовах тоталітарної системи здійснювалося командно-адміністративними методами.

На сьогодні ж, базовим законодавчим документом, який регулює діяльність бібліотек, є Закон України «Про бібліотеки і бібліотечну справу» (1995 р.). У ст. 1 бібліотека визначається як інформаційний, культурний, освітній заклад (установа, організація) або структурний підрозділ, що має упорядкований фонд документів, доступ до інших джерел інформації та головним завданням якого є забезпечення інформаційних, науково-дослідних, освітніх, культурних та інших потреб користувачів бібліотеки [7]. Щодо даного визначення, то, на нашу думку, законодавець доволі хаотично оперує поняттями «установа» та «організація» в частині регламентації організаційно-правової форми бібліотек, помістивши у Законі норму про те, що це може бути як установа, так і організація. Будь-яка юридична особа є організацією, для неї характерна організаційна єдність, якщо йдеться про юридичну особу, що діє на унітарних або корпоративних засадах. Категорія «організація» не позначає окрему організаційно-правову форму юридичних осіб, тому вказівка, що це організація в аспекті організаційно-правової форми є недоречною. З приводу розуміння закладу як установи, то відповідно до підходу, пропонованого нами в дисертаційному дослідженні [8, с. 372], організаційно-правова форма установи розрахована винятково на органи державної влади різних рівнів та підпорядкування. Тому, з цього приводу окреслений підхід законодавця сприймаємо критично.

Що ж до інших норм Закону, то їхня дія поширюється на мережу діючих бібліотек, які можуть створюватися на основі усіх форм власності, передбачених законами України. Бібліотека діє на основі статуту (положення), у якому визначаються її статус, форма власності, джерела фінансування, вид і профіль діяльності. У ст. 6 наводяться види бібліотек за значенням, за змістом бібліотечних фондів, за призначенням.

Окремо у ст. 7 дається визначення Національної бібліотеки України, обов'язки та права бібліотек визначені у статтях 19, 20. Оскільки, головним джерелом фінансування бібліотечної діяльності в Україні є державний бюджет, а на сьогодні загальний розмір асигнувань на бібліотечну справу є незначним і має тенденцію на скорочення, бібліотеки змушені вводити платні послуги, керуючись Постановою КМУ від 12.12.2011 р. «Про затвердження переліку платних послуг, які можуть надаватися державними і комунальними закладами культури» [9]. Власне, питання фінансування, потреба осучаснення, модернізації матеріально-технічної бази та інформаційно-технологічної інфраструктури бібліотек зумовили прийняття Кабінетом Міністрів України 23 березня 2016 р. Стратегії розвитку бібліотечної справи на період до 2025 року «Якісні зміни бібліотек для забезпечення сталого розвитку України», яка має на меті удосконалення нормативно-правової бази, яка стосується діяльності бібліотек та поступове вирішення існуючих проблем [10].

Музеї. В Україні попередниками музеїв в княжу добу були бібліотеки і ризниці церков та монастирів, скарбниці князів, згодом у XVI-XVIII ст. – колекції гетьманів, козацьких старшин, монастирів. Музеї ж, як спеціальні заклади, почали з'являтися у першій половині XIX ст. Це були переважно археологічні та історико-краєзнавчі музеї, проте правового регулювання, як такого, у законодавчих актах довгий період часу вони не мали [11, с. 53]. Пізніше, у 30-х роках XX століття рішенням партійних органів було здійснено реорганізацію музейних закладів з метою перетворення їх на ідеологічні установи, основним завданням яких була популяризація ідей комуністичної партії. У 1964 році вийшла Постанова ЦК КПРС «Про підвищення ролі музеїв у комуністичному вихованні трудящих», що зобов'язувала партійні, радянські, профспілкові, комсомольські та громадські організації сприяти розвитку музеїв. У 1968 році, Постановою Секретаріату ЦК ВЛКСМ «Про заходи по дальшому поліпшенню діяльності шкільних музеїв» рекомендовано було звернути особливу увагу на роль музеїв у навчально-виховному процесі [12, с. 7]. Також, у 1965 р. Міністерством культури СРСР було затверджено пер-

ше «Типове положення про народний музей» як культурно-просвітню установу, створену з ініціативи й за особистої участі трудящих цілком на громадських засадах [13]. Музеї, які до цього іменувалися «місцеві, недержавні, самодіяльні», одержали назву «народних». Вперше в законодавчій базі були чітко сформульовані умови, необхідні для створення «народного музею». Принципово важливе значення мав третій параграф положення, згідно з яким музей на громадських засадах міг організовуватися і діяти лише на підставі рішення виконкому місцевої Ради народних депутатів, що ставила діяльність громадських музеїв під державний контроль. Згідно з положенням «народні музеї» могли бути засновані при різних організаціях – державних, громадських, кооперативних [14]. На відміну від державних, «народні музеї» не мали самостійного бюджету, перебуваючи на утриманні з бюджету організації-засновника, останній визначав також зміст та межі їх діяльності. Виділялися наступні їх види: музеї, створені при державних організаціях (заводські та фабричні, музеї при навчальних закладах, при установах і відомствах); народні музеї при колгоспах і сільрадах; міжрайонні музеї, створені зусиллями декількох організацій; музеї при райкомах партії та комсомолу.

Згодом, у 1978 р. Міністерство культури СРСР затверджує «Типове положення про музей, що працює на громадських засадах». Згідно з документом, «громадські музеї є культурно-просвітніми установами, які цілеспрямовано збирають, зберігають, експонують предмети матеріальної та духовної культури, що представляють історичну, наукову, художню та іншу цінність, які ведуть на їхній основі широку роботу з комуністичного виховання трудящих». Громадські музеї ділилися на наступні групи: музеї, що працюють під безпосереднім керівництвом органів культури (районні, міські, сільські), котрі й звітують перед ними; музеї колективів підприємств, установ, радгоспів, колгоспів, вищих і середніх спеціальних закладів, професійно-технічних училищ, що працюють під керівництвом їх громадських організацій і адміністрації (правління); шкільні музеї, що працюють під керівництвом органів народної освіти. Громадські музеї також були позначені як недержавні [15, с. 107].

У 1990 р. Міністерством культури УРСР в свою чергу було прийнято «Типове положення про музеї, що працює на громадських засадах в УРСР». Визначення громадського музею в новому документі практично не змінилося – «громадський (самодіяльний) музей є культурно-просвітньою установою, яка створюється з ініціативи та при особистій участі трудових колективів або окремих осіб. Він планомірно збирає, вивчає й пропагує оригінальні пам'ятники матеріальної та духовної культури, які представляють собою історичну, художню, культурну, наукову й іншу цінність для народів, що проживають на території Української РСР» [16]. Був указаний також перелік обов'язкових умов для створення громадського музею, які доповнено новим пунктом про фінансування діяльності музеїв організаціями-засновниками.

Загалом, як зазначають дослідники, за часів СРСР діяльність музеїв розглядалася крізь призму офіційної історико-політичної версії розвитку держави, основний акцент ставився на збереженні музейних цінностей. У законі УРСР «Про охорону і використання пам'яток історії та культури» 1978 р. лише окреслювався порядок державного обліку пам'яток історії та культури, які перебували в музеях. Цей порядок повинен був визначатися законодавством про музейний і архівний фонди СРСР. У 1988 р. було затверджено Положення про музейний фонд СРСР, яке мало суто відомчий та ідеалізований характер, закон же «Про музей та музейну справу» так і не був прийнятий у СРСР. Фактична відсутність правового регулювання в музейній справі, крім певного регулювання народних музеїв, за радянських часів свідчила про гальмування законодавства в цій сфері державного управління [17].

1995 р. прийнято ЗУ «Про музеї та музейну справу» [18], де музей визначено як науково-дослідний та культурно-освітній заклад, створений для вивчення, збереження, використання та популяризації музейних предметів та музейних колекцій з науковою та освітньою метою, залучення громадян до надбань національної та світової культурної спадщини. Наведено види музеїв за профілем. Згідно закону, музеї можуть засновуватися на будь-яких формах власності, діють на підставі статуту (положення) тощо. Проте, варто додати, що на сьогодні в Україні фактично

відсутня державна музейна стратегія, немає спеціалізованої науково-дослідної інституції – аналітичного центру, який мав би вивчати питання теорії та практики музейної справи, готувати проекти нормативних актів, опрацьовувати зарубіжний досвід тощо. В нашій державі працює кілька громадських організацій, які частково виконують функції недержавних аналітичних центрів, але, як зазначають дослідники, зусиль цих організацій виявляється недостатньо для розроблення національної концепції музейної реформи [19, с. 140]. У 2012 р. при Міністерстві культури України було створено спеціальний консультативно-дорадчий орган – Музейну раду, що 25 квітня 2013 р., затвердила проект Концепції державної цільової національно-культурної програми розвитку музейної галузі до 2018 р., де передбачалося удосконалення нормативно-правової бази в цій сфері. Та, хоч концепція і була прийнята за основу ще в 2013 р., вона так і залишилася нереалізованою.

Театри. У період існування СРСР переважала концепція, згідно з якою, всі відносини в країні регулювалися державою і театри не були у цьому сенсі винятком. Виділяють декілька етапів регулювання: 1) на першому (1917-1938 рр.) – створюється правова основа діяльності центральних органів управління, директивні органи розробляють державну культурну політику, основним принципом якої був тоталітарний політико-ідеологічний контроль за діяльністю театрів; 2) у 1939–1956 рр. продовжує розвиватися система централізованого партійно-державного керівництва творчою діяльністю, створюються нові централізовані органи управління; 3) 1960–1980-х рр. – театральне мистецтво знаходилося під жорстким контролем Комуністичної партії УРСР. Лише із середини 1980-х рр. відчувається зниження гостроти реагування партії на роботи митців у театральному мистецтві [20, с. 130-131]. Заслуговує уваги Постанова «Про перехід театрів країни на нові умови господарювання», що вийшла 22 листопада 1988 р., яка в період реформування істотно розширила самостійність театрів. Принциповим моментом була можливість застосування двох альтернативних форм розподілу доходів. Згідно з Постановою, у доходи театрів включалися: – збори від продажу квитків; – надхо-

дження від надання послуг, проведення робіт і заходів щодо договорів з державою, кооперативними і громадськими організаціями; – надходження з фондів розвитку; – інші надходження. Крім того, театрам було дозволено використання банківського кредиту на цілі виробничого і соціального розвитку з погашенням за рахунків театру [20, с. 132-133].

2005 р. прийнято ЗУ «Про театри та театральну справу», за яким театр – це заклад культури (підприємство, установа чи організація) або колектив, діяльність якого спрямована на створення, публічне виконання та публічний показ творів театрального мистецтва [21]. На території України створюються і діють театри, що відрізняються за видами театрального мистецтва, формою власності, спрямованістю на різні верстви населення та іншими ознаками. Рішення про створення театру приймають його засновники (власники), якими можуть бути органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування, юридичні або фізичні особи. Права та обов'язки театрів визначені у статті 12 Закону. Театри також мають право здійснювати комерційну та некомерційну господарську діяльність тощо.

Архіви. В аспекті законодавчого регулювання архівів як закладів можемо сказати небагато. Усвідомлення необхідності організації спеціальних інституцій для збереження архівних документів у Російській імперії прийшло лише наприкінці XIX століття, прийнятий 1 червня 1918 р. Декрет про реорганізацію архівної справи дав початок розвитку законодавчої бази в Україні. Перші в УСРР законодавчі акти з архівної справи були спрямовані на впровадження централізованого управління у сфері архівної справи, оголошення державної власності на архівні документи, заборону нищення архівів тощо. Наступна група законодавчих актів стосувалась формування ієрархічної системи архівних установ, поглиблювала впровадження централізації в галузі архівної справи. Так, постановою Колегії Наркомосвіти УСРР від 28 квітня 1921 р. на базі Архівної секції підпорядкованого йому Вукопмису було створено Головне архівне управління при Наркомосвіти УСРР (Головарх). Усі питання, які стосувалися архівної справи мав право вирішувати тільки Головарх та його місцеві ор-

гани [22]. Згодом, приймалися: 1923 р. постанова ВУЦВК «Положення про Центральне Архівне Управління», за яким колишнє Головне архівне управління реорганізовувалося у Центральне архівне управління; 1925 р. постанова ВУЦВК та РНК УСРР «Про єдиний державний архівний фонд УСРР»; 1928 р. «Положення про Центральне Архівне управління УСРР та його місцеві органи»; 1930 р. постанови «Про Єдиний державний архівний фонд УСРР», «Про Всеукраїнський центральний державний архів». Нова постановою ВУЦВК та РНК УСРР від 20 червня 1932 р. «Про центральну архівну управу УСРР, її місцеві органи та установи, що є при її місцевих органах» визнавала центральні, обласні та державні історичні архіви науковими архівними установами, які зберігають, систематизують і науково опрацьовують архівні матеріали науково-історичного значення. Обласні державні історичні архіви утримувалися за рахунок обласних бюджетів. Центральним обласним управлінням надавалося право фінансувати науково-видавничу діяльність цих архівів за рахунок централізованих коштів свого бюджету. Постановою закріплювалася нова структура апарату ЦАУ та зміни у мережі центральних державних архівів [23, с. 31].

Протягом 1991–2001 рр., зі здобуттям Україною незалежності, було здійснено організаційні заходи щодо уточнення профілю архівів та їхнє перейменування. У грудні 1993 р. в Україні прийнято чинний на сьогодні закон «Про Національний архівний фонд і архівні установи України». Він закріплює положення про те, що архівна установа, архів, архівний підрозділ, архівний відділ – це відповідно установа чи структурний підрозділ, що забезпечує облік і зберігання архівних документів, використання відомостей, що в них містяться, та формування Національного архівного фонду і/або здійснює управління, науково-дослідну та інформаційну діяльність у сфері архівної справи і діловодства [24]. Тобто закон оперує саме поняттям «установи», а не «закладу». Стаття 22 вказує, що архівні установи можуть засновуватися на будь-якій формі власності, їх засновниками можуть бути державні органи, органи місцевого самоврядування, юридичні та фізичні особи. Стаття 23 містить розгалужену систему архів-

них установ в Україні, які деталізуються у наступних положеннях. Розділ VII характеризує їх фінансове, матеріально-технічне і кадрове забезпечення тощо.

А тепер в цілому, узагальнивши подану інформацію, можемо сказати, що законодавство щодо різних видів закладів на території України пройшло декілька етапів свого становлення і розвитку. Хоча, перші історико-культурні почали виникати на території України ще у період Київської Русі, в той час нормативно-правове регулювання їх функціонування, як юридичної особи або було відсутнє взагалі, або ж було дуже уривчастим. Надалі розвиток системи права у цьому напрямку не був стабільним через складну політичну ситуацію, втрату власної державності і перебування українських земель у складі інших держав. Радянський період характеризувався значною заідеологізованістю правових актів, контролем з боку держави та її органів. З проголошенням незалежності України розпочався вже активний законодавчий процес у сфері регулювання порядку створення та діяльності закладів як юридичних осіб. Важливою подією стало прийняття 16 січня 2003 р. чинного сьогодні ЦК України. Кодекс не лише вдосконалив правові основи регулювання інституту юридичної особи загалом, а й на законодавчому рівні закріпив принцип поділу юридичних осіб на підприємницькі та непідприємницькі (в т. ч. заклади) тощо. Втім, і на сьогодні на рівні законодавства існує ряд проблем. Не зважаючи на те, що профільні закони та інші нормативні акти містять визначення окремих видів закладів, їх принципи діяльності, завдання, види тощо, що є позитивним, досі на законодавчому рівні сам термін «заклад» прямо не закріплений, а при дослідженні використання даного поняття у різних нормативно-правових актах можна зробити висновок щодо неоднозначності розуміння законодавцем сутності «закладів»: сприйняття як тотожних конструкцій «закладу» та «установи», як самостійної організаційно-правової форми юридичних осіб, як організації. Більше того, законодавець у багатьох нормативних документах розкриває дефініцію поняття медичного, освітнього чи іншого закладу через таке саме поняття – «заклад», тлумачення останнього, як вже було сказано, не надаючи. У такому випадку стає нез-

розумілим якими ж саме конститутивними ознаками наділяється кожен заклад і які головні видові функціональні ознаки тих чи інших його видів. Якщо повернутися, до прикладу, до визначень понять «бібліотека», «музей», «театр» у профільних законах, слід сказати, що законодавець при конструюванні цих понять виходить передусім із окреслення їх функціонального призначення та мети діяльності, що, безперечно, є важливим. Одночасно в правовому аспекті, насамперед з точки зору їх діяльності як юридичних осіб, ці визначення є неякісними і на практиці завжди потребуватимуть додаткового тлумачення, адже незрозумілим залишається підхід до регулювання їхньої організаційно-правової форми. Театри та музеї відповідно до профільних законів, можуть створюватись та діяти в усіх організаційних формах, передбачених законом. Проте законами організаційно-правові форми, у яких можуть діяти наведені юридичні особи, не деталізовані, а тому напрошується висновок, що вони можуть діяти в будь-яких організаційно-правових формах. Очевидно, що така лояльність законодавця в частині регламентації даного питання, на нашу думку, є невиправданою.

Таким чином, розгалуженість нормативної регламентації закладів, відсутність фундаментальних норм щодо самого поняття закладу, базових елементів його правового становища створює суттєві прогалини в досліджуваній сфері відносин та вказує на потребу вдосконалення законодавства. Для вирішення даної проблеми, доцільним було б, для початку, на законодавчому рівні закріпити легальне визначення самого «закладу», як системоутворюючої основоположної категорії, конкретизувати його організаційно-правову форму.

1. Голоха Л. *Державне управління бібліотечною справою в Україні: історичний аспект [Електронний ресурс]* / Л. Голоха. – Режим доступу: [http://www.dridu.dp.ua/vidavnicтво/2009/2009-01\(1\)/Goloha.pdf](http://www.dridu.dp.ua/vidavnicтво/2009/2009-01(1)/Goloha.pdf)
2. Володин, Б. Ф. *Всемирная история библиотек* / Володин Б. Ф. – С. Пб. : Питер, 2002. – 352 с.
3. Онищенко О. *Бібліотечна справа в Україні наприкінці XIX – у 10-х роках XX ст.: стан і основні напрямки розвитку* / О. Онищенко, Л. Дубровіна // *Бібл. вісн.* – 2005. – № 2. – С. 3 – 13.
4. Ківишар, Т. *Бібліотека і влада в Україні на сучасному етапі* / Т. Ківишар // *Бібліотека. Інформація. Суспільство: зб. наук. пр. за матеріалами*

- Всеукраїнської наук.-практ. конф. 20-22 жовт. 1998 р. / Укр. бібл. асоціація; Нац. парлам. б-ка України. – К., 1998. – С. 23 – 29.*
5. Цивільний Кодекс Української РСР 1922 р. [Електронний ресурс] – Режим доступу : <https://drive.google.com/file/d/0B4Jol7u6WEiLZTQxcG1wODJIR00/edit>
 6. Онищенко, О. Бібліотечна справа в Україні наприкінці 50-х років – 1980-х роках ХХ ст. / О. Онищенко, Л. Дубровіна // Бібл. вісн. – 2006. – № 3. – С. 24 – 38.
 7. Закон України «Про бібліотеки і бібліотечну справу» № 32/95-ВР від 27 січня 1995 р. [Електронний ресурс] / Верховна Рада України – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/32/95-вр>
 8. Зозуляк О. І. Непідприємницькі юридичні особи як суб'єкти цивільного права: теоретичний та практичний аспекти: дис... доктора юрид. наук: спец. 12.00.03 / Зозуляк Ольга Ігорівна. – Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, Київ, 2017. – 475 с.
 9. Про затвердження переліку платних послуг, які можуть надаватися закладами культури, заснованими на державній та комунальній формі власності: Постанова Кабінету Міністрів України від 12.12.2011 р. № 2071. – [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/1271-2011-%D0%BF>
 10. Про схвалення Стратегії розвитку бібліотечної справи на період до 2025 року «Якісні зміни бібліотек для забезпечення сталого розвитку України»: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 23 березня 2016 р. № 219-р. – [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/219-2016-р>
 11. Салата О.О. Основи музеєзнавства: навчально-методичний посібник / О. О. Салата – Вінниця: ТОВ «Нілан-ЛТД», 2015. – 164 с.
 12. Гайда Л. А. Становлення та розвиток музеїв при навчальних закладах України // Український музей при навчальному закладі: історія і сучасність. Матеріали обласної науково-методичної конференції. – Кіровоград: Видавництво КОІППО імені Василя Сухомлинського, 2008. – 148 с.
 13. О народном музее: типовое положение от 15.02.1965 г. // В помощь народным музеям – М., 1976. – Тр. 42. – С. 71.
 14. О народном музее: типовое положение от 15.02.1965 г. // В помощь народным музеям – М., 1976. – Тр. 42. – С. 71.

15. Стельмах І. Ф. *Громадські музеї в історичній ретроспективі* / І. Ф. Стельмах // *Праці Центру пам'яткознавства: зб. наук. пр.* – 2009. – Вип. 16. – С. 102-111.
16. *Про музей, який працює на громадських засадах: Типове положення від 16.11.1990 р.* / Міністерство культури Української РСР. – К., 1990. – С. 1.
17. Бородін Є. І. *Концептуальні засади державного управління музейною справою в Україні: нормативно-правовий аспект* [Електронний ресурс] / Є. І. Бородін, Т. І. Шапаренко. // *Публічне адміністрування: теорія та практика.* – 2012. – Вип. 2. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Patp_2012_2_5
18. Закон України «Про музеї та музейну справу» № 249/95ВР від 29 червня 1995 р. [Електронний ресурс] / Верховна Рада України – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/249/95-вр>
19. Смазлій К. В. *Європейський досвід реформування музейної сфери: уроки для України* / Катерина Василівна Смазлій // *Будуємо нову Україну: зб. конф. (26–27 лист. 2014 р., м. Київ) / упоряд. Ярошенко Т.О; Українське Фулорайтівське коло.* – К.: Видавничий дім «Києво Могилянська академія», 2015. – С. 138-154.
20. Яблунівський С. В. *Державне регулювання театральної справи в СРСР: театральна реформа 1989–1990 рр.* / С. В. Яблунівський // *Держава і регіони. Серія: Право.* – 2010. – № 3. – С. 129-133. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Dtr_du/2010_3/files/DU310_25.pdf
21. Закон України «Про театри та театральну справу» № 2605-IV від 31 травня 2005 р. [Електронний ресурс] / Верховна Рада України – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2605-15>
22. Московченко Н. *Правові засади розвитку архівної справи в Україні (1919-1932 рр.)* [Електронний ресурс] / Н. Московченко // *Студії з архівної справи та документознавства.* – 2004. – Т. 11. – С. 5-13. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/sasd_2004_11_1
23. Довжук І. В. *Правові засади реорганізації архівної справи в Україні у 1920-1930-х рр.* [Електронний ресурс] / І. В. Довжук // *Вісник Східноукраїнського національного університету імені Володимира Даля.* – 2017. – № 1. – С. 29-33. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/VISUNU_2017_1_6
24. Закон України «Про Національний архівний фонд та архівні установи» № 3814-ХІІ від 24 грудня 1993 р. [Електронний ресурс] / Вер-

ховна Рада України – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3814-12>

Стратюк О. М. Правове регулювання діяльності історико-культурних закладів : ретроспектива та сучасний стан

В статті розглядаються наукові погляди щодо ретроспективи правового регулювання історико-культурних закладів як невідприємницьких юридичних осіб, а також визначається їх роль. Досліджується походження, поняття, зміст і загалом особливості, притаманні даному різновиду юридичних осіб. Піддається аналізу сучасний механізм правового регулювання історико-культурних закладів в Україні.

Ключові слова: невідприємницька юридична особа, заклад, музей, архів, бібліотека, театр, заклад культури.

Стратюк А. Н. Правовое регулирование деятельности историко-культурных заведений: ретроспектива и современное состояние

В статье рассматриваются научные взгляды относительно ретроспективы правового регулирования историко-культурных заведений как непредпринимательских юридических лиц, а также определяется их роль. Исследуется происхождения, понятие, содержание и вообще особенности, присущие данному разновидности юридических лиц. Поддается анализу современный механизм правового регулирования историко-культурных заведений в Украине.

Ключевые слова: некоммерческое юридическое лицо, учреждение, музей, архив, библиотека, театр, учреждение культуры.

Stratyuk O. M. Legal regulation of the activity of historical and cultural institutions: retrospective and current state

The article deals with scientific views on the retrospective of legal regulation of historical and cultural institutions as non-entrepreneurial legal entities, as well as their role. The origin, concept, meaning and general features, inherent to this kind of legal entities are investigated.

An analysis of the modern mechanism of legal regulation of historical and cultural institutions in Ukraine is being analyzed.

Key words: non-entrepreneurial legal entity, institution, museum, archive, library, theater, cultural institution.

ЗМІСТ

КОНСТИТУЦІЙНИЙ ЛАД ТА ПРАВА ЛЮДИНИ. ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ТА ФІНАНСОВОГО ПРАВА. АДМІНІСТРАТИВНЕ СУДОЧИНСТВО3

- Гольденберг Т.В.* Право на привілеї та імунітети
всесвітньої організації охорони здоров'я3
- Клейман М.Ю.* Методологія дослідження
адміністративно-правового регулювання приватної
детективної діяльності13
- Мельник А.В.* Діяльність комітету ООН з прав
людини у сфері захисту свободи вираження поглядів ...24
- Розвадовський В.І.* Процесуальні права адвоката в
конституційному провадженні: теорія та практика35

ЦИВІЛЬНЕ ТА СІМЕЙНЕ ПРАВО. ПРОБЛЕМИ ГОСПОДАРСЬКОГО ТА КОРПОРАТИВНОГО ПРАВА. ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ТА ГОСПОДАРСЬКОГО СУДОЧИНСТВА43

- Албу А.А.* Категорія управління: порівняльно-
правовий аналіз за законодавством країн
англосаксонської та континентальної правових сімей...43
- Гудима-Підвербецька Марія Мирославівна.* Поняття
субсидіарного застосування цивільного
законодавства як одного з проявів субсидіарності в
цивільному праві України49
- Зінич Л.В.* Проблемні питання функціонування
інституту державних інспекторів з питань
інтелектуальної власності60
- Ковалишин О.Р.* Корпоративний секретар як приклад
правових запозичень.....68
- Лукашов Р.С.* Корпоративний договір у регулюванні
відносин товариства з обмеженою відповідальністю76

**ПРОБЛЕМИ ОХОРОНИ НАВКОЛИШНЬОГО
ПРИРОДНОГО СЕРЕДОВИЩА. ЗЕМЕЛЬНЕ ТА
АГРАРНЕ ПРАВО.....92**

- Вівчаренко О.А.* Конституційно-правові вимоги охорони земель, передбачені Конституцією України92
Гузь В.М. Міжнародно-правова охорона дикої фауни ..100
Кохан Н.В. Теоретичні засади договірного регулювання трудових правовідносин..... 115

**ПРОБЛЕМИ ПОЛІТИКИ В СФЕРІ
БОРТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ 126**

- Козич І.В.* Функціональне співвідношення кримінально-правової та кримінологічної політики в сфері боротьби зі злочинністю 126
Ковальська В.Ю. Вчинення злочину щодо дитини, як обставина, що обтяжує відповідальність за КК України 135
Круль С.М. Основні інформаційно-довідкові системи інших міністерств і відомств при розслідуванні розбоїв 149
Починок В.М. Тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя в системі заходів забезпечення кримінального провадження 161

**АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ СУЧАСНОЇ
ЮРИСПРУДЕНЦІЇ 170**

- Банасевич І.І.* Поняття «споживач» в цивільному праві: доктринальні підходи 170
Збирак Т.В. Проблеми адміністративно-правового забезпечення права особи на свободу слова в Україні та шляхи їх вирішення..... 178
Зозуляк О.І. Тенденції розвитку системи невідприємницьких юридичних осіб 190

<i>Кіселичник В.П.</i> Принципи трудового права за проектом Трудового кодексу України	200
<i>Мироненко І.В.</i> Індивідуалізація земельних ділянок як умова їх залучення до цивільного обороту.....	212
<i>Олійник О.С.</i> Особливості реалізації принципів добросовісності, розумності та справедливості в римському приватному праві	224
<i>Соколовська Ю.В.</i> Правовий статус учасників підприємницьких товариств як суб'єктів цивільно-правової відповідальності.....	236
<i>Стратюк О.М.</i> Правове регулювання діяльності історико-культурних закладів: ретроспектива та сучасний стан	247

Для нотаток

Для нотаток

Для нотаток

Наукове видання

Актуальні проблеми вдоско-
налення чинного законодав-
ства України

Випуск 48
Збірник наукових статей

В редакції авторів наукових статей

Комп'ютерна верстка і правка Ігор КОЗИЧ

Підписано до друку 03.09.18 Формат 60x84/16. Па-
пір офсетний. ум.друк.арк. 13,9 Наклад 300 прим.
Зам. №25/18.

Віддруковано в навчально-науковому
юридичному інституті
ДВНЗ «Прикарпатський національний університет
імені Василя Стефаника»
76018, м.Івано-Франківськ, вул. Шевченка, 44а
e-mail: lawdept@pu.if.ua