

ISSN 0132–1331

ПРАВО

ЮРИДИЧНИЙ
ЖУРНАЛ

України

Науково-практичне фахове видання

Засноване у 1922 році

Видається щомісячно

Свідоцтво про державну реєстрацію:
Серія KB № 17414-6184ПР

Передплатний індекс: 74424

Адреса редакційної колегії:
04107, м. Київ
вул. Багговутівська, 17–21
Тел.: 0 (44) 537-51-07

Головний редактор:
Святоцький О. Д.,
доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України

E-mail: info@pravoua.com.ua

Відповідальний секретар:
Давиденко О. М.

Відповідно до рішення
Президії Вищої атестаційної комісії України
(постанова від 10 лютого 2010 року № 1-05/1)
журнал «Право України» внесено до переліку
фахових видань у галузі юридичних наук

ЗАСНОВНИКИ

Національна академія правових наук України
Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України
Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»
Конституційний Суд України
Верховний Суд України
Вищий господарський суд України
Генеральна прокуратура України
Міністерство юстиції України
Спілка адвокатів України
Трудовий колектив редакції журналу «Право України»

ВИДАВЕЦЬ

© Редакція журналу «Право України»

5/2011

ЗМІСТ

Актуальна тема номера

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО УКРАЇНИ: ПИТАННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ ТА ЙОГО ЗАХИСТУ

I. Методологічні засади правового регулювання відносин власності

КУЗНЕЦОВА Н. Власність як основа громадянського суспільства і демократичної держави	4
СУЛЕЙМЕНОВ М. До питання про місце права власності у системі цивільних прав	13
МАЙДАНИК Р. Довірча власність і фідучія: місце і перспективи в системі права України	18
СПАСИБО-ФАТЄЄВА І. Замітки цивіліста про тенденції пізнання права власності	29
СКРЯБІН С. Предмет, метод і система речового права: деякі питання кодифікації цивільного законодавства в Казахстані	37
КОХАНОВСЬКА О. Основні теорії права інтелектуальної власності та їх вплив на розвиток сучасного законодавства в Україні	52
ХАРИТОНОВ Є., ХАРИТОНОВА О. Проблемні питання набуття та припинення права власності за цивільним законодавством України	60

II. Захист права власності

ДЗЕРА О. Цивільно-правова конфіскація в контексті змін ст. 228 ЦК України	69
ПОГРІБНИЙ С. Захист права власності на нерухоме майно: окремі питання судової практики	77
СТРЕЛЬЦОВ Є. Кримінально-правова охорона власності	87
ЛІЧМАН Л. Значення добросовісності набувача у судовій практиці у справах про захист права власності	96

III. Право власності на окремі об'єкти

ЖИЛІНKOBA І. Правове регулювання речових відносин у сім'ї: визначення концептуальних підходів	105
НОСІК В. Перехід прав на земельні ділянки державної та комунальної власності під об'єктами незавершеного будівництва приватної власності	113
СЛОБОДЯНЮК С. Особливості державної реєстрації об'єктів житлової нерухомості, що розташовані на земельних ділянках	123
ЄФІМЕНКО Л. Проблеми взаємодії нотаріальної діяльності та діяльності щодо державної реєстрації речових прав	130
КОТ О. Деякі проблеми визнання права власності на самочинно збудоване нерухоме майно	136

Актуальні питання європейської інтеграції України

ШПАКОВИЧ О. Роль європейських інституцій у розвитку європейського права	142
СМИРНОВА К. Європейська інтеграція України: актуальні питання	148

Конституційний процес в Україні: новий етап

СЕЛІВАНОВ А. Конституційна реформа в Україні: потреба наукової концепції	153
ГОЛОВАТИЙ С. Тріада європейських цінностей — верховенство права, демократія, права людини — як основа українського конституційного ладу	159
ШЕВЧУК С. Принцип верховенства права та найвища юридична сила Конституції України	175
ЄЗЕРОВ А. Конфлікти у конституційно-правовій сфері: проблема найменування та визначення	187
ЖАРОВСЬКА І. Державна влада як детермінант соціального публічно-правового конфлікту	196
СЛОВСЬКА І. Верховна Рада України як суб'єкт конституційно-правової відповідальності	204

Цивільне право

БУЛЕЦА С. Вік при наданні медичної допомоги: цивільно-правовий аналіз	212

Господарське право

ОМЕЛЬЧЕНКО А. Поняття та ознаки зовнішньоекономічної діяльності як предмета правового регулювання	218

Трудове право

ГЕТЬМАНЦЕВА Н. До питання про метод правового регулювання трудових відносин	224

Земельне право

ІЛЬКІВ Н., ІЛЬНИЦЬКИЙ О. Примусове відчуження земельних ділянок та об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, з мотивів суспільної необхідності: правові проблеми	231
СИДОР В. Земельно-правова основа конституційного ладу України	242

Кримінальне право

БАГЛАЙ І. Насильство як кваліфікуюча ознака грабежу та розбою	248

Питання кримінології

КОРНЯКОВА Т. Проблеми ефективності реалізації кримінологічної запобіжної функції у природоохоронній діяльності органів прокуратури	254

Історико-правові дослідження

МАЦЬКЕВИЧ М. Судові органи в Західноукраїнській Народній Республіці (1918–1919 рр.)	262

Молодим правознавцям — слово

КОСТЕНКО О. Кримінально-правова охорона права споживача на інформацію про продукцію	268
ЗАВАЛЬНЮК І. «Розумний строк» в адміністративному процесі	275
ДУРНЕВА Ю. Щодо законодавчого врегулювання діяльності комунальних банків	280
ЧУБКО Т. Фактори розвитку права в контексті процесів глобалізації	286
КРАВЦОВ С. МКАС та державні суди: проблеми взаємодії	292
ОВЧАРЕНКО Д. Філософсько-правове розуміння моралі та її вимог до соціальних практик застосування покарання	301

Визначні юристи

Геннадій Костянтинів Матвеев — вірний лицар цивілістики	309

До 15-ї річниці прийняття Конституції України

ШАПОВАЛ В., КОРНЄЄВ А. Історія конституційного упорядкування сучасної української держави (продовження)	313

Правова хроніка

Конкурс на присудження Премії імені Ярослава Мудрого	335
ПОЛІШКО А. Всеукраїнська науково-практична конференція з проблем захисту права власності (нотатки з конференції)	337
ЛИТВИНЕНКО А. Лісабонський договір та відносини між Європейським Союзом і Україною (нотатки з міжнародного семінару)	340
ПОЛІШКО А. Академічні читання з питання інституційної форми державно-приватного партнерства	342
IV Міжнародна науково-практична конференція з медичного права	344

Ювіляри

Члену-кореспонденту НАПрН України Олександр Василювичу Дзері — 65 років	347

Рецензії

ШУМИЛО Є. Теоретичний аналіз доказування у кримінальному процесі	348
СЕЛІВАНОВ А. Суттєвий науковий внесок відомого російського конституціоналіста ..	352

Вибрана бібліографія сучасних монографічних праць з питань власності**Пам'яті вчених-правознавців**

Світлій пам'яті академіка О. О. Погрібного	356
Пам'яті знаного конституціоналіста, талановитого педагога, професора В. І. Чушенка ..	357

До уваги читачів журналу «Право України»!

Актуальною темою наступного номера видання буде:

«Господарське судочинство в Україні».

Актуальна тема номера

Цивільне право України:
питання права власності та його захисту

І. Методологічні засади
правового регулювання відносин власності

ВЛАСНІСТЬ ЯК ОСНОВА ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА І ДЕМОКРАТИЧНОЇ ДЕРЖАВИ



Н. КУЗНЕЦОВА

*доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України,
професор кафедри цивільного права
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)*

Категорія власності посідає особливе місце у суспільній свідомості й загалом у суспільному житті. Як явище багатоаспектне вона була і залишається предметом ґрунтовних історичних, філософських, економічних і правових досліджень, а відтак — і наукових дискусій, гострота яких з часом не зменшується.

Однак сьогодні ні в кого не викликає сумнівів положення про те, що тільки в країні, де недоторканність власності не лише декларується, а й гарантована, громадянину може бути забезпечений вільний розвиток особистості, добробут і спокій.

Держава зобов'язана забезпечити такий правопорядок шляхом створення ефективного нормативно-правового регулювання (у тому числі, а може,

передусім — цивільно-правового) відносин власності.

Саме відносини приватної власності та в цілому ринкова економіка становлять майновий фундамент громадянського суспільства, оскільки вони є основними інструментами забезпечення автономії та незалежності особи.

Нагадаємо, що саме з реформування відносин власності, реанімування приватної власності, «поновлення її у правах» відносно інших форм (передусім державної), відновлення ринкової інфраструктури економічного сектору розпочався процес переходу від тоталітарного режиму до демократичного, що й створило передумови формування на теренах колишнього СРСР, зокрема в Україні, громадян-

ського суспільства й правової держави. І це не є випадковим.

Починаючи з 20–30-х років XX ст., у межах радянського правопорядку беззастережно закріпилася монополія державної (а надалі — загальнодержавної) власності, яка визнавалася соціалістичною за своїми характером і природою. Водночас особиста власність розглядалася як похідна від соціалістичної, і її існування було спрямоване виключно на забезпечення споживчих потреб громадянина [1].

Радянське законодавство містило численні обмеження щодо реалізації громадянами України, одночасно громадянами СРСР, права особистої власності. Передусім ці обмеження торкалися кола і кількості об'єктів, які могли бути у власності громадян.

Прийняті в 1960 р. Основи цивільного законодавства СРСР та союзних республік закріпили низку найбільш принципових положень, які з огляду на їх обов'язковість мали враховуватися у ЦК союзних республік. Зокрема, ст. 25 Основ передбачала, що в особистій власності громадян може бути майно, призначене для задоволення їхніх матеріальних та культурних потреб. Кожний громадянин може мати в особистій власності трудові доходи та заощадження, житловий будинок (або частину його), підсобне домашнє господарство, предмети домашнього вжитку, особистого споживання та комфорту.

Особливо наголошувалося, що майно, яке належить громадянам на праві особистої власності, не може використовуватися для одержання не-трудових доходів.

Хоча безпосередньо у законах не містилося прямих заборон щодо набуття у власність громадян конкретної кількості й розміру майна або нагромадження трудових доходів та заоща-

джень, водночас відповідні обмеження все ж були встановлені. Достатньо згадати «норми» щодо кількості худоби, встановлені Указом Президії Верховної Ради РРФСР від 13 листопада 1964 р., які фактично звели нанівець можливості розвитку індивідуального господарства і на десятиліття закрили перспективи розвитку не тільки тваринництва, а й у цілому аграрного сектору [2, 179–186].

В епіцентрі серйозних нормативних обмежень опинився й житловий будинок, який на той час належав до найбільш важливих об'єктів права особистої власності. У 60-і роки індивідуальне житлове будівництво у великих містах фактично було припинено, оскільки постановою ЦК КПРС і Ради Міністрів СРСР від 31 липня 1957 р. у містах було рекомендовано розвивати спільне будівництво громадянами багатоквартирних житлових будинків за типовими проектами [3]. Статті 100–107 ЦК УРСР 1963 р. закріпили обмеження, які впродовж 30 років супроводжували право власності громадян на житловий будинок в Україні.

Так, у особистій власності громадянина міг бути лише один житловий будинок (або частина його). Подружжя, що спільно проживало, та їхні неповнолітні діти мали право володіти тільки одним житловим будинком (або частиною його), який належав на праві особистої власності одному з них або знаходився в їхній спільній власності (ст. 100 ЦК УРСР). Цікавим з погляду загальної характеристики права особистої власності в радянський період є аналіз положень ст. 103 ЦК УРСР. Відповідно до цієї статті передбачалося, що якщо в особистій власності громадянина або подружжя, що спільно проживає, виявиться, *за підстав, що допускаються законом*

(курсів мій. — Н. К.), більше одного житлового будинку, власник має право на свій розсуд залишити у своїй власності будь-який з цих будинків. Інший будинок (будинки) має бути впродовж одного року проданий, подарований або відчужений іншим способом. Якщо протягом одного року власник не скористається своїм правом відчуження будинку в будь-якій формі, за рішенням виконкому місцевої Ради народних депутатів, на території якої він розташований, цей будинок підлягає примусовому продажу в порядку, встановленому для виконання судових рішень (тобто із застосуванням процедури прилюдних торгів). Якщо продаж будинку в примусовому порядку не відбудеться з причин відсутності покупців, за рішенням виконкому тієї ж Ради народних депутатів будинок безоплатно переходить у власність держави.

Законодавчо був визначений і граничний розмір будинку — 60 м² (а з 1985 р. — 80 м²). Водночас громадянин, який має велику сім'ю або право на додаткову житлову площу, з дозволу виконкому місцевої Ради народних депутатів мав право побудувати або придбати будинок більшої площі.

Були встановлені й інші обмеження при здійсненні прав особистої власності на житловий будинок [4].

Крім того, законодавством визначався перелік майна, яке могло бути об'єктом права особистої власності. Наприклад, земля на підставі статей 10–11 Конституції УРСР була об'єктом виключної власності радянської держави, як і основні засоби виробництва та інше майно, що могло використовуватися з метою отримання прибутку.

Хоча формально громадянин володів, користувався і розпоряджався належним йому майном на свій роз-

суд, з огляду на споживацький характер особистої власності ці можливості також значною мірою обмежувалися.

Насамперед не допускалося *виробниче* використання майна, що інтерпретувалося як одержання нетрудових доходів. Як кримінально карні злочини розглядалися комерційне посередництво, приватно-підприємницька діяльність [2, 204–223].

Аналіз наведених фактів яскраво свідчить, що зі зміцненням соціалізму відбувалася ескалація обмежень права особистої власності. І, як наслідок, у пересічного громадянина СРСР (і України в тому числі) було практично «витравлено» почуття власника.

Саме з огляду на ці обставини і передумови перебудова і трансформація майнових відносин у незалежній Україні розпочалися саме з реформи відносин власності. І тому прийнятий 7 лютого 1991 р. Закон України «Про власність», безперечно, можна вважати першим і дуже важливим кроком до відновлення (а точніше, реанімації) інституту власності в цілому та інституту приватної власності зокрема.

Загалом у нормативно-правових актах 1991–1993 рр. законодавець закріпив новели, якими адекватно відреагував на істотні обмеження права власності, що містилися у попередньому законодавстві, і в міру свого бачення зробив спробу їх усунути.

На політичному рівні Конституція України, прийнята в 1996 р., закріпила право громадянина на власність як важливий атрибут правової держави і демократичного суспільства.

Зокрема, ст. 41 Конституції України передбачає, що кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності. Ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності. Право при-

ватної власності є непорушним. Примусове відчуження об'єктів права приватної власності може бути застосовано лише як виняток з мотивів суспільної необхідності на підставі і в порядку, передбаченому законом, та за умови попереднього і повного відшкодування їхньої вартості. Примусове відчуження таких об'єктів з наступним повним відшкодуванням їхньої вартості допускається лише в умовах воєнного чи надзвичайного стану. Конфіскація майна може бути застосована виключно за рішенням суду у випадках, обсязі та порядку, встановлених законом. Використання власності не може завдавати шкоди правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства, погіршувати екологічну ситуацію і природні якості землі.

Водночас, характеризуючи повноту і глибину конституційного закріплення інституту власності, можна критично зауважити: не всі основоположні засади права власності знайшли безпосереднє закріплення саме у конституційних положеннях.

Ця констатація є дуже важливою з огляду на пануючу в літературі думку про те, що право власності є комплексним правовим інститутом, оскільки існує єдине право власності, що, у свою чергу, передбачає, що всі суб'єкти права, які визначаються власниками, мають однакові повноваження, і держава повинна забезпечити рівний захист усіх власників [5].

Спираючись передусім на загальні принципи побудови системи права у всіх країнах СНД, яка своїм корінням сягає традицій радянського права, базову основу, вихідні засади цього єдиного поняття — права власності, становлять саме конституційні норми.

Як свідчить зміст наведеної ст. 41 Конституції України, вона має досить фрагментарний характер.

На підтвердження комплексного характеру інституту права власності можна зазначити, що у кримінальному й адміністративному законодавстві містяться норми, якими визначена відповідальність за порушення права власності у зв'язку із вчиненням злочину або адміністративного проступку.

Однак без будь-яких перебільшень можна сказати, що саме цивільне право наповнює інститут права власності його «регуляторним» змістом.

Навряд чи можна погодитися з висловленою думкою про те, що за своєю природою основоположні норми права власності належать до особливого різновиду позагалузевих (реперних) правових норм. Такий погляд призводить до висновку, що окремого цивільно-правового або будь-якого іншого галузевого поняття права власності (наприклад податкового, адміністративного, кримінального) не існує. Законом передбачається лише єдине публічно-приватне поняття права власності, засноване на положеннях Конституції та супроводжуючих її нормах цивільного та інших галузей права, які визначають окремі елементи цього поняття [6].

Не заперечуючи комплексного характеру інституту права власності як єдиного правового утворення, все ж таки вважаємо, що немає жодних підстав для висновку про те, що правові норми, якими встановлені правомочності власника щодо володіння, користування, розпорядження належним йому майном, у тому числі на умовах спільної власності (часткової або сумісної), або передбачені особливості речово-правових способів захисту порушеного права тощо, з цивільно-правових «трансформуються» в позагалузеві (реперні) норми, набуваючи якісь нові, додаткові якості, які змінюють їхню правову природу.

Правові норми, що регулюють відносини власності та становлять один з найважливіших сегментів предмета цивільного права як галузі права, спрямовані на встановлення правового режиму реалізації права власності шляхом здійснення володіння, користування і розпорядження майном, підстав набуття та припинення права власності, а також способів його захисту в разі порушення. Ці правові норми знаходяться, передусім, у тісній єдності з усім цивільно-правовим масивом, концентруючи в собі особливості й тенденції, що характерні для розвитку цивільного права на сучасному етапі.

Аналогічно норми, що передбачають кримінальну й адміністративну відповідальність за порушення права власності (наприклад за крадіжку, розбій, грабїж тощо), не втрачають ознак кримінально-правових та адміністративних норм і не «залишають» кримінальне або адміністративне право. Водночас, безсумнівно, регламентуючи відносини власності в суспільстві, вони доповнюють одна одну і створюють повноцінне правове регулювання всіх аспектів суспільних відносин власності, створюючи міжгалузевий (комплексний) інститут права власності.

Аналізуючи відповідні статті Книги третьої ЦК України «Право власності та інші речові права», можна без особливих зусиль дійти висновку, що законодавець закріплює основні положення, спрямовані на забезпечення економічної свободи кожного індивіда, економічної незалежності особи, яка ґрунтується передусім на приватній власності. Так, ст. 319 ЦК України передбачає, що власник володіє, користується та розпоряджається належним йому майном на свій розсуд. Усім власникам забезпечуються одна-

кові умови здійснення своїх прав. Власник вправі вчиняти щодо свого майна будь-які дії, які не суперечать закону.

Безумовно, свобода розсуду власника при реалізації належного йому права власності не може бути безмежною — її межі визначаються загальними правилами, встановленими ст. 13 ЦК України для здійснення суб'єктивних цивільних прав, зокрема, особа зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, заподіяти шкоду навколишньому середовищу або культурній спадщині. Не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах. Стаття 319, як і ст. 13 ЦК України, передбачає, що при здійсненні своїх прав і виконанні обов'язків власник зобов'язаний додержуватися моральних засад суспільства.

Закріплюючи принципи непорушності права власності, ст. 321 ЦК України передбачає, що ніхто не може бути протиправно позбавлений цього права або обмежений у його здійсненні. Випадки вилучення власності або обмежень у здійсненні права власності, як і сам порядок вилучення (обмеження), можуть встановлюватися виключно законом. Такі випадки в цілому мають характер виключень і можуть ґрунтуватися тільки на мотивах суспільної необхідності. У разі порушення права власності, протиправних зазіхань на майно або створення незаконних перешкод для здійснення цього права власнику надається можливість використати весь потенціал цивільно-правових способів захисту, які мають як загальний характер і передбачені ст. 16 ЦК України, так і спеціально встановлені для відновлення порушеного права власності (статті 386–394 ЦК України).

Досить чітко визначив зв'язок між приватною власністю і громадянським суспільством видатний письменник і громадський діяч сучасності О. Солженіцин: приватна власність народжує незалежних громадян. Незалежні громадяни створюють громадянське суспільство, а громадянське суспільство, що формується, у свою чергу, веде до виникнення правової держави [7].

Дійсно, громадянське суспільство «передбачає існування автономних, суверенних, вільних особистостей, які є рівними і наділені приватною власністю на умови своєї життєдіяльності. Саме приватна власність на умови життєдіяльності робить людину особистістю дійсно економічно незалежною і вільною [7].

Аналізуючи українське законодавство про власність на предмет його відповідності європейським стандартам, насамперед Європейській конвенції про захист прав людини та основних свобод (далі — Європейська конвенція), зокрема, ст. 1 Першого протоколу, слід акцентувати увагу на деяких дуже важливих аспектах.

Стаття 1 Першого протоколу до Європейської конвенції, підписаного в Парижі в 1952 р., передбачає, що «кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений свого майна інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом або загальними принципами міжнародного права.

Проте попередні положення жодним чином не обмежують право держави вводити в дію такі закони, які, на її думку, є необхідними для здійснення контролю за користуванням майном відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків чи інших зборів або штрафів».

Наведена стаття є єдиним положенням Європейської конвенції, що стосується економічного права. Водночас, як зазначають дослідники Конвенції, при складанні тексту цієї статті держави-учасниці зарезервували за собою значну свободу вибору стандартів, які мають застосовуватися для визначення обсягу цього права, та можливих і допустимих обмежень його застосування.

Аналіз змісту ст. 1 Першого протоколу підтверджує наявність у ній трьох окремих, але взаємопов'язаних норм:

1) перша норма загального характеру, яка встановлює принцип безпешконого володіння і користування майном;

2) друга норма, що стосується позбавлення майна і пов'язує це з особливими умовами;

3) третя норма, яка визнає за державою право здійснювати контроль за використанням власності відповідно до загальних інтересів [8, 406–407].

У рішенні «Совтрансавто-Холдинг проти України» Європейський суд з прав людини наголосив, що ці норми органічно пов'язані між собою. Друге й третє положення ст. 1 є окремими випадками «втручання в право власності», а відтак вони мають тлумачитися в контексті принципу, закріпленого у першому положенні.

Принагідно зазначимо, що у вирішенні конкретних питань, пов'язаних із застосуванням положень Європейської конвенції, визначну роль відіграє практика Європейського суду. Давній доктринальний спір про те, чи є судовою практикою джерелом права, щодо судової практики Європейського суду з прав людини вирішується однозначно позитивно, її правотворча роль не спростовується, зазначає В. Туманов [9, 89].

Саме завдяки їй послідовно деталізувався і розширювався каталог прав, що знаходили захист у Суді, стислі формулювання наповнювалися широким змістом, формувалися норми, які лише *explicite* не виражені у тексті Конвенції, але насправді у прихованому вигляді містяться в ній [9, 89–90].

У контексті широкого застосування ст. 1 Першого протоколу і юриспруденції Європейського суду з цього питання важливим є порівняльний аналіз поняття майна, що міститься в українському законодавстві про власність та в Європейській конвенції.

Якщо в Україні традиційно і законодавець, і цивільно-правова доктрина підходять до права власності як до речового права, об'єктом якого є передусім речі як предмети матеріального світу, то Європейська конвенція розглядає майно значно ширше і використовує цей термін як тотожний власності.

Як свідчить аналіз практики Європейського суду, до майна належать у контексті Європейської конвенції, крім рухомих і нерухомих речей, також:

- акції компаній;
- рішення арбітражного органу в зв'язку зі спором;
- позови про відшкодування збитків за внутрішнім законодавством;
- законні розрахунки на те, що існує певне становище;
- господарські інтереси, пов'язані з управлінням бізнесом, а також управління клієнтурою (ділова репутація, нематеріальні активи тощо);
- право на пенсію (якщо протягом певного періоду робилися внески).

При цьому Суд самостійно оцінює визначення терміна «майно», і ця оцінка може розходитися з визначен-

нями й оцінками, що зазвичай застосовуються у внутрішньому (національному) праві. Цей метод «автономного» тлумачення широко застосовується Європейським судом.

Так, у літературі зазначається, що в одному зі своїх рішень (у справі «Беєлер проти Італії» від 5 січня 2000 р.) Суд зазначив, що поняття «майно» у ст. 1 Першого протоколу має автономне значення, яке не обмежується власністю на фізичні речі. Воно є незалежним від формальної класифікації в національному праві: деякі інші права та інтереси, що становлять активи, можуть розглядатися як право власності й, таким чином, як «майно» в цілях цього положення [10].

Визначальними критеріями для оцінки майна є економічна цінність, тобто грошова його оцінка, спираючись на об'єктивні чинники, а також ознака реальності майна — майно має бути наявним. Європейська конвенція не захищає майбутні права [8, 409].

У зв'язку з наведеним вище положенням ст. 1 Першого протоколу постає і друге вкрай важливе для аналізу питання: якими є межі допустимого (розумного) втручання держави у справи власника?

Якщо звернутися знову до українського законодавства, то право власності визначається через класичну формулу: власник може володіти, користуватися і розпоряджатися майном у межах, передбачених законом.

А оскільки закон є продуктом насамперед державної діяльності, можна тлумачити цей принцип як можливість використання майна на свій розсуд у межах, *передбачених законом, визначеним державою, або у межах, передбачених державою і закріплених у законі*.

Оскільки і в ст. 319 ЦК України передбачається, що власник не може ви-

користувати право власності на шкоду правам, свободам і гідності громадян, інтересам суспільства тощо, і в ст. 1 Першого протоколу йдеться про те, що обмеження або позбавлення права власності може здійснюватися винятково в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом або загальними принципами міжнародного права, у зв'язку з цим виникають цілком слушні запитання.

По-перше, як слід тлумачити поняття «суспільні інтереси» в контексті українського законодавства про власність, а також ст. 1 Першого протоколу до Європейської конвенції.

По-друге, чи є в українському законодавстві такі обмеження.

По-третє, чи знаходяться ці обмеження в межах «інтересів суспільства».

Ці питання можна розглядати як комплекс взаємопов'язаних, і саме характер відповіді на них забезпечить нам можливість з'ясувати проблему: чи відповідає українське законодавство про власність у широкому розумінні стандартам Європейської конвенції.

Аналіз положень українського законодавства про власність, наведених вище, навряд чи дає підставу зробити якийсь закид на їх адресу стосовно невідповідності інтересам власника.

Знайомлячись із цими нормами, ми стикаємося практично з одвічною проблемою нашого законодавства — відсутністю надійних механізмів забезпечення виконання відповідних норм. Українське законодавство «перенасичене» нормами-принципами, нормами-деклараціями.

Відсутність стабільної правової інфраструктури захисту інтересів громадян зводить часто-густо нанівель їхню результативність.

Саме відчуття гарантованості та захищеності суб'єктивного права (у тому числі й права власності) формує в особи сприйняття повноцінності його правового статусу, а відтак — і наявності передумов для соціальної активності.

Аналізуючи значення власності в цих важливих суспільних процесах, видатний російський правознавець С. Алексєєв справедливо зазначає: «...у громадянському суспільстві людина обов'язково повинна бути носієм власності — такої, що дає людині опору в житті, забезпечує їй самостійне існування і яка внаслідок цього дає людині становище особи, незалежної від влади, і, більш того, здатної за наявності інших передумов набувати по відношенню до влади імперативні публічні повноваження» [11].

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Ерошенко А. А.* Личная собственность в гражданском праве. — М., 1973. — С. 7–8; *Советское гражданское право* / под ред. О. А. Красавчикова. — М., 1972. — Т. 1. — С. 295; *Советское гражданское право* / под ред. В. А. Рясенцева. — М., 1975. — Т. 1. — С. 363–366.
2. *Маслов В. Ф.* Основные проблемы права личной собственности в период строительства коммунизма в СССР. — Харьков, 1968.
3. СП СССР. — 1957. — № 9. — Ст. 102.
4. *Дульнева Л. А.* Право собственности на жилой дом. — М., 1974. — С. 56.
5. *Право собственности : актуальные проблемы.* — М., 2008. — С. 14.
6. *Мозолин В. П.* Модернизация права собственности в экономическом измерении // Журнал российского права. — 2011. — № 1. — С. 27.
7. *Гражданское общество : истоки и современность.* — СПб., 2006. — С. 104.
8. *Донна Гомьен, Дэвид Харрис, Лео Зеаак.* Европейская Конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия : право и практика. — М., 1998.
9. *Туманов В. А.* Европейский Суд по правам человека. — М., 2001.
10. *Старженецкий В. В.* Россия и Совет Европы : право собственности. — М., 2004. — С. 50.
11. *Алексеев С. С.* Право : опыт комплексного исследования. — М., 1999. — С. 650.

Кузнєцова Н. С. Власність як основа громадянського суспільства і демократичної держави

Анотація. Стаття присвячена дослідженню значення інституту приватної власності для становлення громадянського суспільства. Виявлено концептуальні проблеми інституту права приватної власності та звернуто увагу на необхідність існування надійного механізму забезпечення виконання відповідних норм чинного законодавства.

Ключові слова: власність, приватна власність, майно, громадянське суспільство, Європейська конвенція.

Кузнєцова Н. С. Собственность как основа гражданского общества и демократического государства

Аннотация. Статья посвящена исследованию значения института частной собственности для становления гражданского общества. Выявлены концептуальные проблемы института права частной собственности и обращено внимание на необходимость существования надежного механизма обеспечения выполнения соответствующих норм действующего законодательства.

Ключевые слова: собственность, частная собственность, имущество, гражданское общество, Европейская конвенция.

Kuznetsova N. Property as a basis for civil society and democratic state

Annotation. The value of private property institution for civil society is analyzed in the article. Conceptual problems of private property institution are discovered, and attention is drawn to the necessity of existence of a reliable mechanism to ensure implementation the relevant rules of current legislation.

Key words: property, private property, estate, civil society, the European Convention.

ДО ПИТАННЯ ПРО МІСЦЕ ПРАВА ВЛАСНОСТІ У СИСТЕМІ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ



М. СУЛЕЙМЕНОВ

*доктор юридичних наук, професор,
академік Національної академії наук
Республіки Казахстан,
директор Науково-дослідного інституту
приватного права
(Казахський гуманітарно-юридичний
університет)*

Цивільні правовідносини, тобто суспільні відносини, що регулюються цивільним правом і становлять його предмет, містять дві великі групи: майнові та особисті немайнові (ст. 1 ЦК РК).

Крім цього, загальновизнаними в теорії цивільного права є ще два види класифікацій правовідносин: речові та зобов'язальні, абсолютні та відносні. Право власності є речовим правом, причому центральним речовим правом, основою, навколо якої формуються інші речові права. Право власності належить також до абсолютних прав, з деякими винятками.

Найважливішим є визначення місця права власності в системі речових прав.

Поняття речових прав є часто вживаним, але мало розробленим в юридичній науці. Незважаючи на те, що речові права детально розглядалися ще в римському праві, досі немає усталеного і визнаного всіма правовими системами поняття. Багато аспектів речового права просто постулюються і не отримали належного обґрунтування.

Ще більш сумна картина склалася в радянській юридичній літературі. Пов'язано це було з тим, що всі речові права за роки радянської влади були

поступово витіснені з цивільного права, і залишилися тільки право власності. Тому розділ про речові права був виключений з Основ цивільного законодавства СРСР і республік, а багато юристів почали доводити, що речових прав не існує у природі, що, наприклад, застава не належить до речових прав і що є тільки право власності як абсолютне право [1].

Насамперед слід мати на увазі, що саме поняття речового права не є загальновизнаним і не застосовується в деяких правових системах. Казахстанське цивільне право більш ніж за 70 років радянської влади виявилось генетично залежним від радянської системи права, яка, у свою чергу, тісно пов'язана, незважаючи на усілякі ідеологічні обструкції, з континентальним правом.

Нині ця тенденція інтеграції у континентальну систему права активно втілюється в життя. Про це свідчить той історичний факт, що ЦК РК ґрунтується на проекті Модельного ЦК країн СНД і сам ліг, поряд із цивільними кодексами Росії, України і Білорусі, в основу Модельного ЦК. У свою чергу, Модельний ЦК, так само як і ЦК РК, багато чого взяв з Цивільного кодексу Нідерландів, Німецького ци-

вільного уложення, Французького Цивільного кодексу, ЦК Японії та інших кодифікованих актів континентальної системи права. Спроби американських експертів нав'язати Казахстану американську модель регулювання майнових відносин, зокрема ідеї Єдиного торгового кодексу США, великого успіху не мали.

Для теми цієї статті це має велике значення, оскільки поняття речового права існує в континентальній системі права, але його немає у такому розумінні в англо-американській системі права.

Розрізняються дві основні групи майнових відносин, які регулюються цивільним правом: речові та зобов'язальні.

Речові відносини — відносини, пов'язані з володінням тим чи іншим суб'єктом певними речами: природними об'єктами, засобами виробництва і результатами праці.

Зобов'язальні відносини пов'язані з переходом майнових благ від одних осіб до інших [2, 17].

Під речами у цивілістиці розуміють предмети зовнішнього матеріального світу, створені працею людини або які знаходяться у природному стані [2, 111]. До цього іноді додають ще: «предмети, що існують як фізичні тіла і доступні для людського володіння» [3, 3], або «що є основними об'єктами в майнових правовідносинах» [4].

Один із дослідників римського права визначає річ як відокремлену частину зовнішньої природи, яка є предметом юридичного панування, але вважається нездатною бути суб'єктом такого панування. Річ, за таким визначенням, повинна бути предметом, який доступний зовнішнім відчуттям [5].

Відповідно до п. 2 ст. 115 ЦК РК, «до майнових благ і прав (майна) належать: речі, гроші, в тому числі іноземна валюта, цінні папери, роботи,

послуги, об'єктивовані результати творчої інтелектуальної діяльності, фірмові найменування, товарні знаки та інші засоби індивідуалізації виробів, майнові права та інше майно».

Спираючись на текст ст. 115 ЦК РК, можна запропонувати таку структуру майна:

- 1) речі (включаючи гроші та цінні папери);
- 2) роботи та послуги;
- 3) інтелектуальна власність;
- 4) майнові права (права вимоги);
- 5) обов'язки (борги).

Розуміючи під речами предмети зовнішнього матеріального світу, не можна забувати про те, що річ стає річчю в юридичному сенсі, тільки якщо розглядати її у системі соціальних зв'язків. Цінність речі визначається не її фізичними властивостями, а тим, наскільки ці фізичні властивості відповідають потребам людського суспільства, що користується цими речами. Тому не можна визнати правильними твердження про наявність відносин між людиною і річчю [6]. Відносини виникають не між людиною і річчю, а між людьми з приводу речі [7].

На підставі викладеного можна виявити основні ознаки речових прав.

1. Речові права є майновими правами на відміну від особистих немайнових. Це об'єднує речові права із зобов'язальними і з правами на інтелектуальну власність.

2. Речові права виникають щодо індивідуально-визначеної речі, на відміну від зобов'язальних прав і прав інтелектуальної власності, які пов'язані з так званим безтілесним майном. Водночас не можна забувати те, що стосовно речей виникають і зобов'язальні відносини. Стосовно речей, що визначені родовими ознаками, речові відносини виникнути не можуть,

виникають лише зобов'язальні права. «Об'єкт абсолютного права завжди є індивідуально-визначеним. Зокрема, це стосується речових прав, у тому числі й права власності. Якщо річ не може бути індивідуалізована, то у зв'язку з нею виникає тільки зобов'язальне, але не речове правовідношення» [8, 30–31].

3. Речові права є абсолютними правами, що об'єднує їх з правами інтелектуальної власності й відрізняє від зобов'язальних прав. Власнику речових прав протистоїть обов'язок всіх і кожного не перешкоджати здійсненню цих прав.

4. Ознакою речових прав можна вважати встановлення їх законом. На відміну від зобов'язальних прав, які можуть виникати і у випадках, не передбачених законодавством (ст. 380 ЦК РК), речові права мають бути закріплені законом (ст. 195 ЦК РК).

5. Право слідування. Речове право слідує за річчю [8, 27; 9; 12, 247]. Перехід права власності на майно до іншої особи не є підставою для припинення інших речових прав на майно. Це правило прямо закріплене у Цивільному кодексі України (п. 3 ст. 216). У ЦК РК такої загальної норми немає. Закріплені норми щодо окремих речових прав: збереження застави при переході права на заставлене майно до іншої особи (ст. 323 ЦК РК), збереження договору оренди при переході права власності на орендоване майно до іншої особи (ст. 559 ЦК РК).

6. Право переваги полягає в тому, що при конкуренції речового та зобов'язального права насамперед має здійснюватися речове право [10].

Нерідко висловлюють сумніви щодо існування такої ознаки на тій підставі, що застава не має переважного права перед зобов'язальними правами [8, 27]. Однак це ще не доводить

відсутності такої ознаки стосовно застави як до речового права, а доводить тільки те, що радянське, а потім і казахстанське право обмежує реалізацію розгляненої ознаки стосовно застави. У більшості інших країн вимоги щодо застави при банкрутстві реалізуються в першу чергу або поза чергою. У РК цей процес також поступово впроваджується. Зокрема, з прийняттям Закону «Про банкрутство» від 21 січня 1997 р. зобов'язання, забезпечені заставою, були переведені при зверненні стягнення на майно боржника з третьої черги у другу чергу.

7. Називають ще ознаку фактичного панування над річчю. Тобто можливість безпосереднього, без посередництва третіх осіб, здійснення свого права [3, 16].

Цю ознаку нерідко кладуть в основу визначення речового права, і її наявність не викликає сумнівів при здійсненні права власності, володіння, землекористування та ін. Проте проблеми у застосуванні цієї ознаки виникають при здійсненні іпотеки, коли майно залишається у заставодавця і знаходиться поза фактичним пануванням заставодержателя.

8. У літературі не називають ще одну ознаку речового права, яка характерна принаймні для права РК: володар речових прав повинен володіти правомочностями володіння, користування, розпорядження. Причому в різних видах речового права правовласник володіє різним набором повноважень. Повний обсяг правомочностей (володіння, користування, розпорядження) мають суб'єкти права власності, господарського відання, оперативного управління. Суб'єкти права володіння, землекористування, надрокористування, оренди володіють правомочностями володіння і користування. Зберігач і заставодержатель

при закладі мають правомочності володіння. Заставодержатель при іпотеці має право часткового розпорядження майном. Володар сервітуту має правомочність користування і частково — володіння.

Таким чином, з урахуванням висловлених застережень і вилучень можна назвати такі ознаки речового права:

- 1) майнове право;
- 2) індивідуально-визначена річ як об'єкт речового права;
- 3) абсолютне право;
- 4) речові права повинні бути встановлені законом;
- 5) речове право характеризується наявністю правомочностей володіння та/або користування та/або розпорядження;
- 6) право слідування;
- 7) право переваги;
- 8) можливість безпосереднього впливу на річ (безпосереднього панування над річчю), у тому числі шляхом обмеження власника або суб'єкта іншого речового права.

Слід зазначити одну загальну методологічну помилку, що зустрічається у більшості дослідників. При виявленні ознак речового права багато авторів орієнтуються на право власності, володіння й інші яскраво виражені речові права. Між тим багато ознак, які чітко проявляються у праві власності (наприклад фактичне панування над річчю), майже зникають у деяких інших речових правах, наприклад при іпотеці або сервітуті.

Видається, що речові права об'єднує одна головна ознака — зв'язок з індивідуально-визначеною річчю. Всі інші перелічені вище ознаки присутні у всіх речових правах, але в одних вони виявляються сильно, навіть яскраво, в інших займають ледь помітну величину, іноді присутні у видозміненій формі. Наприклад, при іпотеці слабо

присутня така ознака, як фактичне панування над річчю, але сильно проявляються права слідування та переваги.

Крім того, межа між речовими та іншими майновими, зокрема зобов'язальними, правами вельми хистка і рухлива. Це пов'язано з тим, що речові права переважно виникають із зобов'язальних і навпаки. Навіть право власності здебільшого ґрунтується на договорах купівлі-продажу, дарування, міни (договорах із передачі майна у власність). Застава, оренда, зберігання, право землекористування виникають із договорів застави, оренди, зберігання тощо.

Звідси спірність питань про те, чи є речовими правами оренда, іпотека, довірче управління тощо.

З урахуванням зазначеного спробуємо сконструювати розгорнуте визначення речового права.

Речове право — майнове абсолютне закріплене законом право, об'єктом якого є індивідуально-визначена річ або речові права, пов'язані з цією річчю; що виявляється в наявності у правовласника правомочностей володіння, користування і розпорядження, усіх разом або окремо, в повному обсязі або частково; що дає правовласнику можливість безпосереднього впливу на річ (безпосереднє панування над річчю), у тому числі шляхом обмеження власника або суб'єкта іншого речового права у здійсненні правомочностей; що характеризується наявністю правомочностей слідування і переваги.

До речових прав належать тільки права, прямо передбачені чинним у цій країні законодавством (при цьому не обов'язково, щоб вони були поійменовані як речові), тобто особа не може по своїй волі створювати будь-які інші різновиди речових прав.

Це замкнене коло речових прав неоднакове у різних законодавчих актах.

У цивільному праві всіх зарубіжних країн провідне місце в системі речових прав посідає право власності, що є центральним інститутом системи права тієї чи іншої країни.

Крім того, до цієї системи належать такі речові права, як право застави, сервітуту, узупругу та ін. Спільним для них є те, що це права на чужі речі, що закріплюють за їхніми носіями окремі правомочності, що належать до окремих правомочностей власника (зазвичай — володіння, користування). Тобто це похідні від права власності речові права.

Основною класифікацією речових прав є розподіл їх на право власності і речові права осіб, які не є власниками

(ст. 195 ЦК РК). У римському праві друга група прав називалася правами на чужу річ (*jura in re aliena*) [11]. У сучасній літературі їх іноді називають обмеженими речовими правами [2, 283; 12, 49].

У літературі висловлюються сумніви щодо можливості й доцільності формування поняття речового права і відповідно проведення чіткої класифікації речових та зобов'язальних прав [2, 285; 9, 291; 13].

Між тим чітке виокремлення в системі майнових прав категорії речових прав на протипагу, але водночас і в поєднанні з зобов'язальними правами, має не тільки теоретичне, а й практичне значення.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Райхер В. К. Абсолютные права (к проблеме деления хозяйственных прав) // Известия экономического факультета Ленинградского политехнического института. — Л., 1928. — Вып. 1. — С. 288–291; Советское гражданское право / под ред. Д. М. Генкина. — М., 1956. — Т. 1. — С. 115; Братусь С. Н. Предмет и система советского гражданского права. — М., 1963. — С. 186–189.
2. Гражданское право : учеб. / под ред. Е. А. Суханова. — М., 1994. — Т. 1. — 432 с.
3. Шенникова Л. В. Вещные права в гражданском праве России. — М., 1996. — 186 с.
4. Гражданское право : словарь-справочник. — М., 1996. — С. 63.
5. Хвостов В. М. Система римского права : учеб. — М., 1966. — С. 124–125.
6. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. — Петроград, 1917. — С. 178; Энекцерус Л. Курс германского гражданского права. — Т. 1, полутом 1. — С. 264.
7. Покровский Б. В. Понятие «имущества» в науке права // Известия АН КазССР. Серия общественных наук. — 1977. — № 2. — С. 79–87.
8. Азарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву. — М., 1940. — 175 с.
9. Гражданское право : учеб. / под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. — СПб., 1996. — Ч. 1.; Гражданское право России. — С. 170.
10. Гражданское право России : курс лекций / под ред. О. Н. Садикова. — М., 1996. — Ч. 1. — С. 170.
11. Иоффе О. С., Мусин В. А. Основы римского гражданского права. — Л., 1974. — С. 82; Дождев Д. В. Римское частное право. — М., 1996. — С. 403.
12. Гражданское право / под ред. А. Г., Колпина, А. И. Масляева. — М., 1997. — 472 с.
13. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. — М., 1997. — С. 222–238.

Сулейменов М. К. До питання про місце права власності у системі цивільних прав

Анотація. Статтю присвячено одній із найважливіших методологічних проблем цивільного права власності в системі суб'єктивних цивільних прав. Автор дає глибокий аналіз поняття, основних ознак і функцій речових прав.

Ключові слова: право власності, майно, майнові права, речові права.

Сулейменов М. К. К вопросу о месте права собственности в системе гражданских прав

Аннотация. Статья посвящена одной из важнейших методологических проблем гражданского права собственности в системе субъективных гражданских прав. Автор дает глубокий анализ понятия, основных признаков и функций вещных прав.

Ключевые слова: право собственности, имущество, имущественные права, вещные права.

Suleimenov M. Concerning the place of proprietary right in civil rights system

Annotation. The article focuses on one of the most important methodological problems of civil proprietary right in the legal civil rights system. The author gives a profound analysis of the notion, main features and functions of real right.

Key words: proprietary right, estate, vested interests, real rights.

ДОВІРЧА ВЛАСНІСТЬ І ФІДУЦІЯ: МІСЦЕ І ПЕРСПЕКТИВИ В СИСТЕМІ ПРАВА УКРАЇНИ



Р. МАЙДАНИК

*доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
завідувач кафедри цивільного права
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)*

1. Поняття права довірчої власності в українському праві

ЦК України передбачено можливість встановлення права довірчої власності внаслідок закону або договору управління майном.

Закріплення інституту довірчої власності в українське законодавство є результатом тривалої наукової дискусії та пошуку юристами-практиками адекватних конструкцій з управління майном в чужому інтересі.

В українському праві ідея припустимості введення довірчої власності почала формуватися на доктринальному рівні, що знайшло відображення в позитивному сприйнятті цієї конструкції рядом провідних вітчизняних учених-цивілістів з цих питань. І лише пізніше (через 2–3 роки) їх наукові дослідження були творчо враховані розробниками законодавчих актів, які ввели довірчу власність в українське законодавство.

ЦК України, не закріпивши поняття права довірчої власності, обмежився лише визнанням його «...особливим різновидом права власності...» (ч. 2 ст. 316 ЦК України).

У Законі України «Про власність» (п. 2 ст. 4) законодавець також обмежується лише вказівкою на право власника передавати належне йому майно у довірчу власність [1], що зумовлює актуальність виявлення ознак та поняття цієї речово-правової категорії.

Легальне визначення довірчої власності на іпотечні активи закріплено в Законі України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» від 19 червня 2003 р. № 979-IV. Відповідно до ст. 26 наведеного Закону «довірчою власністю є особлива форма договірних майнових відносин, яка регулює розпорядження платежами за іпотечними активами, переданими установником у володіння, користування і розпорядження управителю. Управитель є довірчим власником іпотечних активів» [2].

Закріплене в наведеному Законі поняття довірчої власності іпотечних активів, незважаючи на його спеціальний характер, містить визначальні ознаки довірчої власності в цілому, що дає можливість провести порівняльний аналіз на його відповідність за-

гальним засадам права власності і припустимість визнання різновидом права власності.

Право довірчої власності відповідає положенням ЦК України про поняття, зміст і здійснення права власності (статті 316–319 ЦК України). Наведений висновок зумовлений тим, що титул довірчої власності виникає за волевиявленням відчужувача, незалежно від волі інших осіб; зміст цього права становлять повноваження «тріади», які здійснюються на власний розсуд довірчого власника, зобов'язаного, однак, додержуватися визначених обмежень своєї діяльності.

Визначальну роль у характері права довірчої власності відіграє мета, для досягнення якої створюється зазначений вид довірчих відносин.

У цьому випадку під метою слід розуміти результат, на досягнення якого спрямоване відповідне правовідношення.

Однак мету як результат не завжди можна ототожнювати з каузою (*causa*) як правовою підставою правовідношення.

Будь-яке фидуціарне правовідношення має правомірну юридичну мету (*causae*), під якою необхідно розуміти «очікуваний об'єктивний результат... до якого спрямований правочин» [3]. У цивілістичній літературі мета або кауза (*causa*) розглядається також як «правопороджуючий факт, тобто зовнішня подія, яка, за приписами об'єктивного права, викликає юридичні наслідки» [4].

Підставою або каузою довірчого зобов'язання визнається найближча правова мета (*causa proxima*), на досягнення якої спрямовано зобов'язання, що приймається стороною за договором [5].

Визначеність права довірчої власності метою його створення зумовлює

універсальність його цільового застосування та одночасно ускладнює визначення поняття цього речового права.

Свого часу П. Леполь дійшов до цілком логічного висновку про практичну неможливість вичерпного визначення довірчої власності, оскільки завжди знайдеться різновид, позбавлений тієї ознаки, яка є у всіх інших [6].

«Місія довірчого власника, зазначав В. Кітон, — полягає в забезпеченні того, щоб річ була... використана для тієї цілі, для якої вона була призначена... Сутність цього правового інституту... тільки... в речі і в призначенні її для певної мети».

Право довірчої власності, як і будь-яке право в цілому, «знає одне джерело свого походження — ціль» [7].

Цільова персоніфікація речі — єдина творча сила всього права довірчої власності, кожен елемент якого зобов'язаний своїм походженням та існуванням меті довірчої власності.

Мета довірчої власності вказується установником у договорі управління майном. Передбачається, що мета буде незмінною, але може виникнути ситуація, коли установник призначив майно для благодійницької мети або отримання освіти його неповнолітнім сином і помер, а вказані ним цілі виявляються недостижними. В англо-саксонській практиці довірна власність (*trust*) у цьому випадку не припиняється, якщо суд застосовує «*cypres*». У перекладі з французької («*cypres comme possible*») цей вислів означає «*as near as possible*» або «*as close as possible*» («якомога ближче») [8].

Застосовуючи доктрину «*cypres*», суд приймає рішення про використання майна для іншої благодійної мети, найбільш близької до первинної. Якщо суд встановить, що виконати

вказівки установника неможливо взагалі, така (благодійна тощо) довірча власність припиняє своє існування. Без мети її існування неможливе. Майно належить поверненню установнику (його правонаступникам), а до повернення утримується на умовах *resulting trust* [9] (один із видів довірчої власності, визначальною рисою якої є тимчасовий характер і обов'язок довірчого власника або іншої особи повернути річ установнику).

Загальновизнаною ознакою довірчої власності є визначеність майна, яке становить предмет довірчої власності. Якщо предмет визначений надто неконкретно і неможливо виявити склад майна, то довірча власність може бути визнана такою, що не відбулася. Однак склад майна може змінюватися, якщо довірчий власник уповноважений на відчуження і вчинення інших правочинів з майном [10].

Мета і майно є постійними ознаками, без яких довірча власність не може існувати, однак не виключними її ознаками; останні притаманні будь-яким видам цільового права власності (право власності за договорами про дилерство, спільну діяльність, благодійництво і пожертву тощо), різновидом якої необхідно розглядати довірчу власність.

Визначальною рисою довірчої власності є фідучіарні відносини, які виникають між довірчим власником та установником і вигодонабувачем.

Фідучіарні відносини зумовлюють існування речового титулу, обтяженого довірчим (фідучіарним) зобов'язанням.

Природа та обсяг фідучіарного зобов'язання закріплені в концепції фідучіарних відносин.

За своєю сутністю фідучіарне зобов'язання означає «добросовісно прийняте на себе зобов'язання довірчого

власника діяти (провести зустрічне надання) в інтересах іншого (установника або вигодонабувача довірчої власності) на умовах договору або закону, як в інтересах самого себе...» [11], тобто так, як вчинив би «середній» розумний установник або вигодонабувач за аналогічних обставин, поняття якого ґрунтується на теорії «середнього або звичайного громадянина» або «розсудливої людини» (рос. «благоразумный человек»; англ. *reasonable man*) [12] як мірила і масштаба в оцінці здійснення цивільних прав і «в творчості цивільних норм і більшості даного суспільного середовища» [13], згідно з яким «мають застосовуватися загальні вимоги, які встановлені як для «середнього» учасника цивільних правовідносин (об'єктивний критерій), або ж конкретні вимоги, які висуваються до конкретного учасника з огляду на його індивідуальні особливості (суб'єктивний критерій)» [14].

Однак обов'язок діяти «як в інтересах самого себе» не повністю збігається з колом дій, які можна вчиняти у своїх інтересах. Для довірчого власника неприпустимий ризик щодо довіреного йому майна, неприпустимі благодійні пожертвування довірчої власності, неприпустимо і її знищення. Довірчий власник зобов'язаний бути надзвичайно передбачливим, чого може собі дозволити не робити звичайний власник [15].

Отже, на відміну від звичайного піклування боржника у відносинах, позбавлених довірчого характеру, на довірчого власника покладено обов'язок довірчого піклування (англ. *fiduciary duty of care*), зміст якого полягає в тому, що дії, необхідні для здійснення права довірчої власності, мають бути вчинені з дбайливістю та обачністю, що вимагаються від абст-

рактного «середнього» довірчого власника (тобто який має нормальний, середній рівень інтелекту, знань та життєвого досвіду) [16], що має аналогічні цілі, якщо із змісту або сутності відносин не впливає встановлення визначених вимог, які висувуються до конкретного довірчого власника, з огляду на його індивідуальні особливості.

Довірче піклування полягає також в обов'язку фідучіарія діяти порядно і бути відданим (лояльним), що не дає підстав для їх двозначного тлумачення і можливості для безпідставного збагачення та шахрайства [17].

Право довірчої власності має ґрунтуватися на самій загальній тезі про те, що загальна мета існування довірчої власності полягає в управлінні довірчою власністю в інтересах інших, утриманні її виключно на благо інших. Довірчий власник є своєрідною довіреною особою, яка повинна при здійсненні свого довірчого (фідучіарного) зобов'язання управляти з належною турботливістю майном, довірчим власником якого вона є, в інтересах інших, і не має права користування в особистих інтересах [18].

У цьому контексті право довірчої власності можна розглядати як специфічний спосіб здійснення права власності виключно або переважно в чужому інтересі, що полягає в зобов'язанні довірчого власника діяти в інтересах вигодонабувача та/або установника.

Під діями в інтересах вигодонабувача або установника необхідно розуміти вчинені з належною турботливістю дії, що не суперечать закону і мають своєю метою зберігання, примноження вартості переданого в управління майна або досягнення іншого визначеного результату, досягнутого без невиправданого ризику можливих

втрат, так, як вчинив би на місці управителя сам установник за аналогічних обставин.

Проведений аналіз дає підстави визначити такі ознаки поняття права довірчої власності.

По-перше, довірчий власник є власником і, при цьому, єдиним власником на «довірене» майно, інших власників немає. За цим критерієм довірча власність за українським правом має відмежовуватися від англо-американської конструкції трасту. Установник і вигодонабувач довірчої власності мають лише зобов'язальні права вимоги і тому не є власниками цього майна. У трасті бенефіціарій і фідучіарний власник є власниками, хоч і з різними за характером повноваженнями, що неможливо у країнах цивільного права. У зв'язку з цим відсутні підстави стверджувати, що довірча власність є аналогом англо-американського трасту.

По-друге, довірчий власник має право, обтяжене фідучіарним зобов'язанням, здійснювати речовий титул у чужому інтересі. У зв'язку з цим титул довірчого власника слід розглядати як поєднання речового і зобов'язального права, що проявляється в наявності у довірчого власника повноважень власника, обтяжених фідучіарним зобов'язанням, здійснювати його з певною метою, визначеною установником при встановленні (створенні) такої власності, і з дотриманням обмежень, встановлених законом або (та) договором управління майном.

По-третє, довірча власність має особисто-довірчий і цільовий характер, що передбачає здійснення цього титулу з дотриманням встановлених законом або договором обмежень згідно з вказаною установником метою та в інтересах третьої особи — вигодонабувача.

Визначеність довірчої власності метою зумовлює притаманні їй такі властивості довірчого характеру: а) наявність фідучіарного зобов'язання довірчого власника здійснювати власницький титул особисто, в чужому інтересі, для досягнення визначеної мети, з дотриманням обмежень, встановлених установником або законом; б) пролонгованість і незалежність довірчої власності від змін її об'єктного та суб'єктного складу; в) обов'язок довірчого власника діяти переважно або виключно в інтересах вигодонабувача; г) неможливість відчуження титулу довірчої власності третім особам, якщо інше прямо не передбачено законом або договором управління майном (наприклад право довірчої власності не переходить до спадкоємців довірчого власника; зазвичай з відкриттям спадщини особи — довірчого власника право довірчої власності припиняється або переходить до інших співдовірчих власників).

У зв'язку з цим право довірчої власності доцільно розглядати як безоплатно набуте довірчим власником право власності на визначене майно, обтяжене фідучіарним зобов'язанням здійснювати цей титул з метою і з обмеженнями, встановленими договором управління майном або законом.

Отже, довірка власність здійснюється відповідно до зазначеної установником мети в інтересах третьої особи — вигодонабувача.

Визначеність довірчої власності метою зумовлює притаманні їй такі властивості фідучіарного характеру:

а) фідучіарне зобов'язання довірчого власника здійснювати власницький титул особисто, в чужому інтересі, для досягнення визначеної мети, з дотриманням обмежень, встановлених установником або законом;

б) пролонгованість, невідчужуваність і незалежність права довірчої власності від змін її об'єктного та суб'єктного складу.

Право довірчої власності — це належне довірчому власнику право власності на визначене майно, обтяжене фідучіарним зобов'язанням здійснення цього титулу з метою і з обмеженнями, встановленими договором управління майном чи законом [19; 21].

2. Правова природа довірчої власності

Одна з основних проблем сучасного етапу правозастосування довірчої власності полягає у невизначеності чи навіть відсутності чітких оцінок правової природи довірчої власності в українському праві. Вітчизняна і східно-європейська доктрина в цілому ґрунтують свої підходи стосовно цього інституту переважно на розроблених англо-американським правом концепціях кваліфікації трасту. Їх суть полягає у визнанні цієї конструкції «юридичним титулом власності виключно в чужому інтересі, що ґрунтується на внутрішньоузгоджених концепціях обмеженого (розщепленого) права власності і фідучіарності, завдяки яким забезпечується існування трасту, ряду інших інститутів і принципів» [20]. Водночас питання довірчої власності за українським правом практично не були предметом самостійних досліджень, що пояснює необхідність цивільно-правового аналізу цього нетипового правового титулу.

Наведеним зумовлена мета дослідження зазначених питань, яка полягає у виявленні сутності права довірчої власності за цивільним законодавством України.

Правова природа довірчої власності полягає у наданні довірчому власнику речового права, обмеженого

цільовим характером його здійснення в інтересах визначених осіб. Цільовий характер означає обумовленість метою, для якої передається майно у довірчу власність.

Особливість довірчої власності полягає в існуванні залежного характеру і наявності обмежень при здійсненні права власності довірчим власником. Довірчий власник набуває юридично повне право власності, з одночасною втратою цього правового титулу установником (фідуціантом), який передає належне йому на праві власності майно для досягнення конкретно встановлених цілей в інтересах визначених осіб. Замість втраченого права власності установник (фідуціант) може набувати виключні права контролю, надання згоди на розпорядження та/або відчуження майна до закінчення відносин довірчої власності. Установник також володіє реальним правом вимоги зворотного повернення титулу власності від довірчого власника або від третіх осіб, що незаконно заволоділи цим майном, з моменту виникнення обставин, настання яких припиняє право довірчої власності. Наприклад, підставою для настання зобов'язання зворотного повернення довірчої власності може бути факт погашення забезпечуваного боргу, завершення будівництва і ведення в експлуатацію багатоквартирного будинку, досягнення повноліття або повернення вигодонабувача з тривалого відрідження, настання або досягнення будь-якої іншої мети, визначеної договором або законом.

Довірчий власник здійснює право власності на об'єкт довірчої власності лише для належного виконання забезпеченого нею вимоги (у вигляді непогашеного зобов'язання) або досягнення іншої визначеної мети, яка обтяжує право довірчої власності. Довірчий

власник має право здійснити відчуження довірчої власності, передати її в заставу або накласти інші речові обтяження тільки для досягнення за її допомогою визначеної установником мети, або, якщо забезпечуване нею зобов'язання не буде виконане належним чином, а з вирученої суми неможливо погасити забезпечувану вимогу, якщо інше не визначено договором або законом.

Цільовим характером довірчої власності пояснюється існування обмежень стосовно стягнення на довірчу власність і непоширення на окремі майнові об'єкти. У випадку банкрутства установника або довірчого власника довірка власність не включається до ліквідаційної (конкурсної) маси. Зазвичай правила про довірчу власність не поширюються на відносини застави товару в обігу і в переробці, якщо інше не впливає із положень закону чи сутності конкретних відносин.

3. Місце довірчої власності в системі українського права

Важливе значення має питання визначення місця довірчої власності в системі права.

Право довірчої власності є власністю з визначеною метою (так звана цільова власність), яка здійснюється в чужому інтересі, з властивими їй особливостями, що істотно вирізняє її від інших фідуціарно-правових конструкцій, права власності та обмежених речових прав.

Довірча власність і зобов'язально-правові конструкції управління чужим майном. Право довірчої власності має спільні та відмінні ознаки з іншими зобов'язально-правовими видами управління майном в чужому інтересі.

В українському цивільному праві можна виокремити такі основні фідуціарно-правові конструкції з уп-

равління чужим майном, які є різновидами діяльності в чужому інтересі: 1) довірче управління майном (як чужим майном); 2) представницьке управління майном; 3) агентське управління майном; 4) управління майном банкрута; 5) інші види управління (управління майном кондомініуму тощо).

Право довірчої власності та зобов'язально-правові конструкції з управління чужим майном об'єднує те, що довірчий власник і суб'єкти управління чужим майном здійснюють повноваження з управління майном в чужому інтересі.

Основна відмінність цих двох груп фидуціарно-правових конструкцій викликана характером і обсягом прав їх носіїв. Довірчий власний володіє титулом власності, який він здійснює від свого імені і переважно в чужому інтересі, що не характерно для довірчого управителя майном, інших суб'єктів управління чужим майном (представників, агентів тощо), які не є власниками довіреного майна і лише здійснюють окремі повноваження власника на це майно.

Співвідношення довірчої власності з правом власності. Довірча власність змінює традиційні уявлення щодо права власності в цілому, як діяльності особи-власника у власному інтересі та за власним розсудом. Довірчий власник переважно або виключно діє в чужому інтересі і від цього не перестає бути власником, оскільки зберігається головна риса власності — здійснення власницьких повноважень за власним розсудом і від імені довірчого власника. Водночас дискреційність здійснення повноважень довірчого власника сягає меж мети управління такою власністю. Таке обмеження титулу є припустимим, оскільки не суперечить доктринальним уявленням про обме-

ження права власності (на підставі закону чи правочину).

Довірча власність і речові права на чуже майно. Довірчу власність не можна ототожнювати з речовими правами на чуже майно (так звані обмежені речові права), яким властиві відмінності у спрямованості інтересу і правовому титулі. На відміну від сервітуаріїв, інших суб'єктів речових прав на чуже майно, які не є власниками майна і здійснюють частину речових прав на чуже майно у власному інтересі, довірчий власник є власником майна і здійснює цей титул у чужому інтересі.

Сфера застосування довірчої власності. Вітчизняний законодавець встановив можливість встановлення довірчої власності на підставі договору управління майном без будь-яких обмежень щодо сфери застосування такого правочину для цілей довірчої власності. Застосування принципу свободи договору дає підстави для висновку про припустимість договірного створення довірчої власності для будь-яких цілей. Однак такий висновок потребує уточнення, оскільки не можна виключити можливість існування заборонених сфер застосування довірчої власності за такою підставою її створення. Насамперед досить обережно ця конструкція має застосовуватися у спадкових відносинах, з тим, щоб не порушити принцип абсолютності права власності спадкоємця. Наприклад, чи відповідатиме принципам спадкового права можливість спадкодавця передавати майно в довірчу власність управителів до прийняття спадщини спадкоємцями або, тим більше, до досягнення іншої мети, визначеної в заповіті (довірча власність на певний строк або до народження родичів вигодонабувача певної лінії тощо)? На

підставі поширення на довірчу власність правила слідування та майнового імунітету, спадкоємці установників та вигодонабувачів можуть отримувати у певному відношенні «голе» право власності (наприклад, коли прямо передбачено третю особу — вигодонабувача).

Потребує подальшого усвідомлення перспектива використання довірчої особи як внеску до статутного капіталу юридичної особи. Зокрема, чи не створюватимуть обмеження повноважень довірчого власника невинуватих перешкод у відносинах цієї юридичної особи з третіми особами-контрагентами? Зокрема, довірча власність як внесок до статутного капіталу юридичної особи юридично не виконуватиме гарантійної функції статутного капіталу, оскільки на таке майно кредитори юридичної особи зможуть звернути стягнення лише у визначених законом випадках (при визнанні довірчого власника — юридичної особи банкрутом та передачі такого майна в заставу кредиторам цієї юридичної особи) [21].

Істотні відмінності довірчої власності від інших суміжних правових конструкцій свідчать про самостійне місце права довірчої власності в українському цивільному праві.

Довірча власність має регулюватися нормами прямої дії, які присвячені регулюванню лише цих відносин власності, шляхом прийняття окремої глави ЦК України «Фідуція (довірча власність)». Тому неприпустима ситуація, коли відносини довірчої власності регулюються за залишковим принципом положеннями ЦК України про [довірче] управління майном (глава 70 ЦК України), з огляду на схожість економічних і юридичних цілей обох видів фідуціарно-правових конструкцій. Відсутність самостійно-

го регулювання довірчої власності (тобто окремого від довірчого управління майном) призводить до правових колізій, які гальмують застосування довірчої власності на практиці.

4. Перспективи довірчої власності (фідуції) в українському праві

Перспективи розвитку права довірчої власності в Україні мають визначатися з урахуванням загальноєвропейських напрямів використання цієї правової конструкції.

Одна з тенденцій сучасного європейського приватного права полягає у визнанні права довірчої власності, нормативне регулювання якої здійснюється шляхом включення в цивільні кодекси окремої глави «Фідуція».

Передбачене вітчизняним законодавством положення про право довірчої власності становить інститут фідуції, яка відображає загальноєвропейські стандарти фідуції з урахуванням особливостей правових традицій в Україні.

Українська фідуція є цільовим правом власності, яке довірчий власник здійснює в інтересах вигодонабувача, в інтересах, на підставі і в порядку, визначених законом і договором про встановлення довірчої власності.

Результатом подібної еволюції правового регулювання довірчої власності має бути розробка і прийняття глави ЦК України «Фідуція (довірча власність)», в якій пропонується визначити основні положення фідуції.

Фідуція — це правочин, за допомогою якого один або кілька установників (фідуціантів) передають майно (існуюче чи те, що буде придбано в майбутньому) або його частку фідуціарію (фідуціаріям), які відокремлюють його від власного майна для здійснення з обумовленою метою дій на користь одного, кількох вигодонабувачів (бенефіціаріїв). На підставі

фідучії виникає право довірчої власності (так звана цільова власність). Усі угоди, що здійснюються з переданим у цільову (довірчу) власність майном, є предметом самостійного обліку у фідучіарія.

Фідучія може виникати на підставі договору або закону. Фідучія має строковий характер. Установниками фідучії можуть бути власники майна або інші уповноважені особи у випадках, встановлених законом. Фідучіаріями можуть виступати суб'єкти підприємницької діяльності, які на професійних засадах здійснюють управління майном, або інші фізичні особи, юридичні особи, якщо це прямо передбачено законом.

Доцільно передбачити, що як установник, так і фідучіарій мають право виступати одночасно бенефіціаріями або одним із бенефіціаріїв. Такий підхід зумовлений тією обставиною, що фідучія передбачає можливість передачі майна в довірчу власність з метою забезпечення виконання зобов'язань, при цьому фідучіарій виступає кредитором за основним зобов'язанням і, відповідно, одержує право управляти цим майном на свою користь. У зв'язку з цим доцільно вилучити передбачену українським законодавством норму, якою не допускається можливість поєднання функцій управителя та вигодонабувача в одній особі (ст. 1033 ЦК України).

До істотних умов договору фідучії слід відносити: 1) перелік майна. Якщо йдеться про майбутнє майно, воно має бути визначеним; 2) строк договору, який не може перевищувати 33 роки з моменту підписання контракту; 3) особистість установника (установників); 4) особистості одного або кількох фідучіаріїв; 5) особистість вигодонабувача (вигодонабувачів) або правила, що дозволяють їх визначати;

6) мета фідучіарія і перелік повноважень щодо переданого в цільову власність майна.

Договір фідучії, під загрозою недійсності, підлягає державній реєстрації в реєстрі речових прав на майно за місцем знаходження фідучіарія або в компетентному органі нерезидентів, якщо фідучіарій не є резидентом України. Якщо за договором фідучії передається нерухоме майно, це повинно фіксуватися в реєстрі нерухомого майна.

Фідучіарій при вчиненні правочинів щодо довіреного майна зобов'язаний робити відмітку про те, що виступає в такій якості. У відносинах з третіми особами фідучіарій вважається наділеним найширшими повноваженнями щодо розпорядження довіреним майном, за винятком випадків, коли третім особам було відомо про обмеження його повноважень. Про свої дії фідучіарій надає установнику звіт у порядку, визначеному договором. Договір може встановлювати також обов'язок фідучіарія надавати звіт вигодонабувачеві.

У разі неплатоспроможності фідучіарія на майно, що є об'єктом фідучії, не звертається стягнення. Зобов'язання, пов'язані з фідучією, задовольняються за рахунок довіреного майна. При цьому у разі недостатності майна для задоволення вказаних зобов'язань стягнення може бути звернуте на інше майно установника, за винятком випадку, коли відповідальність за боргами, пов'язаними з фідучіарним майном, повністю або частково покладається на фідучіарія. Договір фідучії може передбачати обмеження відповідальності установника тільки довіреним майном. Проте це допустимо лише у тому випадку, коли кредитори прямо висловили свою згоду з такою умовою. За помилки, допущені фідучі-

ціарієм під час діяльності по досягненню мети фідучії, останній відповідає особистим майном.

Якщо фідучіарій не впорається зі своїми обов'язками або піддає небезпеці довірене йому майно, установник фідучії або вигодонабувач має право вимагати призначення тимчасового фідучіарія або заміни фідучіарія.

Договір фідучії може бути відмінено установником, доки він не був прийнятим вигодонабувачем. Після підтвердження його вигодонабувачем договір може бути змінено або відмінено лише з відома останнього, або відповідно до вимог справедливості. За допомогою цього положення забезпечується захист інтересів третіх осіб,

що стають вигодонабувачами за договором.

Припиняється договір фідучії закінченням строку його дії, досягненням мети до закінчення строку дії договору або відміною установником визначеного договором вигодонабувача. Зазначений договір також припиняється за умов, передбачених договором, або за рішенням суду у разі відмови вигодонабувачів від договору і відсутності при цьому в договорі умов щодо продовження його дії. Така сама ситуація має місце у разі ліквідації (смерті) установника фідучії. Після припинення договору фідучії майно повертається установнику.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» від 19 червня 2003 р. № 1980-IV // Урядовий кур'єр. — 2003. — № 142.
2. Стаття 26 Закону України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» від 19 червня 2003 р. № 979-IV // Урядовий кур'єр. — 2003. — № 154.
3. *Гримм Д. Д.* Лекции по догме римского права / под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. — М., 2003. — С. 150–151.
4. *Кривцов А. С.* Абстрактные и материальные обязательства в римском и в современном гражданском праве. — М., 2003. — 314 с. (Классика российской цивилистики). — С. 104.
5. *Гражданское и торговое право капиталистических государств* : учеб. — 3-е изд., перераб. и доп. — М., 1993. — С. 271.
6. *Keeton G. W.* The Law of Trusts. London, 1963. — P. 4; Цит. за: *Беневоленская З. Э.* Доверительное управление имуществом в сфере предпринимательства. — М., 2005. — С. 75.
7. *Иеринг Р.* Цель в праве. — 1881. — Т. 1. — С. 15; Цит. за: *Марчук В. П.* Вчення Р. Ієрінга про право як захищений інтерес // Науковий вісник Чернівецького університету. Сер. Правознавство : зб. наук. пр. — Чернівці, 1995. — Вип. 1. — С. 58.
8. *Anderson R. A., Fox J., Twomey D. P.* Business Law. Cincinnati, Ohio, USA, 1989. — P. 1164; Цит. за: *Беневоленская З. Э.* Указ. тр. — С. 75.
9. *Pettit Ph.* Н. Op. cit. — P. 124; *Parker D. B., Mellows A. R.* Op. cit. — P. 65–66; Цит. за: *Беневоленская З. Э.* Указ. тр. — С. 75–76.
10. *Sydenham A.* Op. cit. — P. 7; Цит. за: *Беневоленская З. Э.* Указ. тр. — С. 76.
11. *Джонс Э.* Английское право. — М., 1947. — С. 322.
12. *Elizabeth A. Martin.* Oxford Dictionary of Law. Oxford, 1997. — P. 383.
13. *Синайский В. И.* Русское гражданское право. — К., 1914. — Вып. I. — С. 21–22.
14. *Иоффе О. С.* Обязательственное право. — М., 1975. — С. 133–134.
15. *Михеева Л. Ю.* Доверительное управление имуществом / под ред. В. М. Чернова. — М., 1999. — С. 14.
16. *Емельянов В. И.* Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами. — М., 2002. — С. 115.
17. *Майданик Р. А.* Теоретичні проблеми регулювання довірчих відносин у цивільному праві : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — К., 2003. — С. 14.
18. *D. W. M. Waters.* In: The Law of Trusts of Canada. — The Carswell Company Limited Toronto, 1974. — P. 32.
19. *Майданик Р. А.* Институт доверительной собственности в праве Украины : состояние и перспективы // Альманах цивилистики : сб. ст. / под ред. Р. А. Майданика. — К., 2008. — 312 с. — Вып. 1 — С. 202–221.

20. Венедиктова І. В. Договір довірчого управління майном в Україні. — Х., 2004. — С. 114; Жанаїдарова С. Ю. Доверительное управление имуществом : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Алматы, 2003. — С. 6, 11; Фунтикова Н. В. Доверительное управление по российскому законодательству и доверительная собственность по англо-американскому праву : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2004. — С. 11–12; Майданик Р. А. Довірча власність у цивільному праві України (формування, порівняльний аналіз і поняття) // Українське комерційне право. — 2004. — № 5. — С. 37–57.
21. Майданик Р. А. Інститут довірчої власності в праві України : пріоритети і перспективи // Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2007. — № 4 (66) — С. 101–113.

Майданик Р. А. Довірча власність і фідучія: місце і перспективи в системі права України

Анотація. Розглядаються питання поняття і правової природи права довірчої власності в українському праві. Досліджено місце довірчої власності та перспективи фідучії в системі українського права.

Ключові слова: довірча власність, траст, фідучія, довірче управління майном, фідучіарій, фідучіант, бенефіціарій.

Майданик Р. А. Доверительная собственность и фидуция: место и перспективы в системе права Украины

Аннотация. Рассматриваются вопросы понятия и правовой природы права доверительной собственности в украинском праве. Исследовано место доверительной собственности и перспективы фидуции в системе украинского права.

Ключевые слова: доверительная собственность, траст, фидуция, доверительное управление имуществом, фидуциарий, фидуциант, бенефициарий.

Maidanyk R. Fiduciary ownership and fiducia: place and prospects in the system of law in Ukraine

Annotation. Considered the questions and the concept of the legal nature of fiduciary ownership in the Ukrainian law. Researched the places of fiduciary ownership and prospects of fiducia in the Ukrainian law.

Key words: fiduciary ownership, trust, fiducia, fiduciary management, fiduciary, fiduciant, beneficiary.

ЗАМІТКИ ЦИВІЛІСТА ПРО ТЕНДЕНЦІЇ ПІЗНАННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ



І. СПАСИБО-ФАТЄЄВА

*доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
професор кафедри цивільного права № 1
(Національний університет
«Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»)*

Перша частина міркувань (філософська)

Право власності — це феномен, що видається одночасно простим і надзвичайно складним, яким та незбагненим, лінійним і структурованим, скопльованим та розосередженим, необхідним для його розуміння як такого й навпаки — лише як передумова, інструмент і наслідок дії різних правових механізмів. Власність подається ледве не як сутність соціального буття людини й одночасно як «ніщо» у речовому її розумінні (як за Ж.-П. Сартром «Буття й ніщо»). Вона видається сфальцьованим згустком можливостей людини, тим його кодом, використання якого розкриє необхідні напрями для його «просування» життєвими дорогами. Разом з тим вона, звичайно, не може й не повинна сприйматися мотлохом, названим речами або майном у буденному його розумінні. Адже як таке воно є тлін, і те, що сьогодні видається очевидно важливим і прекрасним, завтра вже не потрібно, обтяжливо й потворно. Устаткування через якийсь час стає купою металу, незатребуваного, але реально існуючого, такого, що вчора мав цінність, а сьогодні за його рахунок неможливо

погасити борги. Те, що фізично існує, вже може бути «ніщо», а те, чого ще немає, що як реальність не відтворена, вже може цінуватися як потенціал, на який є попит і який породжує відносини, схожі з виникненням і використанням гіпотетичних майнових благ.

Власність у релігійному сприйнятті є злом, яке тягне людину в безодню гріхів, або можливістю принести благо людям. У природно-правовій доктрині власність бачиться як життєва необхідність, така ж природня, як і здоров'я, воля, саме життя.

Маючи власність, людина не тільки окреслює свій простір, розширюючи або звужуючи його, а й здатна реалізувати себе, свої інтереси, набути права. І навпаки: власність є не тільки тягарем («власність зобов'язує»), а й породжує відповідальність перед соціумом (особливо для публічної власності). Вона вимагає адекватного (а іноді й більше того) ставлення до себе, відкриває шлях тривогам і занепокоєнню про свою схоронність і більше того — збільшенню свого обсягу. Останнє змушує ввімкнутися в постійну круговерть відносин, щоб не зупинитися, оскільки зупинка призведе до втрат, і навіть зниження темпів — до

© І. Спасибо-Фатеева, 2011

деградації й поступової незначності навіть ще існуючої формально власності. Але одночасно це є стимулом постійного розвитку, у тому числі думки, а звідси — формування творчих ідей, зумовлених темпом модернізації.

Право заохочує й стримує, направляє та заважає — тобто теж виконує досить неоднозначну роль. Воно інколи «плететься», в той час коли відносини власності вирвалися вперед, і не помітити цього не можна. Іноді це призводить не тільки до безглуздості й труднощів, а й до трагічних наслідків*.

Право має бути гнучким інструментом, по суті, обслуговуючим суспільні відносини, але одночасно істотною мірою і формуючим їх, однак не перешкоджаючим їхньому розвитку в тому русі, який об'єктивно сформувався. І навпаки — воно має знайти способи впливу на ті негативи, які заважають цьому руху, а не навпаки. Проте не виключені випадки, коли право рухається помилковим шляхом, прийнявши деформацію за правильне русло. Тоді маємо великі проблеми, викорінювання яких вимагає істотних зусиль і часу.

Ступінь значущості феномена, що називається власністю, важко оцінити, а рівень його модифікацій постійно змінюється (і аж ніяк не в бік спрощення) разом із змінами життєвого простору й устрою.

Друга частина міркувань (постановочна)

Міркування, поміщені вище, з очевидністю демонструють усю складність розуміння власності й дозволяють вказати на деякі з тих проблемних сфер, до яких є залученим дослідник, який має намір аналізувати власність і право власності.

1. Різні рівні регулювання відносин власності (конституційний і цивільно-правовий, а також численні види саморегулювання (корпоративне, локальне, договірне).

2. Перехресне регулювання відносин власності різними галузями законодавства.

3. Загальноприйнятий підхід до розуміння публічного й приватного права зумовлює існування публічної й приватної власності. Більш вузька проблема — поділ права власності на типи, форми, види.

4. Структурні зміни в економіці, політиці, соціумі й, як наслідок, у свідомості (точніше, в усвідомленні цих змін), а також темпи цих процесів позначилися на правових конструкціях, одні з яких згодом відмирають, інші — відтворюються, треті — зміцнюють свої позиції.

5. Видозміна об'єктів прав як наслідок тенденцій швидких змін значень праці, соціокультурного середовища людини тощо.

6. Підміна правових понять і вивіреніх юридичних конструкцій економічними, технічними, організаційними, які не знайшли свого адекватного втілення в праві й тому породили безліч суперечностей.

Третя частина міркувань (аналітична)

Розглянемо в більш розширеному аспекті поставлені проблеми.

1. Не охоплюючи усіх рівнів регулювання відносин власності (що неможливо в межах однієї статті), можна запропонувати більш уважно поставитись до співвідношення конституційного права власності (і насамперед усього, що пов'язане з його захистом) і цивільного права власності. Ті

* Досить згадати «нетрудові доходи», за які існувало покарання в 70–80-ті роки XX ст., й тих, хто від цього постраждав і продовжував перебувати в «некомфортних місцях» уже в той час, коли підприємництво стало дозволеним.

аксіоматичні твердження, що конституційні норми обумовлюють цивільно-правові або навпаки, що останні повинні ґрунтуватися на перших, — придатні лише для «високої» теорії. На практиці ж часто конституційна норма виявляється занадто «відірваною» від тих відносин, які складаються із застосуванням цивільно-правових норм. Зокрема, якщо торкнутися питання про конституційне право власності (а воно все частіше розуміється як суб'єктивне право) і суб'єктивне цивільне право власності, то очевидною є їхня різниця хоча б при розгляді їх виникнення, припинення й захисту. З позицій цивільного права особа, чиє майно було викуплене для суспільних потреб (статті 350–351 ЦК України), перестала бути власником. У зв'язку з цим не можна стверджувати про захист її права у випадку, якщо це майно тривалий час не використовувалося для тих потреб, задоволення яких послужило підставою для його викупу. Позов колишнього власника в суді не підлягає задоволенню.

Зовсім інша позиція Конституційного суду Австрії, який задовольнив вимоги такої особи про повернення майна у власність, причому навіть без розгорнутої аргументації в силу очевидності порушень її права [1, 11–12].

У наш час чимало випадків, коли особа одержала дозвіл на будівництво та розпочала зведення об'єкта, а через певний час цей дозвіл було скасовано з тих чи інших підстав. Особа ще не стала власником, однак очевидним є порушення її прав, які мають бути захищені в порядку, подібному наведеному вище.

Ще одним прикладом, який демонструє різнорівневе розуміння права власності в комбінації з іншими права-

ми (правами на чуже майно, правом на житло), є норма ст. 40 Закону України «Про іпотеку», згідно з якою члени сім'ї власника, який передав в іпотеку свою квартиру, у випадку звернення на неї стягнення зобов'язані її звільнити. Наслідком цього, безумовно, є порушення не тільки права на житло проживаючих у квартирі членів сім'ї, а й їх речових прав (прав на чужі речі). І якщо в РФ проблема розбіжностей між конституційними й суб'єктивними цивільними правами була вирішена внесенням змін до ЦК і ЖК, то в Україні ця проблема взагалі не представляє інтересу для обговорення цивілістів.

Аналіз цих та інших численних прикладів впливу конституційних норм на право власності дає змогу стверджувати про конституційне право власності як більш широке, фундаментальне право, яке повинно не тільки проголошувати й гарантувати, а й забезпечувати чинними механізмами та захищати права кожного суб'єкта права власності.

2. Перехресне регулювання відносин власності різними галузями законодавства — це проблема в цілому недосконалої українського законодавства. Наявність різних кодексів, сфера регулювання яких так чи інакше охоплює відносини власності, а також цілої товщі законів не тільки ускладнює їхнє регулювання, а нерідко — заплутує його [2, 62–71].

Через відсутність наукових обґрунтувань правового регулювання складних, багаторівневих відносин власності законодавець нерідко використовує подвійне, навіть потрійне нормування тих самих сторін поведінки людей при здійсненні економічної діяльності [3]. Це ми спостерігаємо в дублюванні, а найчастіше у принципово різних підходах до регулювання

відносин власності в ЦК, ГК, ЗК, ЖК, СК, а також численних законах. Ці суперечності найбільше відчутно позначаються на суб'єктивних правах власників у судовій практиці. Суд повинен у таких випадках застосувати належну норму права, незалежно від її галузевої належності.

3. Грунтуючись на поділі права на приватне й публічне, поряд із терміном «приватна власність» часто вживається термін «публічна власність». Разом з тим поняття останньої в цивілістиці не розкривається. У кращому випадку робляться спроби досліджувати в цивілістичному руслі державну й комунальну власність, та й то не загалом, а в певних аспектах — відповідальність власника, набуття, захист права власності тощо. Як правило, це викликає невдоволення української цивілістичної громадськості, яка звинувачує дослідника у відході від спеціальності 12.00.03. Однак слід заперечити, що Конституція й ЦК України установили загальний підхід до регулювання відносин усіх власників, і має бути те загальне, що ріднить і поєднує приватну й публічну власність саме як правові категорії. Тим часом істотні відмінності в суб'єктному складі зумовлюють і досить значні відмінності у правовому режимі майна, що належить приватним і публічним власникам. Звідси проблема розподілу права власності на типи, форми, види [4, 145–154]. Крім загально-теоретичного інтересу, який викликає ця дискусія, звичайно, чимале значення має й практичний її аспект. Так, публічним або приватним власником бачаться партії, релігійні організації? Чи можна вважати приватним власником національні акціонерні компанії або інші АТ, контрольні пакети акцій яких належать державі? І навпаки, чи

можна стверджувати про поділ державної власності на приватну (використовувану для задоволення приватного інтересу одержання прибутку від свого майна — державних підприємств та ін.) і публічну (яка не підлягає відчуженню, приватизації, оскільки покликана задовольняти публічні інтереси)? [5].

4. З початку 90-х років в Україні разом* зі змінами в економіці й супутніми їм адекватними змінами в інших «шарах ноосфери» відбувається кардинальне оновлення законодавства про власність. На початку усіх цих подій законодавство формувалося наспіх і в якомусь «соціальному пориві», чим пояснюються його численні прояви примітивізму. Тому його подальше реформування має бути обміркованим, виваженим і проводитися на основі погоджених концептуальних підходів. Однак, на жаль, цього не відбулося. І якщо ми з посмішкою згадуємо горезвісні акції трудового колективу, колективну власність працівників державного підприємства та інші «пережитки перехідного періоду», то неможливо пояснити те, як могло вийти, що наша країна має пальму першості у вигляді Господарського кодексу й несе її на потіху всім з гордо піднятою головою недоука.

Необхідність своєчасного погоджування всіх численних факторів, що впливають на формування правового регулювання власності, аби не допустити крену в тому або іншому напрямі, демонструють ті події, які переконливо доводять, що коріння соціалістичної власності живучі й дають свої паростки, незважаючи на жваве корчуння (приватизацію, оренду та ін.). Саме природа соціалістичної власності позначилася на тотальному прагненні державної власності зберег-

* Іноді упереджуючи, а частіше — запізнюючись.

тися, а в якомуś розумінні й збільшитися, вважаючи себе єдиною «спадкоємицею» соціалістичної власності всупереч інтересам інших колишніх соціалістичних власників — Комуністичної партії, профспілок, громадських організацій, у яких держава різними шляхами намагається «відібрати» їх майно*.

5. Видозміна об'єктів прав спричинила зміну й відносин між суб'єктами, що складаються з приводу цих об'єктів. Правове ж регулювання цих відносин часто запізнюється, а їх наукове осмислення, як не сумно, ще інертніше. Консерватизм нашої цивілістичної науки призводить не тільки до «пробуксовки», а й до спотворення помилковими теоріями. Це нерідко є наслідком звичайного підходу міряти відомими мірками. Однак для нових відносин нерідко ці мірки не підходять зовсім. Так це трапилося з інтелектуальною власністю й так це відбувається з корпоративною власністю. При цьому якщо історія з інтелектуальною власністю для вчених уже перейшла в інше русло, і переважна їх більшість переконана у правильності концепції виключних прав, то дискусія з корпоративною власністю нині перебуває тільки в зародковому стані. Однак порівняння між цими, хоча й досить різноплановими, але в силу хоча б уживаної термінології схожими правовими явищами, провести можна. Дуже служно помітив Є. Суханов, що поняття «інтелектуальна власність» є двічі умовним, адже крім того, що не має жодного відношення

до власності, стосується не тільки результатів інтелектуальної діяльності в буквальному значенні цих слів [6, 26]. Відмова від цього поняття в цивільному законодавстві РФ зумовлена тим, що інтелектуальні (або виключні) права — це принципово інша група прав, аніж право власності, що виконує щодо нематеріальних об'єктів «ту ж економічну функцію, що й право власності для матеріальних об'єктів, але зовсім іншими правовими засобами, використовуючи інші правові механізми» [7, 114–115, 291–292, 348–349].

Процес впливу наукового осмислення на законодавче регулювання тривав досить довго. Ще Я. Канторович писав на початку ХХ ст., що залишилося мало прихильників теорії «розумової власності» [8, 9], але подібні за суттю висловлювання мали місце й раніше [9, 25–65; 10, 111–118].

Стосовно корпоративної власності, то спостерігається картина, відмінна від приватної власності: замість схеми «один об'єкт — один суб'єкт» виникає інша — «на один об'єкт — декілька (множинність) суб'єктів (але не права власності, а тих, хто роблять внески чи придбавають акції) зі створенням ними нової єдності — корпорації». Її кошти як власника складаються з коштів багатьох її учасників (акціонерів, членів). Останні, у свою чергу, роблять внески не в одну, а в чимало корпорацій (як промислові, так і банки, недержавні пенсійні фонди, страхові компанії). Капітал начебто має першочергове значення для кожної

* Статтею 1 Закону України «Про підприємства, установи та організації союзного підпорядкування, розташовані на території України» від 10 вересня 1991 р. № 1540-ХІІ встановлено, що майно і фінансові ресурси підприємств, установ, організацій та інших об'єктів союзного підпорядкування, розташованих на території України, є державною власністю України; згідно з Постановою Верховної Ради України від 10 квітня 1992 р. № 2268-ХІІ до визначення правонаступників загальносоюзних громадських організацій колишнього СРСР майно і фінансові ресурси розташованих на території України підприємств, установ і об'єктів, які перебували у віданні центральних органів цих організацій, тимчасово передані Фонду державного майна України; відповідно до п. 1 Постанови Верховної Ради України від 4 лютого 1994 р. № 3943-ХІІ до законодавчого визначення суб'єктів права власності майна загальносоюзних громадських організацій колишнього СРСР, розташованого на території України, таке майно тимчасово є загальнодержавною власністю.

конкретної корпорації, й разом з тим має звичай «перетікати» у зв'язку з функціонуванням ринку капіталів. Самі корпорації також перебувають у постійній трансформації, як правило, шляхом злиття і приєднань. Хоча можливі й зворотні процеси, зумовлені конкурентним законодавством, зниженням ризиків при здійсненні розгалуженої діяльності в різних країнах.

6. Усе висловлене вище наочно демонструє *економічне підґрунтя власності*, без чого не тільки не обійтися, але саме воно й слугує базою для правового регулювання. Однак «пуповина» між економічним поняттям власності й правом власності не дозволяє не тільки законодавцеві, але нерідко й ученим утримуватися на правових позиціях (при вирішенні проблеми про форми власності, про власність юридичних осіб). А розгалуження й ускладнення зв'язків між власником і майном, до якого (як часто вважається) він має відношення (у корпораціях), призводить до необхідності вести мову не про звичну тріаду правомочностей власника, а про управління майном* корпорації, завдяки чому так чи інакше задовольняються й власницькі інтереси її учасників.

Звичайно, для будь-якого практикуючого юриста ясною є надуманість конструкції тріади правомочностей власника стосовно учасника (акціонера) господарського товариства. Воля останнього не може братися за основу, як це буває у відносинах приватної власності, і він не може як завгодно володіти, користуватися й розпоряджатися об'єктом свого права як річчю. Виключити ж його із суб'єктного складу відносин власності в корпораціях було б також неправильно, як і

вважати його власником, оскільки власником майна є сама корпорація. Учасник (акціонер) здійснює свої права стосовно майна, у формуванні й збільшенні якого, без сумніву, є його частка, шляхом участі в управлінні корпорацією (господарським товариством). Перефразувавши вираз «через терени — до зірок», можна наголосити: «Через корпоративну власність — до корпоративного управління». Однак глибина ідеї саме у протилежному: за допомогою належного корпоративного управління досягти ефективної віддачі від корпоративної власності у вигляді збільшення капіталу.

Тому допустимо навіть вказати, що ми маємо *натуральну (приватну) і синтетичну (корпоративну) власність*. Можна висловитися й інакше: пряма й непряма власність. Пряма — безпосереднє здійснення власником правомочностей, безпосередній вплив на об'єкт і безпосереднє присвоєння. Непряма — все зазначене вище здійснюється особою, але опосередковано, а тому виникають способи, що дозволяють установити цей опосередкований зв'язок. Ці способи і є корпоративним управлінням. Для цих цілей і придуманий був новий об'єкт — цінний папір, акція, яка є сурогатом майнових та немайнових (організаційних) прав і буфером для двох суб'єктів — корпорації та акціонерів. Вона «зчіплює» їх права, дозволяючи взаємовигідно й взаємозалежно їх здійснювати.

Четверта частина міркувань (заклучна)

Питання власності є основними й потребують свого осмислення. Це процес постійний, в епіцентрі якого перебуває адаптація сутнісних засад права власності на тому або іншому етапі розвитку суспільства.

* Тобто не про управління майном власника, що регулюється главою 70 ЦК України, а про управління юридичною особою.

Якщо ми звикли сприймати власність як речове право (право на *рiч*), то це зовсім не свідчить, що це раз і назавжди існуюча данність. Поступово ми стали стверджувати про власників *майна*, до складу якого включаються майнові, а також деякі немайнові права, що мають вартісну оцінку. Пізніше з'явився термін «право інтелектуальної власності», яка по-іншому регулюється, ніж речове право власності. Очевидні відмінності цих прав за об'єктом і змістом. Поки ще вислизає з уваги цивілістів публічна власність, що розцінюється як публічна правова категорія. Все очевиднішими стають відмінності між речовим правом власності й корпоративною власністю, сутність яких різниться.

С. Алексєєв назвав це метаморфозою власності, якісним розворотом від речових до зобов'язальних відносин, іншою власністю порівняно з тією, яка заснована на греко-римській культурі. Проте він вважає її власністю, додаючи, що вона у своєму споконвічному, первородному вигляді, тобто як речове відношення, зникає [11, 52, 54, 72, 73]. Цей феномен неможливо залишити без уваги, коли внаслідок поступо-

вих відпадань від права власності правомочностей власника (в інтелектуальній і корпоративній власності), а потім і їх замітника — контролю (у корпоративній власності)*, проте, залишається *щось*. Все це нагадує чеширського кота з відомої казки про Алісу: останнє, із чим ми повинні розстатися, — це з його посмішкою.

Таким чином, зазначимо, що власність є суспільною категорією, яка змінюється відповідно зі змінами, властивими суспільству. Його агресивність при непослідовному й слабкому законодавчому органі, проблемному стані судового захисту й багатьох інших факторах призводить до того, що власник піддається постійним нападам і перебуває в небезпеці. Крім мисливця й жертви, є ще середовище, від якого багато що залежить. Це правова культура, правове суспільство або навпаки. Тому обговорення і навіть спроба вирішити питання законодавчого регулювання власності самі по собі вирішити існуючих проблем не можуть, доки не будуть вирішені проблеми того середовища, в яке поміщений власник.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Гаджиев Г. А. Конституционные основы современного права собственности // Актуальные проблемы права собственности. Материалы научных чтений памяти проф. С. Н. Братуся (Москва, 25 октября 2006 г.). — М., 2007.
2. Спасибо-Фатеева И. В. Методологічні витoki кодифікацій : потреби, обґрунтованість, кон'юнктурність : матеріали круглого столу АПрНУ «Методологія приватного права : сучасний стан та перспективи розвитку» // Право України. — 2009. — № 8.
3. Андреев В. К. О праве частной собственности в России (критический очерк). — М., 2007 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс Проф».
4. Спасибо-Фатеева И. Формы права собственности // Вісник АПрНУ. — 2009. — № 3.
5. Роберт П. Годэн. Взаимосвязь между публичной и частной собственностью в Канаде и Квебеке // Вестник гражданского права. — 2006. — № 2. — Т. 6 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс Проф».
6. Суханов Е. А. Выступление на парламентских слушаниях в Госдуме 5 октября 2006 г.; *Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть четвертая*. — М., 2007.
7. Дозорцев В. А. Интеллектуальные права : Понятие. Система. Задачи кодификации : сб. ст. — М., 2003.

* Простежується випаровування того, що ми можемо назвати матеріальною субстанцією властивості права власності: від усунення акціонера від «матеріальної власності» АТ, усунення його від участі в управлінні АТ, від контролю за органами АТ, тобто усунення від будь-яких проявів (прямих і непрямих) правомочності власника як прав на папір, так і прав з паперу і навіть можливості її продати, проте з набуттям можливості продати голос.

8. Канторович Я. А. Авторское право. Систематизированный комментарий к постановлению ЦИК и СНК СССР от 30 января 1925 г. «Об основах авторского права». — М., 1926.
9. Шершеневич Г. Ф. Авторское право на литературные произведения. — Казань, 1891.
10. Пиленко А. А. Право изобретателя (Классика российской цивилистики). — М., 2001.
11. Алексеев С. С. Собственность в акционерном обществе // Проблемы теории гражданского права. — М., 2003.

Спасибо-Фатєєва І. В. Замітки цивіліста про тенденції пізнання права власності

Анотація. У статті досліджуються філософські, економічні, загальнотеоретичні та цивілістичні засади права власності, аналізуються поняття права приватної та публічної власності, вказано на специфіку понять корпоративної та інтелектуальної власності.

Ключові слова: право власності, правомочності, регулювання, захист.

Спасибо-Фатеева И. В. Заметки цивилиста о тенденциях познания права собственности

Аннотация. В статье исследуются философские, экономические, общетеоретические и цивилистические начала права собственности, анализируются понятия права частной и публичной собственности, указана специфика понятия корпоративной и интеллектуальной собственности.

Ключевые слова: право собственности, правомочия, регулирование, защита.

Spasybo-Fateeva I. Civilist notes on the trends of the property law

Annotation. The article is devoted to philosophical, economical, general theoretic and civilist issues of the property law. The notions of the right of private and public ownership are analysed, specific issues of corporate and intellectual property are indicated.

Key words: property law, competences, adjusting, defence.

ПРЕДМЕТ, МЕТОД І СИСТЕМА РЕЧОВОГО ПРАВА: ДЕЯКІ ПИТАННЯ КОДИФІКАЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА В КАЗАХСТАНІ



С. СКРЯБІН

*кандидат юридичних наук, доцент,
старший науковий співробітник*

Інституту приватного права

Казахського гуманітарно-юридичного університету,

асоційований професор кафедри

приватноправових дисциплін

(Каспійський громадський університет)

Про деякі теоретичні положення цивільного права

Спочатку позначимо декілька вихідних позицій, що стосуються загальних положень теорії права та цивільного права, які ми вважаємо найбільш правильними.

По-перше, ми поділяємо думку про те, що право як система норм поділяється на публічне і приватне. Ці два утворення по суті виступають як основні підсистеми права, які функціонують досить автономно у регулюванні правових відносин. Причому ця автономність має об'єктивний характер і не залежить від форми вираження правових норм.

Друга теза безпосередньо взаємопов'язана з попередньою: зовнішня форма вираження права (нормативно-правові акти та інші джерела права) напряду не пов'язана з поділом права на публічне і приватне. Це положення впливає з тієї обставини, що в нормативно-правових актах і кодексах як вищого ступеня систематизації та узагальнення правових норм можуть міститися різні правові норми. Пра-

вильніше сказати, їх різне поєднання. Є нормативно-правові акти, їх не так багато, які побудовані за моделлю тільки однієї підсистеми права. Як приклад можна навести кримінальне право, в якому галузь права і галузь законодавства збігаються.

У більшості інших випадків у нормативно-правових актах містяться норми обох правових підсистем як публічного, так і приватного права. Це твердження стосується, зокрема й цивільних кодексів, які існують на пострадянському просторі. Так, статті Цивільного кодексу Республіки Казахстан (далі — ЦК РК) про право власності й інші речові права містять норми як публічного (наприклад більшість норм про державну власність, права господарського відання та оперативного управління, право землеволодіння), так і приватного права [1]. Значною мірою це стосується й інших інститутів і підгалузей цивільного права, які отримали закріплення у відповідних кодексах. М. Брагінський пояснює виправданість такого стану міркуваннями юридико-технічного характе-

ру, а чужерідність публічно-правових норм підтверджується вже тим, що регульовані цими нормами відносини знаходяться поза дією загальної частини ЦК [2]. Подібних норм особливо багато в 4-й частині Цивільного кодексу Російської Федерації (далі — ЦК РФ), яка присвячена інтелектуальній власності. Почасти це пояснюється проведенням систематизацією відповідного законодавства, в результаті якої декілька самостійних законів стали частиною ЦК РФ, переставши діяти [3].

На цій підставі вважаємо неточною тезу про збіг понять галузі права і галузі законодавства. Досить часто можна почути, наприклад, такі міркування: право в Республіці Казахстан отримує вираження в нормативно-правових актах і, отже, чинне законодавство є нічим іншим, як самим правом. Цю проблему можна позначити ще ширше, звівши її до сучасного розуміння права. У цьому випадку наведене вище судження ґрунтується на так званому позитивістському розумінні права як системи норм, виражених у законодавстві. Інші джерела права відіграють у цьому вторинну роль. Для позитивізму правом вважається все те, що прийняла держава у процесі здійснення особливої своєї функції — правотворчої.

Проблема розуміння права не нова. Вона налічує не одне століття і навряд чи можна сподіватися, що буде вирішена в найближчій перспективі. Так, наприклад, І. Царьков, провівши дослідження розвитку праворозуміння в європейській традиції права, доходить висновку, що існує певний конфлікт між юридичним позитивізмом (юспозитивізм) і природно-правовим (юснатуралізм) підходами (напрямами) визначення права. Основна відмінність між ними, на думку автора, полягає в тому, що «...перший

відмовляє у можливості змістовної критики позитивного права, тоді як останній наполягає на необхідності такої критики». І далі зазначається, що підставою дискусії є конфлікт, що постійно поновлюється між громадянським суспільством і державою, у кожного з яких свій правовий статус і вони ніколи не збігатимуться. А відмінність правових статусів якраз і відображається у діалозі юснатуралізму та юспозитивізму [4].

Але для нас важливий інший аспект цієї проблематики. Ми вважаємо, що право і законодавство за своєю суттю повинні розглядатися як різні явища, кожне з яких має власні параметри системності. Маючи на увазі ту обставину, що Республіка Казахстан належить до країн романо-германської правової системи, вони, в ідеалі, мають збігатися. Але практично «чистоти» нормативних актів важко дотриматися, маючи на увазі суб'єктивний фактор (наприклад, значна кількість фахівців у сфері публічного права, представлених у державних органах та які беруть участь у законодавчому процесі), існуючий радянський менталітет, цілком природне бажання законодавця досить повно врегулювати певні відношення за допомогою норм різних підсистем права та інші причини.

У цьому плані можна говорити і про відсутність у системі права такої галузі, як конституційне право, але не конституційного законодавства. По суті, визнання конституційного права як галузі права ґрунтується саме на ототожненні галузі права і галузі законодавства. Так, наприклад, В. Яковлев називає конституційне право в якості фундаменту права, а сутність її методу вказує на закріплення у ньому засад відносин, основ громадського і державного ладу [5]. У свою чергу,

С. Алексєєв називає основоположною галуззю всієї правової системи державне право, слідом за нею він називає кілька профілюючих галузей права (адміністративне, цивільне, кримінальне), кожній з яких відповідають три процесуальні галузі з аналогічною назвою [6].

Ми вважаємо, що твердження про особливе значення конституційного права в системі права пов'язані з зазначеним вище отождоленням права і законодавства. Конституція як Основний Закон держави є ніщо інше, як комплексний нормативно-правовий акт, який містить найбільш загальні норми, складові основи правового регулювання та державного устрою певної країни. Ці положення, по суті загальні начала, отримують розвиток у галузевому законодавстві. Напевно будь-який юрист, яку галузь права він би не представляв, знайде в Конституції норми і правила, які можна без особливих проблем віднести до «своїх» галузі.

І ще. Ми приєднуємося до традиційної позиції про розмежування галузей права залежно від предмета і методу правового регулювання. У цьому випадку абсолютно не важливо, чому повинен бути наданий пріоритет. Головне те, що для чіткого відокремлення одного масиву правових норм від іншого необхідною є одночасна наявність двох критеріїв. Саме тому, коли йдеться про те, що те чи інше утворення у праві будується з використанням предмета і методу різних галузей (так звані комплексні галузі права), це означає фактично відсутність і того й іншого, як і самої галузі права як такої. Подібні комплексні утворення, як уже було зазначено, характерні не для галузей права, а для галузей законодавства.

Особливості предмета та методу правового регулювання речового права як підгалузі цивільного права

Спочатку зазначимо, що будь-які структурні елементи, що належать до складу галузі права, повинні мати певні особливості, достатні для їх відокремлення. При цьому зберігається взаємозв'язок кожного структурного елемента як із самою галуззю права, так і з відповідними підгалузями та інститутами між собою. На нашу думку, такі особливості на рівні підгалузі права ґрунтуються на певних властивостях їх предмета і методу правового регулювання. Саме вони дають змогу відокремити у структурі цивільного права його найбільш великі структурні одиниці — підгалузі і, зокрема, речове право. Однак, як ми вважаємо, при формуванні та визначенні змісту структурних елементів цивільного права особливості предмета і методу враховуються недостатньо.

Питання про предмет цивільного права є перманентно дискусійним. При цьому в самих легальних визначеннях предмета цивільного права країн СНД є певні різночитання.

Так, ЦК РК встановлює правило про те, що цивільним законодавством регулюються товарно-грошові та інші засновані на рівності учасників майнові відносини, а також пов'язані з майновими особисті немайнові відносини (п. 1 ст. 1 ЦК РК). Приблизно аналогічне поняття закріплено у ЦК України (п. 1 ст. 1), але з тією лише особливістю, що у цьому акті на перше місце поставлені особисті немайнові відносини, які наряду з майновими становлять поняття цивільних відносин.

У ЦК РФ для визначення предмета цивільного права використовується описовий прийом. Згідно з п. 1 ст. 2 ЦК РФ цивільне законодавство

визначає правове становище учасників цивільного обороту, підстави виникнення та порядок здійснення права власності та інших речових прав, прав на результати інтелектуальної діяльності та прирівняні до них засоби індивідуалізації (інтелектуальних прав), регулює договірні та інші зобов'язання, а також інші майнові та особисті немайнові відносини, засновані на рівності, автономії волі та майновій самостійності учасників. Приблизно аналогічне поняття предмета цивільного права зазначено в цивільних кодексах Вірменії (п. 2 ст. 1), Азербайджану (п. 2.2 ст. 2), Білорусі (п. 1 ст. 1), Киргизстану (п. 1 ст. 1), Молдови (п. 1 ст. 2), Таджикистану (п. 1 ст. 1), Туркменистану (п. 1 ст. 2), у п. 1 ст. 1 Модельного цивільного кодексу для держав — учасниць Співдружності Незалежних Держав (ч. 1), прийнятого 29 жовтня 1994 р.

Незважаючи на зазначені відмінності легального визначення предмета цивільного права, навряд чи ці положення мають суттєві особливості. У цивілістичній літературі всі суспільні відносини, що регулюються цивільним правом, прийнято розділяти на дві великі групи: майнові та немайнові відносини [7]. Залишимо осторонь особисті немайнові відносини як такі, що не становлять предмет нашої статті та звернемо увагу на поняття і зміст майнових відносин.

В одному з останніх підручників з цивільного права виокремлено три різновиди майнових відносин: 1) відносини, пов'язані з належністю майна певним особам. При цьому належність матеріальних благ (речей) юридично оформляється речовим правом, а належність нематеріальних благ товарного характеру (головним чином результатів творчої діяльності) — винятковими (інтелектуальними) правами;

2) відносини, пов'язані з управлінням майном організацій — юридичних осіб (більшість з яких є корпораціями, заснованими на членстві їх учасників). Вони оформляються корпоративним правом; 3) відносини щодо переходу майна від одних осіб до інших, які оформляються головним чином зобов'язальним правом, а також корпоративним правом (при реорганізації та ліквідації юридичних осіб) і спадковим правом (у випадках смерті громадян-власників) [8].

Ми вважаємо такий розподіл умовним, тому що він не дає змоги виокремити найбільш великі структурні елементи громадянського права. Наприклад, належність майна може бути опосередковано не тільки речовим, а й зобов'язальним правом (особі належить право вимоги). У корпоративному праві також існують елементи обох підгалузей (учасники можуть зберігати як речові, так і зобов'язальні права на майно створених ними юридичних осіб, так і не мати жодних майнових прав зовсім). Як і перехід майна може бути опосередкований нормами як речового, так і зобов'язального права (наприклад земельна ділянка передається іншій особі через встановлення права землекористування).

Слід зазначити, що дискусійність питання про предмет цивільного права істотно загострюється під час реформування цивільного законодавства, і всі кодифікації цивільного законодавства радянського і пострадянського періодів, що відбулися, випереджали обговорення питання про коло відносин, які вони мають урегулювати.

Сьогодні це актуально для Російської Федерації. Один з розробників Концепції розвитку цивільного законодавства Російської Федерації А. Маковський вказує на два принципових положення. По-перше, намір

включити як предмет цивільно-правового регулювання корпоративні відносини, і, по-друге, сформулювати у ЦК України комплекс взаємопов'язаних інститутів речового права* [9].

Неважко помітити, що обидва положення пов'язані саме з предметом цивільного права. Виокремлення корпоративних відносин вимагає як особливої групи майнових відносин самостійного розгляду та аналізу, що виходить за межі цієї статті** [10]. Передбачувані зміни норм ЦК РФ про речові права дають змогу порушити питання про природу відносин, що становлять предмет речового права як підгалузі цивільного права. Це завдання, як ми вважаємо, не може бути належно вирішене без перегляду деяких положень цивілістичної доктрини про предмет цивільного права.

Як вже було зазначено вище, у чинному ЦК РК майнові відносини, що становлять предмет цивільного права, визначаються крізь призму товарно-грошових відносин. Є. Суханов вказує на три ознаки, якими зумовлений товарно-грошовий характер майнових відносин, що належать до предмета цивільного права [11]. Однак згадка лише про товарно-грошовий характер майнових відносин не відповідає ні буквальному легальному визначенню предмета цивільного права, ані останнім теоретичним розробкам.

Так, законодавець Казахстану в п. 1 ст. 1 ЦК РК говорить про майнові відносини іншого роду, очевидно не припускаючи їх товарно-грошовими. Тому кращою є дещо інше трактування майнових відносин, де вирішальне значення надається вартісному характеру майнових відносин. О. Іоффе називав у якості таких громадські відно-

сини, що володіють певною економічною цінністю, зважаючи на їх зв'язки із засобами виробництва, предметами споживання або іншими продуктами праці людини. Далі спеціально відзначається вартісний характер майнових відносин, що дає змогу розрізнити предмет цивільного права від предмета інших галузей [12].

Ми вважаємо, що товарно-грошова трактовка майнових відносин має найбільше значення для договірних зобов'язань, предметом яких і може бути товар. У цьому випадку неважливо, що саме. Товаром (благо, продукт) в економічному сенсі може бути практично все що завгодно: речі, роботи, послуги, результати творчої діяльності тощо. Так, наприклад, зазначається, що благом може бути будь-який предмет, як матеріальний, так і нематеріальний, який здатен у результаті задовольнити певні потреби споживача або може бути використаний виробником для відповідних цілей. Благами є як речі, так і їх властивості. У ринковій економіці їхні звичайні назви — товари та послуги [13]. За влучним зауваженням К. Маркса, товар є насамперед зовнішнім предметом, річчю, яка завдяки її властивостям задовольняє будь-які людські потреби [14]. Сучасні економісти вважають за краще говорити не про товар, а про потреби та блага, які їх задовольняють [15]. Крім того, розгляд деяких об'єктів цивільного права лише крізь призму товару, наприклад нерухомості, є ні економічно, ні юридично неточним. Категорія «товар» більш характерна для цивільного обороту, основу якого становлять договірні відносини. Для статистики цивільного права, пов'язаної з відносинами з при-

* Далі в тексті — концепція ЦЗ РФ. За необхідності нами будуть вказані тільки сторінки цієї публікації.

** Цікаве дослідження, що обґрунтовує самостійне значення правового регулювання корпоративних відносин у цивільному праві, проведено Д. Ломакіним.

своєння різноманітного майна, володіння чим-небудь не може бути зведене до товару. Наприклад, в особи у володінні знаходиться яка-небудь річ, яка має вкрай незначну мінову цінність або ж взагалі вона у неї відсутня. Це не виключає майнові відносини, але немає ознак товару. У цьому випадку правильно говорити про майнові відносини, які мають свою вартість, що оцінюється у грошах. Ця майнова цінність може мати різну вартість. Вона може бути визначена за допомогою певних методик спеціалістами-оцінювачами, скласти-ся під впливом попиту та пропозиції, а може мати тільки суб'єктивний характер і визначатися самим правовласником. Але у всіх випадках вартісна характеристика майнових відносин очевидна і це для цивільного права має більш важливе значення, ніж визнання майнових відносин за допомогою товарів і грошей.

Але повернемося до аналізу предмету цивільного права. На нашу думку, майнові відносини слід розглядати крізь призму легального визначення іншого ключового поняття цивільного права — майна як об'єкта цивільних прав (п. 2 ст. 115 ЦК РК). При цьому предметом речового права як підгалузі цивільного права будуть виступати тільки відносини, пов'язані з привласненням та використанням речей як матеріальних предметів. Це так звана концепція упредметненої власності, яку потрібно поширити і на інші речові права, виключивши можливість їх встановлення на інші об'єкти цивільних прав, які не є речами. Таким чином, у майнових відносинах як основному предметі цивільного права слід виокремити речові відносини. У цьому випадку слід виходити з двох сторін речових відносин, які необхідно враховувати при формулюванні відповідних правових приписів.

По-перше, це *відношення особи до речі*. Можливість подібних відносин завжди викликала суперечки в радянській і почасти пострадянській літературі [16]. Водночас значне число вчених не заперечує ту обставину, що речове право потребує диференційованого регулювання залежно від відношення особи до речі як до своєї або ж до чужої [17]. Більше того, ми вважаємо, що визначення ставлення особи до речі становить сутність суб'єктивних речових прав. Воно безпосередньо пов'язане з тими правовими можливостями, які надані законом для їхніх власників, тобто правонаділенням. Останнє відбувається шляхом законодавчого визначення можливих варіантів поведінки уповноваженої особи щодо речі.

Важливо зазначити, що визначення відносин особи до речі не виключає, а навпаки, настійно вимагає належного правового регулювання другої сторони речово-правових відносин: відносини між особами з приводу речей. Сутність цих положень можна визначити коротко: всі інші особи не можуть втручатися у відносини особи до речі, що прямо впливає з абсолютно-го характеру суб'єктивних речових прав. Звичайно, сказане не означає, що немає необхідності більш детального опрацювання окремих питань зіткнення різних речових (як, втім, й інших) прав між собою, визначення пріоритету в їх здійсненні, можливості втручання з боку третіх осіб, набуття одними і припинення в інших. У будь-якому випадку необхідність урахування у предметі речового права відносин осіб до речей вимагає належного правового регулювання за допомогою розробки законодавчих моделей юридичних конструкцій всіх суб'єктивних прав, які будуть законодавцем названі речовими.

Друга проблема пов'язана з особливостями методу правового регулювання, який використовується при упорядкуванні речових відносин. Їх правове регулювання не може відбуватися інакше, як крізь призму правової рівності його учасників і правонадільнення. Ми вважаємо, що і для речового права зберігають значення основні характеристики методу цивільно-правового регулювання, які були розроблені В. Яковлевим у відомій праці [18]. Автор визначає цивільно-правовий метод як спосіб впливу на відносини, що є дозволяним, характеризується наділенням суб'єктів на засадах їх юридичної рівності здатністю до правоволодіння, диспозитивністю та ініціативою, забезпечує встановлення правовідносин на основі правової самостійності сторін [18, 69].

Але єдина методологія цивільного права не виключає нюанси, які переважно пов'язані із співвідношенням імперативних і диспозитивних правил цивільного законодавства та загальною поняття диспозитивності.

Досить часто диспозитивність цивільно-правового регулювання отождолюють із диспозитивними нормами. Дійсно, значна кількість норм ЦК РК, безвідносно до свого структурного розташування, оперують такою формулою: «якщо інше не передбачено договором». Інакше кажучи, учасники цивільних правовідносин можуть змінити нормативне розпорядження, викладене в Кодексі.

Тут доречні два запитання. Перше з них можна сформулювати так: чи може диспозитивність у цивільному праві бути виражена через імперативні норми? І друге: яким має бути співвідношення імперативних і диспозитивних норм у речовому праві як підгалузі цивільного права?

На важливе значення імперативних приписів для визначення диспозитивності в цивільному праві вже було звернуто увагу в цивілістичній літературі.

Так, О. Кузнєцова зазначає, що «у формі диспозитивних норм можуть існувати деякі юридичні імперативи принципу диспозитивності, але останні можуть бути втілені й у форму імперативних норм: наприклад, «відмова від суб'єктивного цивільного права недійсна». Безліч диспозитивних норм є юридичними імперативами інших цивільно-правових принципів. Таким чином, сам факт наявності в цивільному праві безлічі диспозитивних норм не є і не може бути змістом і поясненням принципу диспозитивності» [19].

Різне співвідношення управомочуючих і зобов'язуючих норм у різних частинах та інститутах цивільного права відзначає і В. Яковлев, який, однак, робить висновок, що в цілому правонадільчий зміст є типовим для будь-якого інституту як загальної, так і особливої частин цивільного права. Зобов'язуючі та заборонні норми в цивільному праві включаються в загальний ланцюг правонадільчого регулювання [18, 73]. Далі автор, спеціально розглядаючи диспозитивність як ознаку цивільно-правового методу, говорить, що «не слід диспозитивність як прийом регулювання пов'язувати лише з диспозитивними нормами. Імперативні норми цивільного права, що визначають поведінку в категоричній формі, також забезпечують дію диспозитивності. Вони часто містять вказівку на угоду сторін як засіб доповнення або конкретизації правила, встановленого в імперативній формі» [18, 86–87].

В. Яковлев спеціально розкриває диспозитивність з метою диференціа-

ції підгалузей цивільного права. Для права власності* диспозитивність має істотну особливість. Це проявляється в нормативному визначенні змісту права власності з урахуванням тієї соціальної ролі, яка належить кожному виду відносин власності в системі громадського виробництва, розподілу, обміну та споживання. Зазначена особливість диспозитивності, далі зазначає автор, слугує причиною майже повної відсутності диспозитивних норм у розглянутій підгалузі. Норми права власності мають переважно імперативний характер, виключаючи лише ті з них, які опосередковують перехід права власності до інших осіб або відносини спільної власності [18, 175].

Ми загалом погоджуємося з позицією В. Яковлева, але з одним застереженням. Зазначене автором трактування диспозитивності має значення не тільки для права власності, а й для інших речових прав. Інакше кажучи, імперативна диспозитивність, якщо можна вжити цей термін, властива в цілому речовому праву як підгалузі цивільного права. Це пов'язано з тим, що правонаділення в речовому праві виходить із загального дозволу певних типів поведінки уповноваженої особи, які залежать від конструкції належних їм суб'єктивних речових прав. Знову ж таки, в речовому праві має істотне значення автономія волі правовласників. Саме автономія волі лежить в основі доктринальних визначень речових прав як прав панування [20]. Але при всьому цьому не можна не бачити іншого. У речовому праві має бути значна кількість норм, що мають імперативний характер. Подібний підхід виключить можливість для правовласників передбачити будь-які особ-

ливості утримання тих чи інших речових прав, їх числа і різновидів, питань набуття та припинення, захисту. Нам видається, що імперативна диспозитивність є однією з фундаментальних відмінностей підгалузі речового права від зобов'язального. В останньому, як відомо, свобода особистого розсуду є досить широкою. Насамперед це пов'язано з однією з фундаментальних засад цивільного права — принципом свободи договору. У цьому випадку учасникам договірних відносин надана можливість укладення різних договорів, як змішаних, так і непоіменованих у кодексах, визначення умов договору, варіативність нормативних приписів та багато іншого. Імперативних приписів у зобов'язальному праві все ж не так багато і вони мають лише певне значення. Наприклад, пов'язані з необхідністю захисту інтересів слабкої сторони (споживачі). Для підприємців норми зобов'язального права ЦК РК за загальним правилом є диспозитивними, за деякими винятками.

Важливо зазначити, що сказане аж ніяк не виключає диспозитивність у речовому праві. Вона, звичайно, присутня. Але виявляється інакше, ніж у зобов'язальному праві. Речове право виходить із загальної диспозитивності, яка пов'язана з можливістю здійснення тих чи інших речових прав. Інакше кажучи, для речового права найважливіше значення має відомий правовий постулат: дозволено все, що прямо не заборонено законом. У цьому випадку визначення заходів юридичної свободи володарів речових прав, її кордонів і меж відбувається з використанням імперативних правил. Наприклад, власник не може перешкоджати у здійсненні речового права іншої особи, якщо відпо-

* У цьому випадку автор має на увазі саме підгалузь цивільного права, тому що будь-яких інших речових прав законодавство радянського періоду просто не знало.

відна можливість становить зміст останнього. Або інше, бездіяльність власника, нездійснення ним свого права може призвести до його втрати і набуття права власності за давністю володіння іншою особою. Імперативність присутня в речовому праві спочатку. Так, не можна учасникам цивільних відносин не тільки придумати будь-яке речове право, відмінне від тих, які названі в законі, а й визначити інакше ніж у законі його зміст. Таким чином, наявність імперативних правил сприяє одноманітності правового регулювання в речовому праві, створює умови для реалізації прав, конкретизує правове панування власника і володільців інших речових прав. Але імперативність будь-яких цивільно-правових приписів є відмінною від аналогічної якості публічно-правових норм, оскільки в цивільному праві вона ґрунтується на загальному диспозитивному началі. Воно насамперед виявляється у правонаділенні суб'єктів цивільного права певними юридичними можливостями, реалізація яких залежить тільки від їх розсуду. Таким чином, відповідаючи відразу на обидва порушених нами питання, можна дійти висновку: 1) диспозитивність у цивільному праві може бути виражена за допомогою імперативних норм; 2) у речовому праві, як підгалузі цивільного права, повинні переважати імперативні норми, які ґрунтуються на вседозвільності (диспозитивності) цивільно-правового методу регулювання.

До питання про систему речового права

Проблема системи речового права має дві сторони. По-перше, це структура речового права, або які інститути повинні входити до складу цієї підга-

лузі цивільного права. По-друге, проблема переліку суб'єктивних речових прав, які повинні бути закріплені у ЦК.

Структура розділу 2 чинного ЦК РК про речове право, як, втім, й інших кодексів, побудованих на основі модельного цивільного законодавства країн СНД, навряд чи може вважатися задовільною. У ЦК РК немає ні загальних положень про речові права, ні спеціальних норм про володіння, ні самої системи речових прав. Більшість норм розділу 2 присвячено праву власності, законодавець обмежується тільки загальним застереженням про поширення на інші речові права норм кодексу про це право (п. 2 ст. 195 ЦК РК) [21].

У цьому плані становить особливий інтерес проект ЦК РФ, який не так давно був опублікований для обговорення*. Передбачається, що розділ 2 ЦК РФ складатиметься з чотирьох підрозділів: 1) володіння; 2) загальні положення про речові права; 3) право власності; 4) окремі види речових прав. Зазначимо, що раніше в Концепції ЦЗ РФ цей розділ називався інакше — обмежені речові права (С. 72). Це поняття не зникло. Наприклад, воно вживається у ст. 224 проекту ЦК РФ. На нашу думку, пропонується до закріплення структура речового права проекту ЦК РФ є оптимальною.

Складніше йде справа з іншою стороною системи речового права, бо проблема переліку суб'єктивних речових прав є предметом наукової дискусії і по-різному вирішується у країнах континентальної правової традиції.

Спочатку зазначимо, що перелік речових прав об'єктивно можна поділити на дві великі групи: 1) право власності; 2) речові права осіб, які не є

* З проектами змін до розділів I–III, VI та VII Цивільного кодексу Російської Федерації можна ознайомитися за посиланням: http://www.privlaw.ru/index.php?section_id=100. Далі по тексту — проект ЦК РФ.

власниками (права на чужу річ, обмежені речові права)*. Вся проблематика стосується саме переліку та системи прав на чужу річ.

У Казахстані є дві точки зору щодо видів речових прав** [22].

М. Сулейменов пропонує досить розгорнутий і великий перелік речових прав на чужі речі. Автор виокремлює сім підгруп речових прав, деякі з яких додатково диференціюються [23, 34–35]. Далі М. Сулейменов визнає у пропонованій ним класифікації певні суперечності, тому що вона проведена одночасно за двома критеріями: за сутністю речового права, незалежно від сфери застосування (наприклад сервітут або договір оренди застосовується в будь-якій сфері або галузі відносин), і за сферою застосування речового права (право природокористування, житлові права). Другий критерій певною мірою штучний, але, за зауваженням автора, він змушений був його застосувати в силу важливості цих сфер і великого поширення в цих сферах речових прав. Далі зазначається, що і в сфері природокористування, і в сфері житлових відносин більшість речових прав виникає теж на основі договору (оренди, житлового найму тощо), хоча є і винятки (постійне землекористування, заповітна відмова тощо) [23, 35–37].

Переважає більшість інших казахстанських дослідників порушують цю проблематику тільки в контексті віднесення тих чи інших суб'єктивних цивільних прав до речових прав [24].

У Російській Федерації досліджень питань системи суб'єктивних речових прав значно більше [25]. Але й тут автори, за рідкісним винятком, будують свої висновки на основі чинного зако-

нодавства на момент дослідження, яке вони проводять.

На нашу думку, дуже важливо те, що у проекті ЦК РФ, як і передбачалось у концепції ЦЗ РФ, міститься вичерпний перелік суб'єктивних речових прав, які планується закріпити у кодексі. Але є певні відмінності. Так, у концепції ЦЗ РФ були три групи прав, які належали до земельної ділянки: 1) право довічного наслідуючого володіння земельною ділянкою, які належать до державної або муніципальної власності; 2) право постійного (безстрокового) користування земельною ділянкою, які належать до державної або муніципальної власності; 3) право постійного володіння і користування земельною ділянкою (емфітевзис) [26]. У проекті ж ЦК РФ (глава 20) закріплено тільки право постійного володіння і користування земельною ділянкою. Об'єднання по суті ідентичних прав в одне нами вітається, оскільки ми раніше висловлювали сумнів у виправданості такого підходу [27]. Таким чином, передбачувана до нормативного закріплення група речових прав на чужі речі міститиме такі суб'єктивні права: 1) право постійного володіння і користування земельною ділянкою; 2) право забудови земельної ділянки (глава 20¹); 3) сервітут (глава 20²); 4) право особистого користування й володіння (узуфрукт) (глава 20³); 5) іпотека (глава 20⁴); 6) право придбання чужої нерухомої речі (глава 20⁵); 7) право речових видач (глава 20⁶); 8) право оперативного управління (глава 20⁷).

При всьому можливому позитивному значенні закритого переліку суб'єктивних речових прав проекту ЦК РФ у нас викликають певні запе-

* Будь-яке з вказаних найменувань речових прав цієї групи є синонімами. Надалі будемо використовувати тільки одне — речові права на чужу річ.

** Одна з точок зору належить автору цієї статті. Ми її наводимо тут не будемо, а вкажемо деякі джерела, в яких вона була висловлена.

речення питання, пов'язані саме з їх системою. Ми вважаємо, що тут об'єднані непок'єднувані елементи (речові права), які свідчать про зміщення підходів: з одного боку — класичних, з другого — радянських. Тут важливо виділити співвідношення зазначених вище прав між собою.

Спочатку зазначимо, що нам практично не відомі які-небудь наукові дослідження, в яких була б обґрунтована запропонована до закріплення система речових прав. Були лише висловлені найзагальніші роздуми про основні положення і напрями вдосконалення законодавства в цій сфері [28]. Про нерозвиненість доктрини в цій сфері говорить, наприклад, Є. Суханов, який вказує, що «...в нинішній російській цивілістиці вчення про речові права поки що перебуває на початку свого розвитку» [29].

Певною мірою система речових прав проекту ЦК РФ прив'язана до їх класифікації, запропонованої на початку XX ст. І. Покровським. У цьому випадку йдеться про три групи речових прав: 1) речові права користування; 2) права на отримання відомої цінності з речі; 3) права на придбання відомої речі [30].

З усіх зазначених у проекті ЦК РФ речових прав тільки право оперативного управління посідає особливе місце і не належить до жодної з цих груп. Це право схоже на певне обмежене право власності й по суті воно є нічим іншим як рудиментом радянського права, в якому публічно-правові елементи домінують над приватними* [31]. Крім того, збереження норм про право оперативного управління, як і відмінностей у правовому регулю-

ванні права власності**, тільки залишить у недоторканності існуючі у ЦК різноманітні форми власності. Добре, що виключено право господарського ведення. Але видалення залишків радянського права вироблено не до кінця. Вважаємо, що ці положення не дозволять виключити з чинного ЦК РФ ні норми про форми власності, ні особливі правила про господарюючих суб'єктів-невласників. У результаті це буде свідчити про триваючий перехідний характер положень ЦК ще довгий час. Можливо слід обговорити можливість надання інституту оперативного управління властивостей інституту публічного права, а дії суб'єктів, що володіють правом оперативного управління, з точки зору цивільного права розглядати як діяльність самої держави (адміністративно-територіальних одиниць)? Ми вважаємо, що спроба реформування цивільного законодавства Росії, яка нині робиться, як і економічні реалії, що змінилися, дають змогу знайти заміну праву оперативного управління або аналогічним публічно-правовим інститутам, або використанням традиційних цивілістичних організаційно-правових форм юридичних осіб.

Але повернемося до інших речових прав, питань їх системи. Відповідно до зазначеної вище класифікації І. Покровського до речових прав на чужу річ першої групи можна віднести право постійного володіння і користування земельною ділянкою, право забудови земельної ділянки, сервітут та право особистого користування й володіння (узуфрукт). До прав другої групи — іпотеку і право речових видач.

* Переважання в конструкції права оперативного управління публічно-правових елементів ще в 1980 р. відзначав Е. Полянський.

** У проекті ЦК РФ (статті 236–239) передбачається виходити з потенційних відмінностей права власності громадян та юридичних осіб, держави і муніципальних утворень, які до того ж можуть бути встановлені окремим законом.

Відповідно до третьої буде віднесено право придбання чужої нерухомої речі.

На нашу думку, у кожній групі зазначених речових прав відсутні чітко виражені критерії, на основі яких проводиться розмежування.

Так, наприклад, для всіх прав першої групи очевидна мета, яка полягає в користуванні річчю. Але повинні бути і відмінності. Вони, на нашу думку, можуть полягати тільки в обсязі користування. Якщо права постійного володіння і користування земельною ділянкою, його забудови об'єднує обширність користування річчю, можливість присвоєння за допомогою цих прав плодів та інших її творів, то для сервітуту та узупругу це завжди тільки обмежене користування, яке відбувається в суто визначеному обсязі. Тому й особливих відмінностей між ними важко знайти. На нашу думку, узупруг цілком виправдано розглядати як різновид сервітуту, що не виключає можливість спеціального регулювання, але тільки всередині цієї групи.

Для речових прав другої групи проблеми знаходяться в іншій площині. Нам не зрозуміле ні виборче виділення іпотеки із застави, ні залишення у стороні права утримання речі. Крім теоретичної вразливості подібної позиції, виникає проблема співвідношення іпотеки і норм про заставу, визначення його предмета. У майбутньому ЦК РФ значна кількість норм про заставу буде міститися у відповідному розділі зобов'язального права. Крім того, є певні суперечності між положеннями проекту ЦК РФ про предмет іпотеки. За загальним правилом, це нерухомі речі. Але іпотека може встановлюватись на деякі види рухомих речей, часткою у праві власності на такі нерухомі речі, прав забудови земельної ділянки та

постійного володіння і користування земельною ділянкою» (п. 1 ст. 303⁴, ст. 303⁷ проекту ЦК РФ). Тут вже виникає інша проблема — проблема об'єкта речового права. Таким можуть бути частки у праві власності та інші права — це велике питання, що вимагає самостійного розгляду.

Виділення ж у якості речового права права речових видач є своєрідним членуванням змісту договору ренти та його різновиди, позитивного утримання. У цьому випадку йдеться про право на отримання рентних платежів, а у разі неотримання такого надання — правомочність розпорядитися цим об'єктом нерухомості шляхом звернення на нього стягнення у порядку, передбаченому для іпотеки (п. 1 ст. 305 проекту ЦК РФ). Ця конструкція так само має легальну зв'язку права речової видачі та ренти (позитивного утримання) (ст. 305² проекту ЦК РФ). Однак ця зв'язка з конструкцією ренти занадто спрощена. У проекті сказано, що договором ренти може бути передбачено встановлення права речової видачі і його умови регулюються речовим правом. Очевидно, що домінування у відповідних відносинах буде збережено за зобов'язальним відношенням ренти, а на частку речового права буде у кращому випадку припадати тільки один аспект. Це тим більше дивно, оскільки у зв'язку з прийняттям нової редакції ЦК РФ про речове право четвертий розділ ЦК РФ про окремі види зобов'язань жодних змін поки що не припускає.

Право придбання чужої нерухомої речі, що віднесене до третьої групи речових прав, визначається як виключне право перед іншими особами на придбання речі у свою власність (ст. 304 проекту ЦК РФ). Однак і тут можливе придбання іпотеки і права забудови,

що також висуває на перший план проблему об'єкта речового права. Крім того, в легальному визначенні права слово «виключне» краще замінити на слово «переважне». Це необхідно насамперед для недопущення ототожнення цих прав з групою виняткових прав, що мають своїм об'єктом результати інтелектуальної діяльності. Але що більш адекватно суті цього права, то це саме переважна реалізація перед іншими можливими управомоченими особами. Тут є взаємозв'язок з іншим правом, правом переважної покупки у відносинах спільної власності (ст. 280 проекту ЦК РФ).

Ми вважаємо, що обидва цих права мають сутнісну ідентичність, але для кожного з них можна встановити деякі особливості, які в останньому випадку стосуватимуться тільки двох обставин: а) існування (наявності) цього права на підставі закону; б) особливий предмет — частка в загальній власності.

Таким чином, можна дійти висновку, що питання системності речових прав, їх переліку, співвідношення між собою та з іншими суб'єктивними цивільними правами вимагають подальшого опрацювання, яке має бути пов'язано з низкою зобов'язально-правових інститутів.

Якою ж бути системі суб'єктивних речових прав?

Ми вважаємо за необхідне спиратися на три тези. Перелік речових прав повинен бути: а) невеликий; б) вичерпний; в) враховувати досвід розвинутих країн континентальної правової традиції та національні особливості тієї чи іншої країни.

У найзагальнішому вигляді система речових прав повинна бути представлена такими різновидами: 1) право власності; 2) права на чужі речі: а) речові права користування (сервітут,

права, побудовані за типом прав емфітевзису та суперфіцію); б) забезпечувальні речові права (застава та утримання). Володіння ж, за прикладом концепції та проекту ЦК РФ, не повинно визнаватися речовим правом і отримати правову регламентацію як фактичний стан належності речей, який тягне за собою визначені у ЦК правові наслідки.

Звичайно, питання системи речових прав вимагають серйозного наукового дослідження й обговорення. Можливо, що в законодавстві Республіки Казахстан повинні бути відображені деякі особливості, які пов'язані з національними традиціями. Наприклад, вирішення питань використання земель для відгінного скотарства, поливного землеробства та інших подібних випадків. Цілком можливо, що ці нюанси можна врахувати в легальній конструкції сервітутів чи інших речових прав на користування. При всьому цьому майбутнє реформування цивільного законодавства Республіки Казахстан має сприяти: 1) звільненню ЦК від публічно-правових норм та інститутів; 2) виключенню і неможливості формування комплексних одногалузевих конструкцій, які викликають до життя речово-зобов'язальні явища (наприклад право оренди). На нашу думку, набір речових прав, що наводиться тими чи іншими дослідниками, тільки зовні здається безсистемним і хаотичним. Необхідно просто знайти досить розумні й обґрунтовані ознаки речових прав, на основі яких їх можна відрізнити від інших майнових прав. У будь-якому випадку труднощі визначення ознак речових прав, їх нерозривний зв'язок і переплетення із зобов'язальними та іншими цивільними правами, особливо якщо будувати свої наукові позиції на основі чинного

законодавства, ще не дає підстав для відмови від спроб виділення категорії речових прав, їх системи, необхідності побудови повноцінної підгалузі цивільного права — речового права.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Книпер Р.* Некоторые проблемы кодификации гражданского законодательства в странах с переходной экономикой // Пути к новому праву : материалы международной конференции в Санкт-Петербурге и Бремене / Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH ; под об. ред. М. М. Богуславского и Р. Книпера. — Berlin, 1998. — С. 140.
2. *Брагинский М. И.* О месте гражданского права в системе «право публичное — право частное» // Проблемы современного гражданского права : сб. ст. — М., 2000. — С. 70.
3. *Маковский А. Л.* Об интеллектуальных правах // Актуальные вопросы российского частного права : сб. ст., посвященный 80-летию со дня рождения профессора В. А. Дозорцева / Иссл. центр частного права. — М., 2008. — 350 с. — С. 193.
4. *Царьков И. И.* Развитие правопонимания в европейской традиции права. — СПб., 2006. — 346 с. — С. 342–343.
5. *Яковлев В. Ф.* Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений // Предмет, метод и система гражданского права : материалы междунар. науч.-практ. конф., в рамках ежегод. цивилистических чтений, посвященных году «Германия в Казахстане 2010», 13–14 мая 2010 г. / отв. ред. М. К. Сулейменов. — Алматы, 2010. — 800 с. — С. 67.
6. *Алексеев С. С.* Общая теория права : учеб. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2009. — 576 с. — С. 176–177.
7. *Гражданское право* : учеб. для вузов (академический курс) / отв. ред. : М. К. Сулейменов, Ю. Г. Басин. — Алматы, 2000. — Т. I. — 704 с. — С. 14–15.
8. *Российское гражданское право* : учеб. : в 2 т. Т. I: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / отв. ред. Е. А. Суханов. — М., 2010. — 958 с. — С. 65–66.
9. *Концепция* развития гражданского законодательства Российской Федерации / вступ. ст. А. Л. Маковского. — М., 2009. — С. 25.
10. *Ломакин Д. В.* Корпоративные правоотношения : общая теория и практика ее применения. — М., 2008. — 511 с. — С. 124–130.
11. *Российское гражданское право*. — С. 66–67.
12. *Гражданское право*. Общая часть : курс лекций. — Алматы, 2006. — С. 7, 11.
13. *Курс экономической теории* : Общие основы экономической теории. Микроэкономика. Макроэкономика. Основы национальной экономики : учеб. пособие / под ред. А. В. Сидоровича ; МГУ им. М. В. Ломоносова. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2001. — 832 с. — С. 22.
14. *Маркс К.* Капитал. Критика политической экономии. — Т. I. Кн. 1 : процесс производства капитала. — М., 1983. — С. 35.
15. *Базелер У., Сабов З., Хайнрих Й., Кох В.* Основы экономической теории : принципы, проблемы, политика. Германский опыт и российский путь. — СПб., 2000. — 800 с. — С. 36.
16. *Вещные права* в Республике Казахстан / отв. ред. М. К. Сулейменов. — Алматы, 1999. — С. 16.
17. *Толстой Ю. К.* Важный этап совершенствования гражданского законодательства // Правоведение. — 1991. — № 6. — С. 11; *Алексеев С. С.* Право собственности. Проблемы теории. — 3-е изд., перераб. и доп. — М., 2008. — С. 10–13.
18. *Яковлев В. Ф.* Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. — Свердловск, 1972. — 212 с.
19. *Кузнецова О. А.* Нормы-принципы российского гражданского права. — М., 2006. — 269 с. — С. 88–89.
20. *Энекиерус Л.* Курс германского гражданского права / пер. с нем. И. А. Граве и др. ; под ред. Д. М. Генкина и И. Б. Новицкого. — М., 1949. — Т. I. Полутом 1. — С. 264–266.
21. *Скрыбин С.* Гражданское законодательство Республики Казахстан и Республики Таджикистан о собственности : состояние, недостатки и пути совершенствования // Юрист. — 2010. — № 1. — С. 70–73.
22. *Гражданское право*. Общая часть : курс лекций. — Алматы, 2006. — С. 386–404; *Скрыбин С. В.* Вещное право : учеб. пособие. — Алматы, 2009. — 292 с. — С. 18–19, 193–203.
23. *Вещные права* в Республике Казахстан / отв. ред. М. К. Сулейменов. Алматы, 1999. — 360 с.
24. *Диденко А. Г.* О праве оперативного управления и хозяйственного ведения как вещных правах / Вещные права : система, содержание, приобретение : сб. науч. тр. в честь проф. Б. Л. Хаскельберга / под ред. Д. О. Тузова. — М., 2008. — С. 52–65; *Жусупов Е. Б.* Право недропользования как вещное право / Актуальные проблемы современного гражданского права. Том 1. Материалы международной научно-практической конференции аспирантов и соискателей, посвященной 10-летию независимости Республики Казахстан. Алматы, 20–21 февраля 2001 г. / отв. ред. М. К. Сулейменов. — Алматы, 2001. — 307 с. — С. 240–259.

25. Суханов Е. А. Понятие и виды ограниченных вещных прав; Проблема вещных прав и др. / Суханов Е. А. Гражданское право России — частное право / отв. ред. В. С. Ем. — М., 2008. — 588 с.; Шенникова Л. В. Вещное право : учеб. пособие. — М., 2006. — 190 с.; Шенникова Л. В. Вещные права в гражданском праве России. — М., 1996; Бабаев А. Б. Система вещных прав : моногр. — М., 2006 — 408 с.; Емелькина И. А. Вещные права на жилые и нежилые помещения : приобретение и защита : учеб. пособие. — М., 2003. — 128 с.; Казанцев В. И. Вещное право : курс лекций : учеб. пособие для вузов. — М., 2007. — 223 с.; Копылов А. В. Вещные права на землю в римском, русском дореволюционном и современном гражданском праве. — М., 2000. — 255 с.; Латышев А. Н. Проблемы вещных прав в гражданском праве. — Екатеринбург, 2003. — 186 с.; Шуплецова Ю. И. Вещные права на природные ресурсы : публичные и частные интересы. — М., 2007. — 160 с.; Формакидов Д. А. Концепция развития законодательства Российской Федерации о вещных правах : моногр. / Перм. гос. ун-т. — Пермь, 2008. — 198 с. и др.
26. Концепція ЦЗ РФ. — С. 76–77.
27. Скрыбин С. В. Современное состояние и перспективы развития гражданского законодательства Республики Казахстан о вещном праве // Закон. — 2010. — № 10. — С. 132.
28. Суханов Е. А. Понятие и виды ограниченных вещных прав / Суханов Е. А. Гражданское право России — частное право / отв. ред. В. С. Ем. — М., 2008. С. 288–310; Иванов А. А. Об основных направлениях совершенствования законодательства о вещных правах // Вестник Гражданского права. — 2008. — Т. 8. — № 4. — С. 96–108.
29. Суханов Е. А. Понятие и виды ограниченных вещных прав. — С. 247.
30. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. — М., 1998. — 353 с. — С. 207–208.
31. Полонский Э. Г. Право оперативного управления государственным имуществом. — М., 1980. — С. 36.

Скрыбин С. В. Предмет, метод і система речового права: деякі питання кодифікації цивільного законодавства в Казахстані

Анотація. У статті розглядаються деякі аспекти кодифікації норм цивільного законодавства про речове право. Автор, вказуючи на невідповідність понять «галузь права» і «галузь законодавства», виявляє особливості предмета і методу правового регулювання речового права, визначаючи їх як критерії відокремлення цієї підгалузі цивільного права. Додатково аналізуються проблемні питання системності речового права, які переважно пов'язані з переліком і класифікаційними критеріями речових прав на чужу річ.

Ключові слова: предмет речового права, метод правового регулювання речового права, диспозитивність у цивільному праві, системність речового права, види речових прав на чужу річ.

Скрыбин С. В. Предмет, метод и система вещного права: некоторые вопросы кодификации гражданского законодательства в Казахстане

Аннотация. В статье рассматриваются некоторые аспекты кодификации норм гражданского законодательства о вещном праве. Автор, указывая на несоответствие понятий «отрасль права» и «отрасль законодательства», выявляет особенности предмета и метода правового регулирования вещного права, определяя их в качестве критериев обособления этой подотрасли гражданского права. Дополнительно анализируются проблемные вопросы системности вещного права, которые преимущественно связаны с перечнем и классификационными критериями вещных прав на чужую вещь.

Ключевые слова: предмет вещного права, метод правового регулирования вещного права, диспозитивность в гражданском праве, системность вещного права, виды вещных прав на чужую вещь.

Skriabin S. Subject, method and system of real right: some issues of codification of civil law in Kazakhstan

Annotation. Some aspects of the codification of civil law rules on real right are analyzed in the article. The author pointing to the discrepancy between the terms «branch of law» and «branch of legislation» determines features of the subject and method of legal regulation of real right defining them as criteria for separation of this sub-branch of civil law. Additionally problematic issues of consistency of real right, which associated mainly with the list and classification criteria for real rights to another person's thing are analyzed in this article.

Key words: subject of real right, method of legal regulation of real right, permissive rule in civil law, consistency of real right, types of real rights to another person's thing.

ОСНОВНІ ТЕОРІЇ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ТА ЇХ ВПЛИВ НА РОЗВИТОК СУЧАСНОГО ЗАКОНОДАВСТВА В УКРАЇНІ



О. КОХАНОВСЬКА

*доктор юридичних наук, доцент,
член-кореспондент НАПрН України,
професор кафедри цивільного права
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)*

Творчість, творче світосприйняття, творча діяльність притаманні людині від народження, а сама властивість творити є справжнім даром самоусвідомлення людиною своєї унікальності, оригінальності та неповторності. Досліджуючи проблему нематеріальних інтересів, Й. Покровський зазначав важливість і відмінність духовної діяльності поряд із економічною: «Поряд з матеріальною, економічною діяльністю у будь-якому культурному суспільстві розвивається діяльність духовна, яка має на меті створення нематеріальних, духовних, благ. Більшість із продуктів цієї духовної діяльності отримують суспільне визнання, а в результаті цього стають об'єктивними, суспільними благами і навіть набувають певну економічну, матеріальну цінність. Таким є, наприклад, літературний твір, картина художника, наукове чи технічне відкриття» [1, 132]. Будуючи у фантазіях свій власний світ, ми відчуваємо потребу поділитися своїми віршами, піснями, технічними рішеннями, які б втілювались у певну форму, придатну для її сприйняття іншими людьми.

У результаті з'являються об'єкти інтелектуальної творчої діяльності, які прийнято називати об'єктами права інтелектуальної власності. Створення творів науки, літератури, мистецтва та інших об'єктів права інтелектуальної власності призводить, у свою чергу, до виникнення прав інтелектуальної власності на зазначені об'єкти. Між тим питання, про які саме права йдеться, залишається в доктрині права дискусійним.

Звернемо увагу на те, що в сучасній Україні саме поняття «інтелектуальна власність» розуміється як узагальнюючий умовний термін, який протягом останніх століть вживається у міжнародних угодах і національному законодавстві ряду країн, виникнення якого традиційно пов'язується з філософією просвітництва Франції та класичною німецькою філософією. Таким чином, термін «інтелектуальна власність» є своєрідною даниною історичній традиції, тому відразу зазначимо, що нині немає підстав допускати поширення на ці права правового режиму, який застосовується до речей, майна.

© О. Кохановська, 2011

Як відомо, філософи-просвітники — Вольтер, Д. Дідро, Ж.-Ж. Руссо, П. Гольбах та інші — зробили не-оціненний внесок у світову правову культуру, збагативши її положеннями у розвиток теорії природного права. Згідно з основними ідеями цієї теорії, сукупність певних прав людині надає сама природа, а ці правила та цінності, права та принципи через саме своє природне походження не залежать від їх законодавчого визнання або невизнання в конкретній державі. Звідси і людина має невід'ємне природне право на будь-який результат своєї творчої діяльності. Завдяки розвитку зазначених філософських теорій термін «інтелектуальна власність» виник у законодавстві Франції кінця ХУІІІ ст. Так, французький Патентний закон від 7 січня 1791 р. «...вперше сформулював принцип облігаторності, який назрів раніше, але, завдяки зовнішнім умовам, це формулювання правильної думки (не «милість», а «право») відбулося в неправильній формі («власність»)). Тим не менш категорія як промислової, так і інтелектуальної (духовної), літературної тощо власності «пішла гуляти» по всіх країнах, відображаючись, зокрема, в назвах публікацій Л. Шретера (Власність взагалі та духовна власність зокрема для вчених. Бреслау, 1840), М. Ланге, К. Врангеля», — писав О. Піленко [2, 8].

А. Коні вважав, що «уявлення про «розумову власність» проникло в суспільну свідомість завдяки термінології, оскільки власністю вважалося все, що належить особі, знаходиться в індивідуальному пануванні автора, а також будь-який літературний твір» [3, 327].

Філософська концепція Е. Канта також містила багате підґрунтя основних французьких ідей. Так, Е. Кант, а пізніше і його послідовники вбачали,

зокрема, в авторському праві не просту форму власності, яка захищає економічну або матеріальну цінність, а продовження самої особистості автора, цінність, по відношенню до якої він має право в силу природної справедливості та яку слід охороняти як частку його особистості. Саме ця концепція мала в подальшому суттєвий вплив на розвиток авторського права у континентальній Європі, призвівши до виникнення й обґрунтування так званих «*droit moral*» — моральних або немайнових прав автора.

Щодо появи поняття інтелектуальної власності у світовій правовій системі, то 14 липня 1967 р. у Стокгольмі було підписано «Конвенцію, яка засновує Всесвітню Організацію Інтелектуальної Власності», що набула чинності в 1970 р. і в якій конкретно цей термін не називався, але визначалися дві основні сфери прав — промислова власність і авторське право та конкретно визначалися відповідні об'єкти права інтелектуальної власності.

Слід зазначити, що основна дискусія виникла практично одночасно з появою самого поняття «інтелектуальна власність» і ведеться представниками різних напрямів правової науки протягом багатьох десятиріч років з невщухаючим ентузіазмом. Основне питання, яке обговорюється, — чи доречний термін «інтелектуальна власність» і чи несе він у собі тотожність, схожість чи взагалі будь-який зв'язок з поняттям «власність», а звідси — чи можна вивести поняття «право інтелектуальної власності» через поняття «права власності».

Загалом калейдоскоп теорій та уявлень про сутність інтелектуальної власності та права інтелектуальної власності вражає уяву навіть досвідченого науковця. Це теорія привілеїв і

договірна, теорія промислової власності та нематеріальна (іматеріальна), теорія особового права (або персональна) і теорія інтелектуальних прав, деліктна доктрина інтелектуальної власності та рентна конструкція, теорія вічної промислової власності, й, нарешті дві основні теорії права інтелектуальної власності, кожна з яких має своїх палких прихильників і опонентів в усі часи існування поняття права інтелектуальної власності — це проприетарна теорія (теорія власності та теорія квазивласності) і теорія виключних природних прав.

Представники проприетарної теорії ототожнюють права авторів та інших осіб на продукти творчої діяльності з правом власності на матеріальні об'єкти. Перед ними одразу постала проблема визначення змісту правомочностей власника, способів охорони цієї власності, правових форм передачі цієї власності іншим особам. Отже, будь-який винахід чи відкриття було проголошено власністю його автора, а згодом постало питання про поширення облігаторного підходу і на твори літератури, мистецтва і науки. За суб'єктом права власності на «нетілесні» об'єкти було визнано ті ж правомочності, які належали власникам «тілесних об'єктів»: право володіння, право користування і право розпорядження.

На відміну від попередньої, теорія виключних прав у своїй основі була побудована на тому, що в самій природі виключного права знаходиться заборонна функція, яка дозволяє патентоволодільцю виключити третіх осіб із несанкціонованого використання запатентованого винаходу, і це право є факультативним. Отже, виключне право дозволяє заборонити використання цього права будь-якій третій особі.

Отже, ряд вчених і сьогодні не визнають такого поняття, як «інтелектуальна власність», і наголошують, що слід враховувати різницю у правовому режимі матеріальних речей і нематеріальних об'єктів, якими за своєю сутністю є авторські твори та різні технічні винаходи, що права авторів із самого початку обмежені у часі та просторі на відміну від прав власників тощо. Прибічники теорії інтелектуальної власності на ці справедливі зауваження відповідають, що в цьому випадку йдеться про власність особливого роду, яка потребує спеціального регулювання у зв'язку із своїм нематеріальним характером [4, 42]. Останній підхід здобув свій розвиток у теорії інтелектуальних прав, про яку вже згадувалось вище і яка пропонує визнавати за авторами і винахідниками права *sue generis*, тобто права особливого роду, які виходять за межі класичного поділу цивільних прав.

Г. Шершеневич, висвітлюючи у своєму підручнику положення про виключні права, зазначав: «Наше законодавство, слідуючи панівному у минулі часи погляду теорії, визнає всі подібні правовідносини не самостійними, а такими, що стоять поряд з правом власності, як два види, вважає їх просто особливим видом права власності... Погляд цей не може бути прийнятним» [5, 332]. Автор вважав, що поширювати поняття про речові права, які не мають своїм об'єктом речі, видається теоретично незручним: «Порядок виникнення, переходу, припинення, захисту речових прав розрахований саме на матеріальний їх зміст, і тому поширення цих правил на зовсім іншу сферу може створити небажане змішування уявлень у теорії й на практиці, наприклад, між авторським правом художника на картину і правом власності на неї з боку особи,

яка її купила, між правом на літературний твір і правом на примірник книги» [5, 333].

«...законодавець використовує... збірне поняття... інтелектуальної власності. Таким чином в юриспруденції... намітились два основних підходи до поняття, яке розглядається. Одні вчені схвалюють закріплення в законі цього поняття і не бачать у використанні законодавцем терміна «інтелектуальна власність» будь-яких елементів ненаукового підходу. На думку інших вчених, цей термін є з самого початку неточним і ненауковим, у зв'язку з чим він може застосовуватися лише в політичних актах, але ніяк не у правових нормах, які мають практичну спрямованість. Спір цей виник не сьогодні й сягає своїм корінням ще кінця XIX століття» [6, 3–4].

Аналізуючи погляди авторів, зокрема на так звану літературну власність, І. Табашников поділяв їх на такі групи: автори, які категорично заперечують існування літературної власності та засновують авторське право на привілеї; ті, хто визнають авторське право правом майновим і, хоча заперечують привілеї, заперечують також літературну власність; ті, які засновують авторське право на праві особи і, подібно авторам перших двох груп, заперечують літературну власність; ті, які вважають авторське право правом власності [7, 53–54]. Щодо авторів творів, то, як писав Г. Шершеневич, «автори, коли їм випадає нагода публічно висловити свій погляд на авторські інтереси, висловлюються за можливий більший їх захист і зрівняння авторського права з правом власності, тобто за перетворення його на вічне й успадковуване» [8, 16]. Критикуючи позиції Комісії зі створення Цивільного уложення того часу, видатний цивіліст писав: «...відхиляючи мої заперечення

проти найменування авторського права літературною власністю (комісія — від авт.) міркує таким чином: «Адже йдеться тут про власний твір автора, цей твір створено власною працею автора, і закон надає йому як власнику не лише виключну, а й повну і безумовну владу над цим власним його твором, владу користуватися і розпоряджатися ним, переробити і, якщо можливо, навіть знищити його за своєю волею, незалежно від особи сторонньої. Що ж це таке, як не право авторської власності» [5, 333]. На думку Г. Шершеневича, комісія вважала, що можна не називати авторське право просто правом власності й назвати особливим видом права власності, «хоча, за правилами логіки, визнаючи дещо видом цього роду, ми невідворотно стверджуємо за ним усі родові ознаки» [5, 333].

У літературі неодноразово зазначалося, що спроби пристосувати механізми речових прав до обслуговування сфери творчої діяльності виявилися безуспішними. У зв'язку з цим доречно навести висловлювання видатного вченого у сфері інтелектуальної власності О. Піленка, який ще на початку XX ст. стверджував, що будь-який винахід «...має виключно абстрактно-дійний зміст і з речовим своїм субстратом ототожнюється тільки в нерозвинутій свідомості», при цьому «...сутність винаходу не вичерпується тими матеріальними речами, в яких він втілений... винахід завжди неречовий... об'єкт патентного права завжди нематеріальний...» [2, 9].

Отже, концепція «виключності прав інтелектуальної власності» також набула значного поширення. Спершу «виключність» розумілась як виключення, засноване на привілеї автора, що захищало його твір від передруку. Причому привілеї більше сто-

сувався книговидавця, а не автора твору, відповідно захистом користувалося не авторське, а видавниче право [9, 117–118].

Узявши до уваги усі зазначені теорії та судження, звернемо увагу на те, що модель права власності передбачає здійснення власником тріади правомочностей: володіння, користування та розпорядження річчю. До нематеріальних результатів, якими є всі продукти інтелектуальної праці, неприйнятною є правомочність володіння: не можна здійснювати фізичне володіння ідеями, образами тощо. Не може бути прямо застосована до нематеріальних об'єктів і речова правомочність користування. Науково-технічні ідеї та літературно-художні образи можуть одночасно знаходитися в користуванні безмежного кола суб'єктів. Водночас ці об'єкти не будуть «споживатися» у процесі використання у фізичному розумінні. Принципові відмінності властиві й розпорядженню творчими результатами [10, 634–635].

У зв'язку з наведеним можна стверджувати, що термінологія, закріплена інститутом інтелектуальної власності, відображає специфічний характер прав інтелектуальної власності, які пов'язані з немайновим об'єктом цивільних прав. Справді, насамперед сам суб'єкт права інтелектуальної власності (незалежно від того, первинний він чи похідний) має право використовувати цей об'єкт будь-яким способом на свій розсуд. Отже, як ми неодноразово наголошували, термін «використовувати» нетотожний терміну «користування», який зазвичай застосовується до речових об'єктів і не може бути застосованим до об'єктів права інтелектуальної власності. Суб'єкт права інтелектуальної власності може використовувати його у

власному виробництві, але з дотриманням при цьому прав інших осіб. Суб'єкт права на твір літератури, науки і мистецтва має право цей твір видавати, публікувати, оприлюднювати будь-яким способом, виголошувати. Усе це специфічні способи здійснення суб'єктивних прав інтелектуальної власності, відмінні від речових [11, 332].

Якщо звернутися до законодавства України про інтелектуальну власність, то його основу становлять положення Конституції України, яка у ст. 41 закріплює право кожного володіти, користуватися і розпоряджатися результатами своєї інтелектуальної творчої діяльності. Таке формулювання фактично прирівнює (з урахуванням «тріади права власності») поняття «права інтелектуальної власності» і права власності, оскільки так само, як і для речей, передбачає для результатів інтелектуальної творчої діяльності можливість володіти, користуватися і розпоряджатися ними. Між тим переважна більшість законодавчих актів України закріплює виключні права на результати творчої діяльності, в тому числі й чинний ЦК України, який вперше об'єднав норми, що стосуються охорони прав на результати творчої інтелектуальної діяльності в окремій книзі. Ще у проекті ЦК України за особами, яким належать такі нематеріальні блага, як твори літератури, науки і мистецтва та суміжні права; винаходи і корисні моделі, промислові зразки та інші, були закріплені виключні права на використання, які означали, що використання результатів творчої діяльності та засобів індивідуалізації третіми особами може здійснюватися тільки за згодою правоутримувача [12, 69]. Між тим зміст ст. 418 ЦК України дає змогу стверджувати сьогодні, що законо-

давець закріпив це право як права, що становлять особисті немайнові права інтелектуальної власності та (або) майнові права інтелектуальної власності, зміст яких щодо певних об'єктів права інтелектуальної власності визначається ЦК та іншими законами, та залишив відкритою дискусію щодо сутності поняття права інтелектуальної власності, визначивши цей термін як право особи на результат інтелектуальної, творчої діяльності або на інший об'єкт права інтелектуальної власності, визначений законом. Останнє положення не можна трактувати як ствердження права власності на зазначені результати, оскільки вказано: «право особи...», а не «право власності особи...» чи «право особи володіти, користуватися і розпоряджатися результатами інтелектуальної творчої діяльності».

Додамо також, що суттєве значення для розуміння специфіки регулювання відносин у сфері права інтелектуальної власності має наголошуване у ст. 419 ЦК України співвідношення категорій «права інтелектуальної власності» і «права власності». При цьому право інтелектуальної власності та право власності на річ не залежать одне від одного, а перехід права на об'єкт права інтелектуальної власності не означає перехід права власності на річ, і навпаки.

Як свідчать публікації періоду прийняття нині чинного ЦК України, серед розробників та спеціалістів у сфері інтелектуальної власності, так само, як і під час виникнення і розвитку теорій права інтелектуальної власності у світовому масштабі, виникли досить гострі суперечки у визначенні природи інтелектуальних прав та їх змісту. Чітка позиція розробників ЦК України щодо природи інтелектуальних прав як виключних, сформульова-

на у статтях 429–433 проекту ЦК України, не була сприйнята законодавцем [13, 154–155].

О. Підпригора, зокрема, згадував, що для робочої групи це питання стало серйозною проблемою. Одна група вчених вважала, що авторові належить виключне право на його використання, інша — що автору належить право власності на результат. Було досліджено дуалізм, який характерний не лише для законодавства України. Так, у більшості країн патентне законодавство надає винахіднику виключне право на використання результату. Це право є товаром і, отже, об'єктом цивільного обороту. Воно може продаватися і заповідатися, тобто прирівнюватися до права власності. Однак термін «право власності» в законодавстві цих країн щодо об'єктів інтелектуальної власності не вживається. В інших країнах (Велика Британія, Іспанія, Португалія, Франція, США тощо) результати інтелектуальної діяльності визнаються об'єктами права власності [12, 63].

Так звана проприетарна концепція інтелектуальної власності була детально обґрунтована О. Підпригорою. Інститут інтелектуальної власності представлявся в її численних працях як сукупність правових норм, що регулюють «саме право інтелектуальної власності на результати творчої діяльності людей — право власності, а не якісь там розпливчаті виключні права...» [14, 11]. Одночасно автор визнавала, що більшість правових систем світу закріплюють на результати творчої діяльності людей виключні права, передусім виключне право на використання [14, 12].

Щодо сучасної оцінки проприетарної концепції інтелектуальних прав, слід зауважити, що беззаперечним фактом є насамперед наявність істотних відмінностей як у самому змісті

цих прав (прав власності та виключних інтелектуальних прав), так і у способах їх реалізації та захисту. Як переконливо доводять російські цивілісти, «...на відміну від права власності, яке по суті є безстроковим і не підлягає територіальним обмеженням, права авторів, винахідників, їх правонаступників із самого початку обмежені у часі та просторі; захищаються за допомогою інших правових засобів порівняно з правом власності, а право на творчий результат нерозривно пов'язано з особистістю його творця» [6, 5].

Узагальнивши, можна зазначити, що право інтелектуальної власності в об'єктивному значенні характеризується такими основними ознаками:

1) воно є правом на результат інтелектуальної творчої діяльності;

2) об'єкт права інтелектуальної власності нематеріальний, але результат інтелектуальної, творчої діяльності може бути втілений у будь-який матеріальний носій;

3) результат творчої діяльності придатний для відтворення і сприйняття іншими особами, а також для багаторазового відтворення (тиражування);

4) правова охорона надається результату інтелектуальної творчої діяльності або за умови його створення і набуття форми, придатної для сприйняття іншими особами (наприклад твори науки, літератури, мистецтва), або за умови його відповідності вимо-

гам чинного законодавства України про інтелектуальну власність (наприклад винаходи, корисні моделі, промислові зразки);

5) право інтелектуальної власності на той чи інший об'єкт слід відрізняти від права власності на матеріальний носій, в якому втілено творчий результат, а право власності на річ, в якій втілено результат інтелектуальної власності, не залежить від права інтелектуальної власності на цей результат;

6) особисті немайнові права суб'єктів права інтелектуальної власності невіддільні від особи їх творця і не підлягають відчуженню;

7) майнові права суб'єкта інтелектуальної власності можуть відчужуватись будь-яким цивільно-правовим способом; суб'єкт цих прав може відмовитись від них;

8) об'єкти права інтелектуальної власності чинним законодавством визнані товаром і можуть бути об'єктом будь-яких цивільно-правових правочинів;

9) правова охорона об'єктів інтелектуальної власності надається на певний строк, визначений чинним законодавством;

10) право інтелектуальної власності є непорушним, ніхто не може бути позбавлений права інтелектуальної власності чи обмежений у його здійсненні, крім випадків, передбачених законом.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. — М., 1998. — 353 с. — С. 132.
2. Пиленко А. А. Право изобретателя. — М., 2001. — 688 с.
3. Кони А. Ф. Авторское право / Новый энциклопедический словарь. — СПб., Т. 1. — С. 327.
4. Розенберг П. Основы патентного права США. — М., 1979.
5. Шершеневич Г. Ф. Курс гражданского права. — Тула, 2001. — С. 332–333.
6. Гражданское право : учеб. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М., 1998. — Ч. 3.
7. Табашиков И. Г. Литературная, музыкальная и художественная собственность с точки зрения науки гражданского права и постановлений законодательств Северной Германии, Австрии, Франции, Англии и России. — СПб., 1978.
8. Шершеневич Г. Ф. Экономическое обоснование авторского права. — Казань, 1890.
9. Победоносцев К. П. Курс гражданского права. — СПб., 1973. — Ч. 1.
10. Гражданское право / отв. ред. Е. А. Суханов. — М., 1998. — Т. 1.

11. Кохановська О. В. Теоретичні проблеми інформаційних відносин у цивільному праві. — К., 2006.
12. Підпригора О. А. Об'єкти цивільних прав у Проекті Цивільного кодексу України // Українське Право. — 1998. — Чис. 1.
13. Проект Цивільного кодексу України // Українське Право. — 1996. — Чис. 2 (Спецвипуск).
14. Підпригора О. О. Інтелектуальна власність. — Х., 1997.

Кохановська О. В. Основні теорії права інтелектуальної власності та їх вплив на розвиток сучасного законодавства в Україні

Анотація. Публікація присвячена аналізу основних теорій права інтелектуальної власності та їх впливу на розвиток сучасного законодавства в Україні. Основна увага приділена дискусії про природу прав інтелектуальної власності, розмежуванню понять права власності на річ і права інтелектуальної власності, пропріетарній теорії прав інтелектуальної власності, теорії інтелектуальних прав і теорії виключних прав.

Ключові слова: інтелектуальна власність, право інтелектуальної власності, пропріетарна теорія, теорія інтелектуальних прав, теорія виключних прав.

Кохановская Е. В. Основные теории права интеллектуальной собственности и их влияние на развитие современного законодательства в Украине

Аннотация. Публикация посвящена анализу основных теорий права интеллектуальной собственности и их влияния на развитие современного законодательства в Украине. Основное внимание уделено дискуссии о природе прав интеллектуальной собственности, разграничению понятий права собственности на вещь и права интеллектуальной собственности, проприетарной теории прав интеллектуальной собственности, теории интеллектуальных прав и теории исключительных прав.

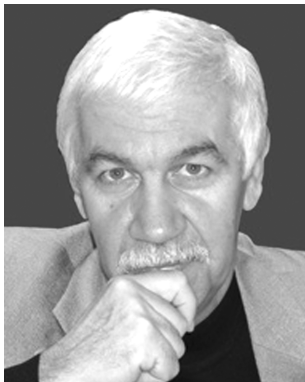
Ключевые слова: интеллектуальная собственность, право интеллектуальной собственности, проприетарная теория, теория интеллектуальных прав, теория исключительных прав.

Kokhanovska O. The basic theories of intellectual property right and their effect on the development of modern legislation in Ukraine

Annotation. Publication focuses on the analysis of the basic theories of intellectual property right and their effect on the development of modern legislation in Ukraine. The key attention is paid to the discussion of the nature of intellectual property rights, the distinction between ownership of a thing and intellectual property right, the proprietary theory of intellectual property rights, the theory of intellectual rights and theory of exclusive rights.

Key words: intellectual property, intellectual property right, proprietary theory, theory of intellectual rights, theory of exclusive rights.

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ НАБУТТЯ ТА ПРИПИНЕННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ



Є. ХАРИТОНОВ

*доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
завідувач кафедри цивільного права
(Національний університет
«Одеська юридична академія»)*

О. ХАРИТОНОВА
*доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри права
інтелектуальної власності
та корпоративного права
(Національний університет
«Одеська юридична академія»)*



У системі правового регулювання відносин власності важливе значення має визначення підстав виникнення та припинення права власності. Загальні засади та підстави набуття права власності визначає глава 24 ЦК України (статті 328–345). Відповідно до неї підставами (способами) набуття права власності можуть бути будь-які обставини, не заборонені законом (ч. 1 ст. 328 ЦК України), оскільки розмаїття їх дуже велике: події (смерть спадкодавця), договори (купівля-продаж), юридичні вчинки (виявлення скарбу), цивільні стани (перебування у шлюбі), а також юридична сукупність (заповіт і смерть спадкодавця) тощо, виникає проблема визначення їхнього співвідношення та взаємозв'язку, ієрархії, колізії тощо.

© Є. Харитонов, О. Харитонova, 2011

Разом із тим ця проблематика майже не досліджувалася, і на тлі низки дисертаційних досліджень окремих підстав виникнення права власності впадає в око відсутність наукових розвідок більш загального плану. Власне, цими обставинами і зумовлена доцільність розгляду проблемних питань виникнення та припинення права власності за цивільним законодавством України.

Для її вирішення й необхідне встановлення методологічних засад оцінки тих чи інших юридичних фактів у загальному контексті набуття та припинення права власності.

Передусім слід зазначити, що у цивілістиці зберігає значення поділ підстав набуття права власності на первинні та похідні, відомий ще з часів римського права.

Як підставу для такого поділу одні правознавці пропонують використувати «критерій волі», інші — «критерій правонаступництва». Прихильники першої позиції до первинних відносять такі способи, за допомогою яких право власності виникає незалежно від волі інших осіб, а до похідних — такі, коли воно виникає з волі попереднього власника. Прихильники «критерію правонаступництва» до первинних відносять способи, де правонаступництва немає, а до похідних — способи, що ґрунтуються на правонаступництві [1].

Існує також точка зору, відповідно до якої при поділі підстав виникнення права власності на первинні та похідні можуть бути використані обидва критерії. Так, зазначається, що до похідних способів набуття права власності належать такі, при яких набуття права власності у суб'єкта виникає внаслідок волевиявлення попереднього власника. При переході права власності має місце правонаступництво, оскільки права на придбану річ внаслідок похідного способу такі, які були у попереднього власника [2].

Проте більш вдалим видається поділ підстав набуття права власності на первинні і похідні за допомогою врахування «обґрунтованості (базису) прав» [3]. Суть такого підходу полягає в тому, що «первинними» пропонується вважати такі способи набуття права власності, де права власника не ґрунтуються на правах інших осіб (вони «виникають вперше»), а «похідними» — такі, що припускають, що право набувача ґрунтується на праві відчужувача речі.

Такий підхід до поділу способів набуття права власності на первинні та похідні виглядає цілком логічним, оскільки від способу (підстави) набуття права власності залежить характер

претензій, які можуть бути заявлені до власника. Як зазначали давньоримські правники, «*Nemo plus juris*» («ніхто не може передати прав більше, ніж має сам»). Це означає, що оскільки при похідних засобах набуття права власності право набувача ґрунтується на праві відчужувача, то оспорене може бути не тільки право власника, але також і право осіб, що передали йому у власність спірну річ. Відповідно при первинних засобах набуття права власності оспорювання цього права можливе тільки щодо самого власника.

Однак зустрічається в літературі й думка про те, що поділ способів набуття права власності за різними критеріями не має практичного значення, оскільки законодавство України з поділом на первинні та похідні способи виникнення права власності не пов'язує будь-яких правових наслідків [4].

До первинних підстав набуття права власності відносять, зокрема, такі способи, передбачені ЦК України: 1) виготовлення нової речі (ст. 331); 2) переробка речі (ст. 332); 3) привласнення загальнодоступних дарів природи (ст. 333); 4) безхазяйна річ (статті 335, 344); 5) знахідка (статті 337–339); 6) бездоглядна домашня тварина (статті 340–342); 7) скарб (ст. 343); 8) набувальна давність (ст. 344); 9) приватизація (ст. 345) тощо.

Похідними підставами набуття права власності є: 1) договір; 2) спадкування.

Відаючи належне традиційній класифікації, разом із тим слід погодитися з думкою, що практичне значення має також поділ підстав набуття права власності на універсальні (загальні) та спеціальні [5].

На відміну від поділу підстав набуття права власності на первинні та

похідні, котрий достатньо детально аналізується практично у кожному підручнику та посібнику з цивільного права, співвідношення універсальних та спеціальних підстав виникнення права власності у вітчизняній цивілістичній літературі залишається майже недослідженим.

Проблеми у дослідженні підстав виникнення права власності під таким кутом зору, як видається, значною мірою пов'язані з відсутністю чітких заasad віднесення зазначених підстав до універсальних чи спеціальних.

На нашу думку, для визначення підстав класифікації у цьому випадку доцільно використати класичну дихотомію «публічне право — приватне право», котра, як зазначалося, може використовуватися не лише стосовно права взагалі, а й для визначення питомої ваги «приватності» чи «публічності» в окремих інститутах цивільного права [6].

З урахуванням цього критерію права власності, як інститут цивільного права України, має бути поділений на два визначальних види: 1) право приватної власності; 2) право публічної власності.

Право приватної власності може бути визначене як право приватної особи володіти, користуватися, розпоряджатися тощо належним їй майном у власному інтересі.

Право публічної власності — це регламентована нормами права можливість суб'єктів публічних відносин використовувати (володіти, користуватися, розпоряджатися, мати корпоративні права тощо) на власний розсуд у межах своєї компетенції майно, яке їм належить.

У свою чергу, право публічної власності охоплює такі різновиди: 1) право власності Українського народу; 2) право державної власності; 3) право влас-

ності АР Крим; 4) право комунальної власності.

Фактором, який об'єднує усі різновиди права публічної власності, є наявність у цих відносинах владного елементу, який полягає в тому, що власник, здійснюючи своє право власності, більшою або меншою мірою використовує свої повноваження як суб'єкта публічного права. Специфічним є й об'єкт цих відносин: майно, що входить до складу публічної власності. Як правило, значну частину цього майна становлять речі, вилучені з обігу (майно, що призначене для загального користування і через свої фізичні якості не може належати приватній особі; майно, що забезпечує обороноздатність країни, стратегічні та інші публічні інтереси держави), речі, що обмежені в обігу. Можливе перебування у публічній власності і майна, яке може належати також будь-якій фізичній особі. Але такого майна у складі публічної власності набагато менше і в ідеалі не повинно бути. Разом із тим їх відрізняє той самий обсяг повноважень і як суб'єкта публічного права, і як суб'єкта права власності.

Отже, повернемося до розгляду питання про поділ підстав виникнення права власності на універсальні та спеціальні, керуючись тим, що універсальними підставами виникнення права власності є такі обставини, які можуть слугувати підґрунтям виникнення будь-якого виду права власності, передбаченого законодавством (приватної власності Українського народу, державної, комунальної власності, власності АР Крим), а спеціальними підставами — ті обставини, які можуть бути основою виникнення лише якогось певного виду права власності.

Орієнтиром у пошуках відповіді на запитання, які підстави виникнення

права власності є універсальними, а які спеціальними, має слугувати зміст норм глави 24 ЦК України, котрий має тлумачитися у сукупності зі ст. 2 ЦК України, де міститься характеристика учасників цивільних відносин.

Стаття 2 ЦК України передбачає, що учасниками цивільних відносин можуть бути фізичні та юридичні особи, держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави та інші суб'єкти публічного права. Таким чином, у Цивільному кодексі розрізняються два види суб'єктів цивільних відносин: особи приватного права й особи публічного права. У зв'язку з цим варто звернути увагу на те, що на відміну від фізичних та юридичних осіб, держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави тощо у ЦК України не іменуються «особами», хоча і визнаються учасниками цивільних відносин. Це пов'язане з тим, що вони є суб'єктами не приватного (цивільного), а публічного права. Участь у цивільних відносинах для них є не головним призначенням, а лише зумовлена певною ситуацією.

Отже, суб'єктами приватного (цивільного) права — учасниками цивільних правовідносин можуть бути: 1) фізичні особи — фізичні особи, що є громадянами України, а також іноземці та особи без громадянства, які користуються однаковими з громадянами України майновими і особистими немайновими правами за винятками, встановленими у законі; 2) юридичні особи — вітчизняні, іноземні, спільні, вітчизняні з іноземними інвестиціями тощо; 3) суб'єкти публічного права — держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави та ін. При цьому «особами» є суб'єкти приватного

права, тоді як суб'єкти публічного права особами не іменуються.

Системне тлумачення ст. 2 ЦК України і положень норм глави 24 ЦК України дає змогу дійти висновку, що у тих випадках, коли у відповідній нормі йдеться про «особи», можна вести мову лише про виникнення права приватної власності у фізичних або юридичних осіб. Якщо ж такої вказівки немає, то підстава виникнення права власності є або універсальною, або такою, що стосується якогось з видів права публічної власності.

Оцінюючи підстави виникнення права власності з таких позицій, зазначимо, що воно виникає «у фізичної або юридичної особи» у випадках:

- 1) виготовлення нової речі (ст. 331 ЦК України);
- 2) переробки речі (ст. 332 ЦК України);
- 3) привласнення загальнодоступних дарів природи (ст. 333 ЦК України);
- 4) набувальної давності (ст. 344 ЦК України);
- 5) знайдення скарбу (крім випадків, передбачених ч. 4 ст. 343 ЦК України);
- 6) заволодіння рухомою річчю, від якої власник відмовився (ст. 336 ЦК України);
- 7) знахідки (ч. 1 ст. 338 ЦК України);
- 8) знахідки бездоглядної домашньої тварини (ч. 1 ст. 341 ЦК України);
- 9) приватизації (ст. 345 ЦК України).

Крім того, право приватної власності виникає у фізичної особи у випадках: 1) спадкування за законом (глава 86 ЦК України); 2) самочинного будівництва, якщо це передбачено законом (ч. 3 ст. 376 ЦК України).

Аналіз норм глави 24 ЦК України свідчить, що підставами набуття права державної власності можуть бути:

1) виявлення скарбу, що є пам'яткою історії та культури (ч. 4 ст. 343 ЦК України); 2) викуп земельної ділянки у зв'язку з суспільною необхідністю органом державної влади (статті 350–351 ЦК України); 3) викуп пам'ятки історії та культури (ст. 352 ЦК України).

Підставами набуття права комунальної власності можуть бути: 1) безхазяйна річ (статті 335, 344 України); 2) знахідка, від якої відмовилася особа, що її знайшла (ч. 2 ст. 338 ЦК України); 3) бездоглядна домашня тварина, від якої відмовилася особа, що її знайшла (ч. 2 ст. 341 ЦК України); 4) викуп земельної ділянки у зв'язку з суспільною необхідністю органом місцевого самоврядування (статті 350–351 ЦК України).

Підставами набуття права власності АР Крим може бути викуп земельної ділянки у зв'язку з суспільною необхідністю органом влади АР Крим (статті 350–351 ЦК України).

Крім того, будь-який різновид права публічної власності може виникнути на підставі: 1) договору (глава 52 ЦК України); 2) спадкування за заповітом (глава 85 ЦК України).

Отже, універсальними підставами виникнення права власності слід визнати: 1) отримання продукції, плодів та доходів (ч. 2 ст. 189 ЦК України); 2) договір; 3) спадкування за заповітом (глава 85 ЦК України).

Решта підстав виникнення права власності, передбачених у главі 24 ЦК України, є спеціальними підставами, які стосуються лише того або іншого виду права власності.

Проте для встановлення кола спеціальних підстав виникнення права власності звернення лише до норм глави 24 ЦК України є недостатнім. Для того щоб аналіз таких підстав був більш повним, необхідно звернутися

також до норм глави 25 ЦК України, яка визначає підстави припинення права власності. Методологічною основою такого звернення є те припущення, що право власності лише у виключних випадках може бути припинене як таке (наприклад у випадку знищення речі), оскільки це суперечить самій сутності абсолютного права, а також такій властивості права власності як «еластичність» та «самовідновлювання».

Враховуючи викладені вище міркування, звернемося до змісту глави 25 ЦК України.

Відповідно до ст. 346 ЦК України право власності припиняється у разі:

- 1) відчуження власником свого майна;
- 2) відмови власника від права власності;
- 3) припинення права власності на майно, яке за законом не може належати цій особі;
- 4) знищення майна;
- 5) викупу пам'яток історії та культури;
- 6) викупу земельної ділянки у зв'язку із суспільною необхідністю;
- 7) викупу нерухомого майна у зв'язку з викупом з метою суспільної необхідності земельної ділянки, на якій воно розміщене;
- 8) звернення стягнення на майно за зобов'язаннями власника;
- 9) реквізиції;
- 10) конфіскації;
- 11) припинення юридичної особи чи смерті власника.

Стосовно наведеного переліку слід зробити два зауваження.

По-перше, він не є вичерпним, адже згідно з ч. 2 ст. 346 ЦК України право власності може бути припинене також в інших випадках, встановлених законом. Наприклад, до таких випадків належить придбання майна проти волі

власника добросовісним набувачем (ст. 388 ЦК України), смерть власника (ст. 1216 ЦК України).

По-друге, найменування ст. 348 ЦК України є неточним, оскільки, як зазначалося вище, у багатьох випадках одні й ті ж самі юридичні факти можуть одночасно бути підставами припинення права власності в однієї особи й підставами виникнення права власності в іншого суб'єкта. Наприклад, договір купівлі-продажу є підставою припинення права власності у продавця і підставою виникнення права власності у покупця.

Отже, у зазначеній нормі Цивільного кодексу йдеться, як правило, не про припинення права власності взагалі, а про припинення його у конкретного учасника цивільних відносин. З врахуванням цієї обставини підстави припинення права власності можуть бути умовно поділені на: 1) такі, що знищують право (у цьому випадку право власності знищується взагалі і перестає існувати стосовно певних речей); 2) такі, що передають право (у цьому разі право власності припиняється в одного і виникає в іншого учасника цивільних відносин).

До першого виду підстав припинення права власності належить: 1) знищення майна; 2) вилучення речей з цивільного обігу, внаслідок чого воно переходить у розряд «публічних речей» і перестає бути об'єктом цивільних прав. Власне, лише вони і є «підставами припинення права власності» у вузькому значенні слова.

До «підстав припинення» права власності, котрі одночасно слугують підставами припинення такого права в однієї особи і виникнення його в іншій, належать усі інші юридичні факти, зазначені у главі 25 ЦК України. Тому їх точніше було б іменувати «підстави переходу права власності», оскільки

інакше може виникнути хибне враження, що припинення права власності у конкретного суб'єкта тягне припинення такого права взагалі.

При цьому має враховуватися і той вид права власності, якого він набуває у кінцевому результаті.

Так, підставою трансформації будь-якого одного виду права власності у будь-який інший вид права власності може бути: 1) відчуження власником свого майна; 2) звернення стягнення на майно за зобов'язаннями власника; 3) припинення права власності на майно, яке за законом не може належати цій особі.

Підставами трансформації права приватної власності в якийсь із різновидів права публічної власності може бути: 1) викуп земельної ділянки у зв'язку із суспільною необхідністю; 2) викуп нерухомого майна у зв'язку з викупом з метою суспільної необхідності земельної ділянки, на якій воно розміщене.

Підставами трансформації якогось із видів права власності у право державної власності є: 1) викуп пам'яток історії та культури; 2) реквізиція; 3) конфіскація.

Підсумовуючи викладене вище, можна дійти висновку, що методологічними засадами визначення підстав набуття права власності та їхньої сутності є такі принципові положення.

По-перше, має бути врахована та обставина, що право власності виникає не взагалі, а у певній правовій формі: як право приватної власності або як право публічної власності. Відтак, підстави набуття права власності мають визначатися і характеризуватися на підґрунті поділу права власності на право приватної власності та право публічної власності.

По-друге, врахування поділу права власності на право приватної власності

та право публічної власності логічно зумовлює поділ підстав набуття права власності на універсальні (ті, що можуть бути підставою виникнення будь-якого виду права власності) і спеціальні (стосуються лише певних видів права власності). Врахування цієї обставини необхідне як з міркувань визначення того, який вид права власності може виникнути з цієї підстави, так і для встановлення кола вимог, без яких ця обставина не може бути підставою виникнення права власності.

По-третє, перелік універсальних та спеціальних підстав набуття права власності має визначатися з врахуванням не лише норм глави 24 ЦК України «Набуття права власності», а й норм глави 25 ЦК України «Припинення права власності» (котру було б точніше іменувати «Припинення та трансформації права власності», а також інших норм ЦК України, де йдеться про підстави виникнення або трансформації права власності).

На цій основі можуть бути названі такі універсальні підстави набуття права власності: 1) отримання продукції, плодів та доходів (ч. 2 ст. 189 ЦК України); 2) договір; 3) спадкування за заповітом (глава 85 ЦК України).

Спеціальними підставами набуття права приватної власності є:

- 1) виготовлення нової речі (ст. 331 ЦК України);
- 2) переробка речі (ст. 332 ЦК України);
- 3) привласнення загальнодоступних дарів природи (ст. 333 ЦК України);
- 4) набувальна давність (ст. 344 ЦК України);
- 5) знайдення скарбу (крім випадків, передбачених ч. 4 ст. 343 ЦК України);
- 6) заволодіння рухомою річчю, від якої власник відмовився (ст. 336 ЦК України);

7) знахідка речі (ч. 1 ст. 338 ЦК України) або бездоглядної домашньої тварини (ч. 1 ст. 341 ЦК України);

8) приватизація (ст. 345 ЦК України);

9) спадкування за законом (глава 86 ЦК України);

10) самочинне будівництво, якщо це передбачено законом (ч. 3 ст. 376 ЦК України).

Спеціальними підставами набуття права публічної власності у різних його формах є:

1) виявлення скарбу, що є пам'яткою історії та культури (ч. 4 ст. 343 ЦК України);

2) викуп земельної ділянки у зв'язку з суспільною необхідністю (статті 350–351 ЦК України);

3) викуп пам'ятки історії та культури (ст. 352 ЦК України);

4) безхазяйна річ (статті 335, 344 України);

5) знахідка, від якої відмовилася особа, що її знайшла (ч. 2 ст. 338 ЦК України; ч. 2 ст. 341 ЦК України);

6) реквізиція (ст. 353 ЦК України);

7) конфіскація (ст. 354 ЦК України);

8) договір (глава 52 ЦК України);

9) спадкування за заповітом (глава 85 ЦК України).

Крім цього, спеціальними підставами набуття права публічної власності є перерозподіл публічного майна у зв'язку з розмежуванням повноважень, надходження грошових коштів до бюджету як податків, зборів, пені, штрафів, відумерла спадщина.

Стосовно права публічної власності можливі також особливі підстави її припинення, до яких належить той самий перерозподіл публічного майна у зв'язку з розмежуванням повноважень, приватизація, безоплатне надання державного майна у власність приватних осіб у встановлених законом випадках [7].

Спеціальні підстави припинення існують також щодо права приватної власності. До них належать: відмова від права власності, смерть власника, більшість випадків примусового вилучення майна.

Підбиваючи підсумки викладеним пропозиціям стосовно оновлення підходів бачення системи підстав (способів) виникнення та припинення права власності, можна дійти загального висновку, що традиційне розрізнення первісних та вторинних підстав

(способів) виникнення права власності сьогодні є недостатнім. Визнаючи його важливість, разом із тим не можна не враховувати практичне значення диференціації підстав (способів) із врахуванням їхньої придатності для застосування стосовно того чи іншого виду (різновиду) права власності. Як видається, перспективи вдосконалення цивільного законодавства у цій галузі мають визначатися із врахуванням як традиційного, так і інноваційного підходів.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Цивільний кодекс України* : наук.-практ. комент. / Є. О. Харитонов, В. В. Завальнюк, І. М. Кучеренко та ін. ; за ред. Є. О. Харитонova, Н. Ю. Голубевої. — 6-те вид., переробл. та допов. — К., 2010. — С. 339.
2. *Цивільне право України* : академ. курс : підруч. : у 2 т. / за заг. ред. Я. М. Шевченко. — К., 2003. — Т. 1. Загальна частина. — С. 278.
3. *Цивільне та сімейне право України* / під ред. проф. Є. О. Харитонova. — К., 2004. — С. 200.
4. *Цивільне право України. Загальна частина* : підруч. / за ред. І. А. Бірюкова, Ю. О. Заїки. — К., 2006 — С. 308.
5. *Цивільне право України* : підруч. : у 2 кн. / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — К., 2002. — Кн. 1. — С. 332; *Цивільне право України* : підруч. : у 2 т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, І. В. Жилінкова та ін. ; за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. — К., 2004. — Т. 1. — С. 321.
6. *Цивільне право України* : підруч. : у 3 кн. / Є. О. Харитонов, Р. О. Стефанчук, А. І. Дрішлюк та ін. ; за ред. Є. О. Харитонova, А. І. Дрішлюка. — О., 2005. — Кн. 1. — С. 9–10, 39–41.
7. *Виницкий А. В.* Государственная собственность в административном праве. — М., 2010. — С. 12.

Харитонов Є. О., Харитонova О. І. Проблемні питання набуття та припинення права власності за цивільним законодавством України

Анотація. Метою статті є визначення методологічних засад оцінки юридичних фактів у загальному контексті розгляду підстав набуття та припинення права власності. У результаті дослідження обґрунтовано висновок, що підстави набуття та припинення права власності мають характеризуватися із врахуванням поділу права власності на право приватної власності та право публічної власності. Врахування зазначеного поділу права власності логічно зумовлює поділ підстав набуття та припинення права власності на універсальні (ті, що можуть бути підставою виникнення будь-якого виду права власності) і спеціальні (стосуються лише тих або інших видів права власності).

Ключові слова: право власності, набуття права власності, припинення права власності, універсальні та спеціальні підстави виникнення.

Харитонов Е. О., Харитонova Е. И. Проблемные вопросы возникновения и прекращения права собственности по гражданскому законодательству Украины

Аннотация. Целью статьи является установление методологических основ оценки юридических фактов в общем контексте возникновения и прекращения права собственности. Установлено, что основания возникновения и прекращения права собственности должны определяться и характеризоваться исходя из разделения права собственности на право частной собственности и право публичной собственности. С учетом этого основания возникновения и прекращения права собственности следует делить на универсальные и специальные.

Ключевые слова: право собственности, возникновение права собственности, прекращение права собственности, универсальные и специальные основания возникновения.

Kharytonov Ye., Kharytonova O. The issues of acquisition and termination of the right of ownership according to the civil legislation of Ukraine

Annotation. The article aims at determining methodological bases of estimating legal facts in the general context of consideration of causes for acquisition and termination of the right of ownership. The research results in the argued conclusion that causes for acquisition and termination of the right of ownership should be characterized taking into account the division of the right of ownership into the right of private ownership and the right of public ownership. Consideration of the mentioned division of the right of property logically predetermines the division of the causes for acquisition and termination of the right of ownership into universal (those, which can be the cause of accrual of any kind of the right of ownership) and special (those which fall within only this or that kind of the right of ownership).

Key words: the right of ownership, acquisition of the right of ownership, termination of the right of ownership, universal and special causes of accrual.

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВА КОНФІСКАЦІЯ В КОНТЕКСТІ ЗМІН СТ. 228 ЦК УКРАЇНИ



О. ДЗЕРА

*доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
професор кафедри цивільного права
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)*

Прийняття нового Цивільного кодексу України і введення його в дію з 1 січня 2004 р. внесло у правову систему країни численні новели у врегулюванні цивільних відносин, адекватні вимогам сучасного суспільства. Водночас чимало статей ЦК України вимагають глибокого аналізу з огляду на наявність у них суперечностей, прогалин, редакційних вад, що спричиняє труднощі у вирішенні судами цивільних та господарських справ.

Такою є, зокрема, ст. 228 ЦК України, яка Законом України від 2 грудня 2010 р. була доповнена частиною третьою.

Стаття 228 у первісній редакції складалася з двох частин. У першій частині визначається перелік порушень публічного порядку. Усі вони можуть бути поділені на дві великі групи: а) правочини, спрямовані на порушення конституційних прав і свобод людини і громадянина (ст. 21–68 Конституції України); б) правочини, спрямовані на знищення, пошкодження майна фізичної або юридичної особи,

держави, АРК, територіальної громади та на незаконне заволодіння ним. У доктрині цивільного права такі порушення публічного порядку розглядаються як такі, що порушують основні засади державного правопорядку. Під дію цієї статті можуть також підпадати правочини, що суперечать моральним засадам суспільства, встановленим, наприклад, Законом України «Про захист суспільної моралі».

Відповідно до ч. 2 ст. 228 правочин, спрямований на зазначені порушення публічного порядку (антипублічний правочин), є нікчемним. При цьому в ч. 1 ст. 228 ЦК України законодавець не ставить визнання правочину антипублічним у безпосередню залежність від факту наявності в діях його учасника (учасників) наміру (умислу) на досягнення протиправної мети. Не передбачала ст. 228 (у первісній редакції) також конкретних правових наслідків нікчемності антипублічного правочину та відсилочних норм до інших статей ЦК України, які містять загальні правила про правові наслідки недійсності правочинів. Аналіз змісту

© О. Дзера, 2011

ч. 1 ст. 228 ЦК України дає підстави насамперед дійти висновку, що в ній закладено надмірне коло підстав для визнання правочину таким, що порушує публічний порядок (антипублічний правочин). При цьому такі підстави не конкретизовані, мають оціночний характер, що завжди призводитиме і в науці, і в судовій практиці до різного їх тлумачення.

Як відомо, ЦК УРСР передбачав норми про недійсність угод, укладених з метою, що суперечить інтересам держави і суспільства (ст. 49). Так, згідно зі ст. 49 ЦК УРСР за угодою, укладеною з метою, що завідомо суперечить інтересам соціалістичної держави і суспільства та за наявності умислу в обох сторін, все одержане ними за угодою стягується в доход держави, а в разі виконання угоди лише однією стороною з другої сторони стягується в доход держави все одержане нею і все належне з неї першій стороні на відшкодування одержаного. При наявності ж умислу лише в однієї сторони все одержане нею за угодою повинно бути повернуто другій стороні, а одержане останньою або належне їй на відшкодування виконаного стягується в доход держави.

Таким чином, правові наслідки, встановлені ст. 49 ЦК УРСР, фактично мали усі ознаки «цивільно-правової конфіскації» (двосторонньої чи односторонньої), застосування якої можливе лише тоді, коли сторони (сторона) знали, що угода, яка укладається, суперечить інтересам держави і суспільства. Тобто у разі відсутності такого суб'єктивного фактора, як умисел сторони, немає підстав для застосування цивільно-правової конфіскації, а відтак, за відсутності умислу в обох сторін угода має визнаватися недійсною за правилами ст. 48 ЦК УРСР та з застосуванням передбаче-

них нею правових наслідків у формі двосторонньої чи односторонньої (за наявності умислу в однієї сторони) реституції сторін.

Стаття 228 нового ЦК України є певним аналогом ст. 49 ЦК 1963 р., оскільки встановлює нікчемність правочинів, спрямованих на порушення конституційних прав та свобод громадян та на порушення основ правопорядку в суспільстві. Однак на відміну від ст. 49 ЦК 1963 р., у ст. 228 не були визначені безпосередньо правові наслідки нікчемності «антипублічного правочину». За таких обставин у науці та судовій практиці вважалося, що судом мають застосовуватися загальні правові наслідки, передбачені ст. 216 ЦК, зокрема двостороння або одностороння реституція та відшкодування збитків. Між тим історія розробки нового ЦК свідчить про те, що автори ст. 228, що мала назву «Правові наслідки вчинення правочину, який порушує публічний порядок», та законодавці мали на меті встановити за вчинення такого правочину спеціальні санкції. Це припущення підтверджується аналізом обставин розробки і прийняття нового ЦК, адже в його Проекті в редакції у першому читанні від 5 червня 1997 р. закладалися правила про цивільно-правову конфіскацію у разі вчинення з умислом правочину, що порушує публічний порядок (ст. 218), що було цілком логічно з огляду на вимоги законодавчої техніки. Однак у ч. 2 ст. 228 ЦК України встановлювалася лише нікчемність такого «антипублічного правочину», що дає підстави вважати про можливу наявність організаційно-технічних упущень при прийнятті ЦК.

Досліджувана проблема ускладнюється і тим, що ч. 1 ст. 208 Господарського кодексу України майже повністю відтворює зміст ст. 49 ЦК

УРСР. Так, у ст. 208 ГК України зазначається: «Якщо господарське зобов'язання визнано недійсним як таке, що вчинено з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, то за наявності наміру в обох сторін — у разі виконання зобов'язання обома сторонами — в дохід держави за рішенням суду стягується все одержане ними за зобов'язанням, а у разі виконання зобов'язання однією стороною з другої сторони стягується в дохід держави все одержане нею, а також все належне з неї першій стороні на відшкодування одержаного. У разі наявності наміру лише у однієї із сторін усе одержане нею повинно бути повернено другій стороні, а одержане останньою або належне їй на відшкодування виконаного стягується за рішенням суду в дохід держави».

Таким чином, ч. 1 ст. 208 ГК майже повністю текстуально збігається зі ст. 49 ЦК УРСР, незважаючи на її істотні вади, з тією різницею, що у ст. 208 визнається недійсним господарське зобов'язання, а не господарський договір чи інший правочин. Юридична некоректність цього положення є очевидною, адже недійсним має визнаватися договір як лише одна з підстав виникнення господарського зобов'язання. Це принципове правило було закріплене у ст. 48 ЦК УРСР, за якою могли визнаватися недійсними угоди, що не відповідають вимогам закону, а також у ст. 215 ЦК України, якою передбачається недійсність правочину. Тобто недійсною необхідно визнавати підставу виникнення зобов'язання.

Такі розбіжності у врегулюванні схожих відносин у ЦК України і ГК України піддавалися критиці в юридичній науці, наголошувалося на відсутності юридичної логіки у такій правовій ситуації, неможливості формування єдності судової практики.

На вирішення цієї проблеми спрямовані зміни до ст. 228 ЦК України, яку було доповнено ч. 3 такого змісту: «У разі недодержання вимоги щодо відповідності правочину інтересам держави і суспільства, його моральним засадам такий правочин може бути визнаний недійсним. Якщо визнаний судом недійсний правочин було вчинено з метою, що завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, то при наявності умислу у обох сторін — в разі виконання правочину обома сторонами — в дохід держави за рішенням суду стягується все одержане ними за угодою, а в разі виконання правочину однією стороною з іншої сторони за рішенням суду стягується в дохід держави все одержане нею і все належне — з неї першій стороні на відшкодування одержаного. При наявності умислу лише у однієї із сторін все одержане нею за правочином повинно бути повернуто іншій стороні, а одержане останньою або належне їй на відшкодування виконаного за рішенням суду стягується в дохід держави».

У зв'язку з цим постає цілком законмірне питання про те, що, можливо, введення ч. 3 до ст. 228 ЦК України, в основу якої покладено ст. 49 ЦК УРСР, є прогресивним рішенням. Однак аналіз практики застосування ст. 49 ЦК УРСР свідчить про наявність у її положеннях істотних вад.

Редакцію ст. 49 ЦК УРСР не можна визнати вдалою у зв'язку з відсутністю у її тексті конкретних критеріїв для класифікації угоди недійсною та застосування передбачених нею правових наслідків. Відповідно і в судовій практиці зміст цієї статті не набув чіткого тлумачення, у зв'язку з чим суди навіть у радянський період вкрай рідко визнавали недійсними угоди за правилами ст. 49 ЦК УРСР, вдаючись до застосування передбачених нею

санкцій у тому разі, коли дії учасника недійсної угоди містили ознаки злочину. Тому позиція судів щодо застосування ст. 49 ЦК УРСР змінювалася залежно від соціально-політичної ситуації в країні. Наприклад, відповідно до п. 6 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про визнання угод недійсними» від 28 квітня 1978 р. (у первісній його редакції) ст. 49 ЦК УРСР поширювалася на угоди, що порушують основні принципи соціалістичного суспільного ладу, зокрема, спрямовані на використання соціалістичної власності з корисливою метою, одержання громадянином не трудових доходів або використання майна, що знаходиться у їх особистій власності або користуванні на шкоду інтересам суспільства, на відчуження землі або незаконне нею користування, розпорядження чи придбання всупереч встановленим правилами предметів, вилучених з обігу або обмежених в обігу (ця постанова втратила чинність у зв'язку з прийняттям нової постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» від 6 листопада 2009 р., в якій відсутні будь-які позиції щодо тлумачення ст. 228 ЦК України).

Згідно з п. 6 постанови Пленуму в редакції від 25 грудня 1992 р. до цих угод мають належати угоди, які порушують основні принципи існуючого суспільного ладу, зокрема, спрямовані на використання всупереч закону колективної, державної або чиеїсь приватної власності з корисливою метою (та інші угоди, зазначені у первісній редакції п. 6 Постанови).

25 травня 1998 р. до п. 6 постанови Пленуму були внесені нові зміни, за якими дія ст. 49 ЦК УРСР має вже по-

ширюватися, зокрема, на угоди, спрямовані на використання всупереч закону колективної, державної або чиеїсь приватної власності з корисливою метою, приховування фізичними та юридичними особами від оподаткування доходів, використання майна, що знаходиться в їх власності або користуванні на шкоду правам, свободам і гідності громадян, інтересам суспільства, на незаконне відчуження землі або незаконне нею користування, розпорядження чи придбання всупереч встановленим правилами предметів, вилучених з обігу або обмежених в обігу. Подібна позиція щодо тлумачення змісту ст. 49 ЦК УРСР була сформульована також в Роз'ясненнях Вищого арбітражного суду України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням угод недійсними» від 12 березня 1999 р. (з наступними змінами). Однак Вищим господарським судом України 26 квітня 2002 р. до Роз'яснень від 12 березня 1999 р. були внесені істотні доповнення про те, що:

а) у разі визнання у встановленому порядку недійсними установчих документів суб'єкта підприємницької діяльності або скасування його державної реєстрації у зв'язку із здійсненням відповідної реєстрації на підставі загубленого документа, що посвідчує особу, або на підставну особу — засновника суб'єкта підприємницької діяльності, укладені таким суб'єктом підприємницької угоди мають визнаватися недійсними згідно із ст. 49 ЦК УРСР незалежно від часу їх укладення;

б) якщо у встановленому порядку буде з'ясовано, що зміну носіїв корпоративних прав або продажу таких прав здійснено для укладання відповідним суб'єктом підприємницької діяльності угод з метою ухилення від сплати по-

датків та інших обов'язкових платежів або легалізації коштів, набутих злочинним шляхом, суд має визнавати такі угоди недійсними за ознаками ст. 49 ЦК УРСР.

Рекомендації Вищого господарського суду України дозволяли визнавати недійсними за ст. 49 (такі судові рішення можливі й нині щодо угод, укладених до введення в дію нового ЦК України) будь-які угоди суб'єктів підприємництва, незалежно від правової підстави визнання недійсними установчих документів, у тому числі й тоді, коли створення суб'єкта підприємництва не мало на меті укладання угод, що суперечать інтересам держави і суспільства, та спрямованих на ухилення від сплати податків. Проте визнання установчих документів суб'єктів підприємництва недійсними не повинно бути само по собі фактом для автоматичної кваліфікації укладених ним угод за ст. 49 ЦК УРСР. На цю обставину певною мірою вже зверталася увага деякими авторами, на думку яких, відсутність реєстрації сторони угоди в ЄДРПОУ, відсутність його реєстрації як платника податків, а також будь-які інші порушення при створенні юридичної особи не можуть розглядатися як достатня підстава для визнання нею угод недійсними за ст. 49 ЦК УРСР.

Положення зазначеної постанови Пленуму Верховного Суду України та Роз'яснення Вищого господарського суду України є такими, що дають підстави для занадто широкого тлумачення змісту ст. 49 ЦК УРСР і фактично містять ознаки нових правових норм, хоча зазначені судові органи не можуть приймати нормативно-правові акти, а їх правові позиції мають лише рекомендаційний характер.

Аналіз наведеного дає підстави для висновку, що судова практика, незва-

жаючи на впровадження ринкових реформ та демократизацію суспільних відносин, пішла шляхом широкого і довільного тлумачення ст. 49, чому сприяла також досить абстрактна конструкція її норм, яка не містила вичерпного чи орієнтовного переліку складу конкретних правопорушень закону учасників недійсної угоди. Останні кілька років цими вадами ст. 49 ЦК УРСР досить активно і не завжди коректно користувалися податкові органи. Такої можливості вони були позбавлені з моменту введення в дію нового ЦК України, який не передбачав цивільно-правової конфіскації, а отже, податкові органи були позбавлені права її застосовувати до договірних зобов'язань, які не підпадали під дію ГК України. Не випадково, що зміни до ст. 228 ЦК України та деяких інших законодавчих актів були внесені у зв'язку з прийняттям Податкового кодексу, адже це однозначно свідчить про зацікавленість у їх прийнятті насамперед податкових органів. Однак, на нашу думку, зміни до ст. 228 ЦК України не можна визнати продуманими і логічними, про що свідчить таке.

По-перше, виникла певна неузгодженість між текстом ст. 228 ЦК України та її назвою, яка первісно мала назву «Правові наслідки вчинення правочину, який порушує публічний порядок», а отримала нову — «Правові наслідки правочину, який порушує публічний порядок, вчинений з метою, що суперечить інтересам держави та суспільства». З тексту ч. 1 ст. 228 ЦК України випливає, що фактично «антипублічними» правочинами мають вважатися правочини, що порушують публічний порядок, але нічого не говориться про те, що вони одночасно є і такими, що суперечать інтересам держави і суспільства, хоча до такого визнання спонукає нова ре-

дакція назви цієї статті, але сама норма ч. 1 ст. 228 цього висновку не підтверджує.

Ця неузгодженість виявляється також у застосуванні поряд з терміном «правочин» у ч. 3 ст. 228 ЦК України терміна «угода», що свідчить про істотний прорахунок у використанні термінології, адже застосовані терміни нині не можуть розглядатися як тотожні. Очевидно термін «угода» був випадково запозичений з ЦК УРСР або з ГК України внаслідок поспішності у підготовці змін до ст. 228 ЦК України та відсутності науково-експертних оцінок цих змін.

По-друге, зміст ч. 1 і зміст ч. 3 ЦК України виявився неузгодженим і незбалансованим, адже в ч. 1 визначається перелік видів правочинів, що порушують публічний порядок, а в ч. 3 визначаються правові наслідки правочинів, що не відповідають інтересам держави і суспільства та вчинені сторонами (стороною) з умислом. Тобто може створюватися враження про те, що законодавець не ототожнює усі перераховані у ст. 228 ЦК України правочини, що знову ж таки засвідчує суперечність між назвою ст. 228 ЦК України та її змістом. Не знімає цієї проблеми доповнення ч. 1 ст. 203 ЦК України про те, що зміст правочину не повинен суперечити також інтересам держави, суспільства.

По-третє, у ч. 3 ст. 228 ЦК України передбачені різноплщинні правові наслідки недійсності правочину. За загальним її правилом у разі недодержання вимоги щодо відповідності правочину інтересам держави і суспільства, такий правочин може бути визнаний недійсним. Очевидно у такому разі мають застосовуватися загальні правові наслідки, встановлені ст. 216 ЦК України. У разі якщо такий правочин вчинений також з метою, що

завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, при наявності умислу в обох сторін або в однієї сторони застосовується, відповідно, двостороння або одностороння конфіскація одержаного за таким правочином. За таких обставин незрозумілою залишається роль ч. 2 ст. 228 ЦК України, яка встановлює нікчемність правочину, який порушує публічний порядок. Виникає запитання: яких правочинів вона стосується?

По-четверте, не відбулося гармонізації положень ст. 228 ЦК України і ст. 208 ГК України. Більше того, в певному сенсі суперечності між ними поглибилися.

Розбіжності між ЦК України та ГК України у врегулюванні питань недійсності правочинів та господарських зобов'язань можуть призводити до конкуренції норм цих актів, а врешті і до їх довільного застосування судами. По-різному тлумачитимуться досліджувані норми як сторони правочину (господарського зобов'язання) та інші особи, у тому числі податкові органи, зацікавлені у визнанні їх недійсними із застосуванням або незастосуванням конфіскаційних майнових наслідків.

У такій ситуації застосування ст. 208 ГК України супроводжуватиметься виникненням тих же проблем, які мали місце у застосуванні судами ст. 49 ЦК 1963 р., зумовлені її наведеними вище змістовними вадами. Однак найбільш ефективним засобом усунення можливих колізій між ЦК України і ГК України є внесення до них відповідних змін.

У науково-практичному коментарі до ГК України положення про визнання господарських зобов'язань недійсними, на жаль, виявилися фактично не прокоментованими. У коментарі до ст. 207 ГК України «Недійсність господарського зобов'язання» лише по-

біжно зауважено, що зобов'язаннями, вчиненими з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, є такі, які вчинені з метою ухилення від сплати податків, незаконного вивезення за кордон валютних коштів, матеріальних чи культурних цінностей, заподіяння руйнівних матеріальних збитків конкуренту тощо*. У такому коментарі важко знайти логіку та зміст критеріїв для такого судження.

У врегулюванні недійсності правочинів (господарських зобов'язань) за ЦК України та ГК України існують й інші проблеми. По-перше, по-різному буде тлумачитися питання недійсності господарського зобов'язання, укладеного з порушенням господарської компетенції (ст. 207 ГК України). По-друге, ГК України не містить належного механізму визнання господарських договорів недійсними, а відтак, ГК України вимагає термінового доповнення нормою про те, що на ці відносини мають поширюватися відповідні норми глави 16 ЦК України. По-третє, у ГК України невідповідно звужене коло осіб, які можуть звертатися з позовами про визнання господарських

зобов'язань недійсними. За статтею 207 ГК України таке право мають лише сторони або відповідний орган державної влади, в той час як за ст. 215 ЦК України правочин може бути визнаний недійсним на вимогу сторони або іншої зацікавленої особи.

Зважаючи на існуючі численні вади норм ЦК України та ГК України про недійсність правочинів та господарських зобов'язань у судовій практиці при розгляді справ цієї категорії, необхідно керуватися відповідними положеннями як ЦК України, так і ГК України з врахуванням висловлених застережень. Проте найбільш оптимальним вирішенням цієї проблеми може бути лише законодавчий перегляд норм ст. 228 ЦК України та ст. 208 ГК України з метою їх гармонізації та введення до них конкретних видів порушень укладання правочинів, які б слугували підставою застосування конфіскаційних санкцій. Лише у такому разі можна буде уникнути безпідставних порушень конституційного права фізичних і юридичних осіб на власність та дотримання визначального принципу непорушності права власності.

Дзера О. В. Цивільно-правова конфіскація в контексті змін ст. 228 ЦК України

Анотація. ЦК України 2003 р. не встановив конкретних правових підстав для застосування цивільно-правової конфіскації майна. У статті 354 ЦК України лише зазначено, що до особи може бути застосовано позбавлення права власності на майно за рішенням суду як санкція за вчинення правопорушення (конфіскація) у випадках, встановлених законом. Законом України від 2 грудня 2010 р. ст. 228 ЦК України була доповнена частиною третьою, яка передбачила конфіскацію майна, інших об'єктів цивільних прав у разі недійсності правочину, який порушує публічний порядок і вчинений з метою, що суперечить інтересам держави і суспільства. Аналізуються умови застосування такої конфіскації, виявлено наявність істотних редакційних та змістовних вад внесених змін і запропоновано внести до ст. 228 ЦК України нові зміни, зокрема передбачити в ній конкретні види правопорушень, які можуть слугувати підставою конфіскації майна.

Ключові слова: цивільно-правова конфіскація майна, позбавлення права власності на майно, антипублічний правочин, нікчемність правочину.

Дзера А. В. Гражданско-правовая конфискация в контексте изменений ст. 228 ГК Украины

Аннотация. ГК Украины 2003 г. не установил конкретных правовых оснований для применения гражданско-правовой конфискации имущества. В статье 354 ГК Украины лишь отмечено, что к лицу может быть применено лишение права собственности на имущество по решению су-

* Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / за ред. В. К. Мамутова. — К., 2004. — С. 343–345.

да как санкция за совершение правонарушения (конфискация) в случаях, установленных законом. Законом Украины от 2 декабря 2010 г. ст. 228 ГК Украины была дополнена частью третьей, которая предусматривала конфискацию имущества, других объектов гражданских прав в случае недействительности сделки, которая нарушает публичный порядок и совершена с целью, противоречащей интересам государства и общества. Анализируются условия применения такой конфискации, выявлено наличие существенных редакционных и содержательных недостатков внесенных изменений и предложено внести в ст. 228 ГК Украины новые изменения, в частности, предусмотреть в ней конкретные виды правонарушений, которые могут служить основанием конфискации имущества.

Ключевые слова: гражданско-правовая конфискация имущества, лишение права собственности на имущество, антипубличная сделка, ничтожность сделки.

Dzera O. Civil forfeiture in terms of amendments to art. 228 of the Civil Code of Ukraine

Annotation. The Civil Code of Ukraine dated 2003 has not specified particular legal grounds for application of the forfeiture of property. The art. 354 of the Civil Code of Ukraine specifies only that deprivation of proprietary right can be applied to a person under the court decision as a penalty for law-breaking (forfeiture) in cases established by law. The art. 228 of the Civil Code of Ukraine was enlarged with part 3, that specified the forfeiture of property, other objects of civil rights in case of invalidity of the deed that violates public order and is performed with a purpose contradicting to the interests of the state and society. Conditions of applying such forfeiture are analyzed, significant editorial and contextual shortcomings of the amendments are revealed and new amendments to the art. 228 of the Civil Code of Ukraine are proposed. It is proposed in particular to create in it specific types of law-breaking, which could be considered as a ground for the forfeiture of property.

Key words: civil forfeiture of property, deprivation of proprietary right, deed not in good faith, a void deed.

ЗАХИСТ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА НЕРУХОМЕ МАЙНО: ОКРЕМІ ПИТАННЯ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ



С. ПОГРІБНИЙ

*доктор юридичних наук, доцент,
член-кореспондент НАПрН України,
професор кафедри цивільного процесу
(Національний університет
«Одеська юридична академія»),
заступник голови Приморського районного суду
м. Одеси*

Невідворотно, з плином часу відбувається зміна законодавства, виникають, долаються, щоб знову постати на наступному етапі розвитку держави і права різноманітні правові проблеми, втім, залишаються завжди актуальними питання, пов'язані із забезпеченням охорони права власності. Певною мірою ця закономірність стосується й Української держави, на сучасному етапі розвитку права якої особливої актуальності набула ідея забезпечення та реалізації судового захисту речових прав на нерухоме майно, і, зокрема, право власності.

Подібна затребуваність пов'язана з динамічністю цивільного обороту, який отримав значний поштовх в останні 15 років, а також викликана недоліками існуючого механізму правового регулювання цих відносин, вадами практики цивільного обороту та правозастосування.

Визнаючи коло питань з обраної тематики досить широким, вважаємо за необхідне позначити лише окремі, найбільш проблемні, як видається, аспекти, які потребують найшвидшого вирішення та подолання у науці та

практиці. До числа названих проблем слід віднести таку, яка пов'язана з пошуком ефективного рішення, яке б мало на меті визначення чітких та досить простих критеріїв розмежування сфер застосування віндикації та реституції.

Сучасна українська судова практика, на жаль, не відзначається бездоганністю, їй притаманні такі риси, як непослідовність, неузгодженість тих рішень, які ухвалюються різними судами в однорідних випадках у царині цих відносин. Судова практика в Україні почасти вирізняється засиллям примітивізму, застосуванням занадто спрощених підходів при визначенні та обранні належного способу захисту порушеного цивільного права. Велика завантаженість судів загальної юрисдикції, недостатньо високий рівень кваліфікації суддівського корпусу на практиці спонукають шукати прості та універсальні рішення для вирішення досить складних правових проблем, пов'язаних із пошуком та обранням не тільки законного, а й справедливого за змістом рішення.

Подібний підхід, як видається, призвів до зловживання використанням такого способу захисту цивільних

прав, як визнання правочину недійсним і застосування наслідків його недійсності. Наслідком цього стало нехтування належними речово-правовими способами захисту права власності. Це відбулося не в останню чергу через те, що названі правові інструменти є більш витонченими, вимагають вищої правової кваліфікації, а тому є більш складними у застосуванні засобами захисту порушених цивільних прав власника.

Поділ способів захисту права власності залежно від характеру порушення та змісту захисту на речово-правові та зобов'язально-правові є досить традиційним, хоча питання про поділ цих способів викликав у науці та практиці дискусію про допустимість конкуренції різних за природою позовів під час захисту права власності [1, 30].

За однією з точок зору, за наявності між сторонами договірних відносин доцільніше застосовувати способи захисту права власності, що мають зобов'язально-правовий характер, як спеціальні та такі, що найбільш оптимально враховують усі нюанси взаємовідносин сторін [1, 43].

Й. Покровський, визначаючи природу вимоги кредитора про передачу йому *in natura* придбаної речі, коли вона знаходиться в руках боржника, та визначаючи належний засіб захисту порушеного права, вказував на таке. Теоретично найбільш ідеальним засобом був би такий, який надавав би кредитору саме те, що визначає зміст зобов'язання, й там, де це технічно можливо, право не має підстав відмовлятися від виконання *in natura* [2, 242]. З цього випливає, що критерієм визначення належного способу захисту має бути не тільки зміст зобов'язання, що існує між сторонами, а й практична доцільність.

Ілюструючи іншу точку зору, наведемо позицію М. Брагінського, який

вважає, що й речове право, й зобов'язальне здатні до захисту за допомогою подібних засобів: суб'єктивне, зобов'язальне за природою, право здатне до захисту його за допомогою засобів, що є подібними до тих, що застосовуються до того ж суб'єктивного, втім, іншого за природою — речового — права [3, 123].

Проте за зовнішньою подібністю маємо різні за змістом та сферою застосування способи захисту речових прав, останнє не можна не врахувати. Правило про недопущення конкуренції позовів видається авторові цієї статті аксіоматичним, властивим чинній правовій традиції в Україні. Втім, для правила про недопустимість конкуренції позовів, що виключає можливість обрання способу захисту порушеного права уповноваженою особою на власний вибір, нині не є властивим послідовне втілення в юридичній практиці.

Звернемося до поширених помилок у сучасній судовій практиці.

Однією з основних проблем сучасної судової практики є її непослідовність у питанні розмежування сфер застосування реституції та виндикації нерухомої речі. Перший крок у подоланні цієї проблеми зроблений у результаті прийняття постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» від 6 листопада 2009 р. № 9. У пункті 10 зазначеної постанови мова йдеться про таке. Реституція як спосіб захисту цивільного права (ч. 1 ст. 216 ЦК України) застосовується лише в разі наявності між сторонами укладеного договору, який є нікчемним чи який визнано недійсним. У зв'язку з цим вимога про повернення майна, переданого на виконання недійсного правочину, за правилами

реституції може бути пред'явлена тільки стороні недійсного правочину. Норма ч. 1 ст. 216 ЦК України не може застосовуватись як підстава позову про повернення майна, переданого на виконання недійсного правочину, яке було відчужене третій особі. Не підлягають задоволенню позови власників майна про визнання недійсними наступних правочинів щодо відчуження цього майна, які були вчинені після недійсного правочину. У цьому випадку майно може бути витребуване від особи, яка не є стороною недійсного правочину, шляхом подання віндикаційного позову, зокрема від добросовісного набувача — з підстав, передбачених ч. 1 ст. 388 ЦК України.

Таке обмеження застосування реституції є абсолютно виправданим. Викладене розуміння цивільно-правового закону вказує, по-перше на обмеження кількості правочинів, які можуть бути визнані недійсними, лише першим із них, стороною якого є позивач; по-друге, за правилами реституції не може бути за рішенням суду повернуто майно, передане на виконання недійсного правочину, та яке перебуває не у сторони такого правочину.

Іншим висновком є те, що підставою для визнання наступних правочинів недійсними не може бути лише визнання недійсним першого з ланцюга таких правочинів. Це має змінити поширену нині судову практику, оскільки попередньо суди часто вдавалися до дослідження лише законності першого з оспорюваних правочинів, а висновок про недійсність першого правочину ставав основною підставою для визнання недійсними усіх інших правочинів. Це повністю вихолощує віндикаційний захист права власності, в реалізації якого знайшла своє втілення ідея пошуку компромісу між інтересами власника, який втратив во-

лодіння своєї речі, та інтересами цивільного обороту в цілому.

Слід визнати, що ідеї, закладені в п. 10 зазначеної постанови Пленуму Верховного Суду України, проведено не завжди послідовно, оскільки у п. 5 цієї постанови зазначено, що відповідно до статей 215 та 216 ЦК України вимога про визнання оспорюваного правочину недійсним та про застосування наслідків його недійсності, а також вимога про застосування наслідків недійсності нікчемного правочину може бути заявлена як однією зі сторін правочину, *так і іншою заінтересованою особою, права та законні інтереси якої порушено вчиненням правочину.*

Для розгляду справ, в яких досліджується питання про повернення речі власникові, який втратив її в результаті цілого ланцюга недійсних правочинів, має значення певна логіка та послідовність дослідження обставин у справі. Насамперед, визначаючи логіку та послідовність дослідження судом різних питань, пов'язаних із обранням та застосуванням належного способу захисту права власності, констатація факту недійсності правочину є лише першим етапом під час дослідження правових питань захисту права власності, якщо власник намагається у той чи інший спосіб повернути собі майно.

На другому етапі суд має дати відповідну правову оцінку діям так званого добросовісного набувача, визначивши добросовісність характеру його поведінки, оплатність чи безоплатність способу набуття речі.

Як вже зазначалося, під час розгляду справ, в яких досліджується ланцюг заперечуваних угод, сьогодні є поширеною практика, за якою судом, як правило, достеменно встановлюється факт недійсності лише першої угоди

(правочину), а висновок про її недійсність — досить часто без самостійного дослідження та окремого обґрунтування — стає підставою для визнання недійсними усіх наступних правочинів. За таких умов суди досить спрощено застосовують принцип, відомий ще римському праву: «не можна передати більше прав, ніж маєш сам». Подібний підхід призводить до штучного спрощення складної правової ситуації, нехтування застосуванням належного способу захисту, пов'язаного з пошуком справедливого компромісу між інтересами власника, що заслуговують на увагу, який втратив володіння своєї речі та титул права власності, з одного боку, та інтересами добросовісного набувача цієї речі, а разом із ними й інтересами всього цивільного обороту. Як відомо, головною якісною характеристикою цивільного обороту є його стабільність, забезпечення якої є умовою функціонування успішної економіки.

Зрозуміло, що в ситуації, коли власник речі не може бути охарактеризований як «добрий господар», з одного боку, та за відсутності претензій до добросовісності поведінки набувача спірного майна, з другого, слід визнавати за таким добросовісним набувачем переважне право на захист та врахування більшою мірою саме його прав та інтересів під час вирішення спору та визначення майбутньої долі спірного майна. За відсутності вказаних характеристик поведінки сторін висновок має бути протилежним.

Необхідно враховувати, що рівень розвитку цивільного обороту в Україні повільно змінюється в бік його ускладнення, вимоги забезпечення стабільності цивільного обороту відповідним чином впливають на домінуючу судову практику. Подібні зміни повинні спричинити зміни у ставленні

до постаті добросовісного набувача, що змушує суди у кожній ситуації не оминати своєю увагою цю особу, її суб'єктивні права та законні інтереси.

Враховуючи, що терміни «віндикація» та «реституція» були рецепційовані з давньоримського права, звернемося до історії та первинного змісту цих правових категорій.

Як зазначає С. Моргунов, термін «реституція» в ЦК РФ не застосовується (що відповідає й термінологічному складу ЦК України). У вітчизняній цивільно-правовій науці та юридичній літературі починаючи з XIX ст. під реституцією прийнято розуміти повернення контрагентом усього отриманого за правочином (угодою) як наслідок його недійсності. На думку автора, сучасним російським законодавством це юридичне явище запозичено з римського права й, безумовно, не без змін. У римському праві під реституцією розумілося відновлення в попередньому стані як у процесуальних, так і матеріальних правовідносинах [4, 177–178].

Відомий дослідник римського права М. Бартошек звертає увагу на те, що *restitutio in integrum* — це відновленням у первинному стані, а за своїм характером є надзвичайним засобом, за допомогою якого претор з причин, які заслуговують на особливу увагу, усував окремі шкідливі наслідки цивільного права так, ніби вони взагалі не наставали [5, 278].

При цьому з часом основні причини та умови *restitutio* стали складовою частиною преторського едикту, тому сторони отримували право претендувати на захист у цих межах. У сфері матеріального права претор найбільше допомагав неповнолітнім, які внаслідок браку життєвого досвіду завдавали собі шкоду будь-якими юридичними діями. Допомагаючи дорослим,

претор визнавав ґрунтовними причинами: шахрайство, примушування, помилку, що має підстави на пробачення, зміну правового стану або відсутність із поважної причини [5, 278].

Отже, не можна говорити про поширене застосування реституції як доступного засобу захисту права власності. Застосування реституції було екстраординарним способом повернення сторін у первинний стан, а відповідно така вимога не конкурувала з вимогою про віндикацію речі.

Віндикаційний позов став класичним способом захисту права власності в римському праві. *Vindicatio* — у давньоримському праві — це самоуправна відплата за образу або захист від нападу, згодом — переслідування будь-якого беззаконня, позов, особливо *actio in rem*. Як зазначає М. Бартошек, термін *vindicatio* походить історично від *vim dicere* — оголошувати про застосування сили в разі відмови повернути річ з доброї волі й тим завершити спір. Давнє римське право наділило власника безумовною владою відшукувати та повертати собі спірну річ, де б він її не знайшов. З розвитком громадянського суспільства в Римі віндикація набуває значення права вимоги неволодіючого власника до неволодіючого невластника про реституцію — повернення речі [5, 327].

У сучасному цивільному праві України про витребування майна з чужого володіння йдеться у трьох випадках. Перший — стосується віндикаційного позову власника речі, що пред'являється до незаконного володільця речі та передбачений у ст. 387 ЦК України; ця правова норма надає право власнику вимагати повернення свого майна від будь-якої особи, яка незаконно, що характеризується як набуття без відповідної правової підстави, заволоділа ним.

Другий позов — це позов особи, яка має речове право на чуже майно, на пред'явлення віндикаційного позову до будь-якої особи, в якій без законних підстав це майно перебуває; це право передбачене у ст. 396 ЦК України. За змістом ст. 396 ЦК України, враховуючи природу речового права на чуже майно, право на пред'явлення цього позову має особа, якій належить таке речове право на чуже майно, здійснення якого передбачає перебування чужої речі у її володінні.

Враховуючи, що володіння у ЦК України віднесено до категорії прав на чуже майно (хоча такий підхід і не відповідає класичним уявленням про природу цього інституту та його місце в системі речово-правових інститутів), застосування положень статей 387, 396 та 398 (про підстави виникнення права володіння) ЦК України дозволяє поширити можливість застосування способів захисту права власності на всіх титульних володільців.

Третій позов — це позов про негайне повернення недобросовісним володільцем майна особі, яка є його добросовісним володільцем. Це правило міститься у ст. 400 ЦК України і по суті своїй є способом посесорного захисту фактичного володільця від протиправних посягань будь-якої третьої особи, оскільки умовою застосування цього способу захисту не є дослідження правової підстави виникнення володіння. До предмета дослідження входить встановлення добросовісного характеру виникнення володіння в особи, а також доведення факту перебування спірної речі у фактичному володінні особи до її втрати в результаті протиправних дій іншої — відповідача.

Даючи характеристику положенням ст. 400 ЦК України, можна стверджувати, що право вимагати повер-

нення майна надано не тільки власникові (ст. 387 ЦК України) та особі, яка має речове право на чуже майно (ст. 396 ЦК України), а й будь-якій іншій особі, яка має на нього інше право відповідно до договору або закону, а також надано таке право особі, яка взагалі не має на нього жодного права, але є його добросовісним володільцем [9, 524].

Про четвертий позов, що передбачає можливість пред'явлення вимоги про повернення речі від третьої особи, можна говорити досить умовно, оскільки правило про це сформульовано не досить коректно. Тут йдеться про захист давнісного володільця від посягань на його володіння до моменту трансформації його статусу та набуття ним статусу власника. Цей позов генетично походить від давньоримського *action in rem Publiciana*, втім, за сучасних умов не можна говорити, що в ч. 3 ст. 344 ЦК України цю вимогу сформульовано у дієвий спосіб, що має практичні перспективи.

Зміни у цивільному законодавстві винесли на порядок денний питання про можливість застосування за аналогією правил про віндикацію в разі збереження власником нерухомої речі у своєму володінні у випадку втрати титулу власника. Це питання, через свою надзвичайну складність, поки що не отримало належного варіанта свого вирішення, який би не викликав дискусійності обраного підходу. Опишемо ситуацію: йдеться про можливість застосування за аналогією віндикації (або іншого належного способу захисту) в правовій ситуації, коли спірне нерухоме майно, не вибуваючи з володіння власника, залишається у його фактичному володінні, проте за умов втрати ним титулу власника цієї речі.

Подібне стало можливим у результаті дії новелістичних положень ч. 1

ст. 334 ЦК України, відповідно до якої, якщо договір про відчуження майна підлягає державній реєстрації, право власності у набувача виникає з моменту такої реєстрації. Таким чином, для виникнення права власності, зокрема, на нерухоме майно, не вимагається передача речі. Порівнюючи ЦК УРСР 1963 р. та ЦК України 2003 р. у питанні визначення моменту виникнення права власності на нерухому річ, необхідно констатувати зміну концептуальних підходів і перенесення акцентів та провідної ролі від договору до публічної реєстрації права власності на нерухоме майно. Якщо раніше за правилами ЦК 1963 р. (статті 128, 227) виникнення права власності на нерухоме майно пов'язувалося з досягненням домовленості з усіх істотних питань та оформленням волевиявлення сторін, що збігається, у нотаріально посвідченому договорі, то в ЦК 2003 р. (ч. 2 ст. 331) ці відносини врегульовані іншим чином. ЦК 1963 р. не пов'язував момент виникнення права власності на нерухомість із моментом державної реєстрації договорів, що підлягали такій реєстрації [6, 17].

У континентальній Європі вирізняють дві великі течії, пов'язані із зобов'язальним ефектом купівлі-продажу та перенесенням права власності. М. Таламанка зазначає, що перша система ґрунтується на транслятивній домовленості (окрім можливих формальних та сутнісних реквізитів, таких як документування домовленості та сплата ціни), яка у сучасних системах призводить у будь-якому випадку до переходу права власності між сторонами та залишає відкритою проблему зобов'язального ефекту договору; в Європі ця система пов'язана з моделлю Кодексу Наполеона. В іншій системі передбачено розмежування між

titulus та *modus acquirendi*: проводить-ся розмежування між зобов'язальним договором чи іншою можливою підставою зобов'язання, які обґрунтовують, оскільки їх виконано, перехід права власності, з одного боку, та з другого — самим переходом права власності, який відбувається по-різному залежно від того, чи йдеться про речі рухомі (передача або сурогати передачі) або нерухомі, коли він (перехід) полягає в реєстрації переходу права в реєстрах нерухомості. Остання система притаманна Німецькому цивільному уложенню [7, 139].

Із запровадженням в Україні новітнього Цивільного кодексу є підстави стверджувати про зміну акцентів та перехід від однієї системи до іншої з описаних вище, оскільки акцент у питанні перенесення права власності з домінуючої у цьому ролі транслятивної домовленості змінено на самий перехід права у відповідному реєстрі нерухомості. Це на сьогодні на практиці призводить до того, що можливою є передача права власності незалежно від реальної передачі нерухомої речі та від дійсності правочину, що є підставою цього, чи правомірності самого титулу.

Повертаючись до питання про дійсність ланцюга заперечуваних власником правочинів, слід наголосити, що суд у своєму рішенні має дати відповідь на інше запитання, чи можна визнавати правомірними дії осіб, які беруть участь у декількох операціях з метою отримання добросовісного набувача? Як видається, слід визнати неправомірними дії осіб, які беруть участь у ланцюгу операцій стосовно спірного майна, спрямованих на штучну заміну особи власника, а також титулу власника спірного нерухомого майна, у ситуації, коли це майно фактично не вибуває з володіння власни-

ка, який здійснює щодо нього й решту своїх повноважень.

Зрозуміло, що велика кількість подібних трансакційних договорів має на меті в остаточному варіанті отримати добросовісного набувача, який претендуватиме на належний титул власника. Проте не беручи до уваги кількість договорів, які відділятимуть набувача речі від його належного власника, подібна обставина не повинна додавати діям зазначеного останнього набувача видимість правомірності та добросовісності, оскільки не відбувається заміна особи володільця. За таких обставин суд має оцінювати дії набувача та визначати його статус з огляду на те, чи є ці вчинки такими, як би вчинив «добрий господар», маючи дійсний намір стати власником певної речі.

Чи може вважатися добросовісною особа та чи може бути визнана ця особа такою, яка діє як «бережливий господар», якщо вона стає, наприклад, власником будинку лише «на папері», не здійснивши огляд цього майна. Відповідь є однозначною. Хоча при цьому слід застерегти, що знаходження речі у володінні особи визначається за фактом її перебування у господарському віданні володільця, на що, у свою чергу, впливають природні властивості та характеристики самої речі.

Іншу невирішену проблему становить питання про статус та правові наслідки судового рішення, що скасовано судом вищої інстанції або тим самим судом, яким у справі постановлено рішення.

Як це передбачено процесуальним законом, рішення суду першої інстанції, набувши законної сили та будучи тією чи іншою мірою реалізованим, може бути скасоване, а справу призначено до нового розгляду. Це стосується випадків ухвалення заоч-

ного рішення в разі його скасування за відповідною заявою відповідача, а також у разі перегляду рішення за нововиявленими обставинами, що не були відомі під час первинного розгляду справи та ухвалення рішення.

Іншою є ситуація, викликана тим, що рішення суду апеляційної інстанції після свого проголошення набуває законної сили, у зв'язку з чим сторона, на користь якої це рішення ухвалено, отримує право на реалізацію спірного майна. При цьому й відповідний Вищий спеціалізований суд, і Верховний Суд України мають право скасувати таке рішення. В обох описаних випадках існує проміжок часу — між набуттям рішенням суду законної сили та його скасуванням, у результаті чого дезавується його дія. Протягом цього часу спірне майно може бути реалізовано третій особі, яка не є учасником судового спору. Ефективність механізму застосування інституту повороту виконання обґрунтовано викликає сумніви, оскільки його дія за жодних умов не може бути поширена на тих осіб, які не брали участь у розгляді справи; застосовуючи поворот виконання, суд не вправі визнавати недійсними усі подальші угоди, укладені після ухвалення рішення суду (що було у подальшому скасоване).

Додатково необхідно враховувати, що особа, на користь якої постановлено судові рішення, яке у подальшому скасовано, мала право на подібні дії щодо відчуження спірного майна. При цьому дії набувачів слід визнати добросовісними навіть у ситуації, коли вони знали про наявність спору з приводу цього майна; подібна обставина не може бути поставленою їм у вину як підстава применшення характеру добросовісності їх дій. Таким чином, відсутні підстави апріорі робити висновки, що будь-які дії з майном, яке

перебуває «під судом» (за умови відсутності дійсної заборони суду про це), є недобросовісними.

Такі міркування про законну силу рішення, яке у подальшому скасовано як помилкове з висновком про його незаконність або як постановлене з неврахуванням істотних обставин, видаються переконливими, якщо не поглянути на інший бік цієї проблеми. Викликає серйозні заперечення теза, за якою помилкове та незаконне рішення може бути підставою для виникнення у набувача прав на майно іншої особи. Наведемо приклад.

У провадженні одного із судів м. Одеси перебувала цивільна справа, за результатами розгляду якої ухвалено рішення про визнання правочину дійсним та визнання права власності на певне нерухоме майно. На підставі рішення суду, за результатами розгляду зазначеної цивільної справи, визнано дійсним правочин, який не відповідав вимогам закону принаймні за формою, та право власності на спірне майно зареєстровано за позивачем у відповідному державному реєстрі.

У подальшому зазначене рішення, переглянуте за нововиявленими обставинами, як наслідок, скасовано, а справу призначено до нового розгляду. Як з'ясувалося згодом, вже після скасування рішення від імені відповідача виступала неуповноважена ним особа (ймовірно, на підставі сфальсифікованої довіреності). Дії представника відповідача були недобросовісними та не відповідали інтересам власника спірної речі.

Втім, протягом часу між набранням вказаним рішенням законної сили та його скасуванням відбулося укладення трьох договорів, предметом яких було відчуження спірного майна. Укладені договори мали на меті легітимізувати набуття речі останнім набу-

вачем, оскільки зміна власника цього майна відбувалася лише у тексті договорів, що не супроводжувалося фактичною його передачею іншій особі.

Подібний приклад невдалої судової практики досить обґрунтовано дає підстави для висновку, що за таких умов подібне неправомірне рішення суду не може бути достатньою та належною підставою для виникнення у сторони, на користь якої це рішення постановлене, правомірної набуті цивільних прав.

Таким чином, підбиваючи підсумок, можна зазначити таке.

У науці цивільного права та у практиці його застосування необхідно неухильно дотримуватися принципу чіткого розмежування сфери застосування різних способів захисту цивільних прав, в основі чого мають бути характер правових відносин між сторонами, характер порушення цивільного права та інтересу. При цьому розмежування реституційної та виндикаційної вимог має ґрунтуватися на чіткій кваліфікації правових відносин, що існують між сторонами, та на характері порушення права. З цього випливають такі висновки.

По-перше, судова практика повинна розвиватися шляхом застосування такого правового інструментарію, який є відповідним характеру порушення, а не шукати спрощені та універсальні засоби на всі випадки життя. Необхідно підтримати думку К. Скловського, що мета правозастосовної практики полягає у витісненні примітивізації, надмірного спрощення юридичної картини світу, які панували в останні десятиліття. Серед їх наслідків — відомий страх складних рішень, уникнення витончених юридичних інструментів. Утім, в умовах ускладнення обороту стає помітним, що застосування реституції в кон-

тексті захисту володіння та речових прав наполегливо вимагає звернення саме до складних технічних рішень, а прості рішення заводять у безвихідь [8, 496]. По-друге, у судовій практиці реституція повинна застосовуватись як нетиповий правовий засіб, що має публічно-правову природу, а тому досить обмежено.

Досліджуючи підстави та умови виникнення права на нерухоме майно, суду необхідно приділяти належну увагу під час дослідження обставин справи та надавати істотного значення не тільки факту реєстрації відповідного права у певному державному реєстрі, а й передачі речі набувачу, і цей факт має бути певним чином зафіксованим.

Слід підтримати факт освідомлення проблеми вибору належного способу захисту цивільних прав Верховним Судом України, а також спробу подолати їх. Втім, зазначена постанова Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 р. № 9 в обранні рішень з досліджуваної тематики не завжди вирізняється послідовністю та внутрішньою несуперечливістю. Чіткої та прийнятної відповіді про критерії розмежування сфер застосування виндикації та реституції цей доробок судової практики, на жаль, не містить.

Вимога про визнання правочину недійсним та застосування наслідків його недійсності не є способом захисту права власності у вузькому розумінні цієї категорії. Визнання правочину недійсним і застосування реституції в буквальному сенсі не має на меті захист саме права власності та повернення спірного майна безпосередньо власнику, оскільки основна мета полягає в усуненні негативних наслідків недійсного правочину, поверненні сторін у стан, що передував вчиненню такого правочину, безвідносно

до питання про власника спірного майна. Видається, що занадто широке за змістом визначення способів захисту права власності та невинуватене віднесення вимоги про визнання правочину недійсним (та застосування наслідків цього) призводить до змішу-

вання сфери застосування різних правових інститутів (зокрема з речово-правовими способами захисту права власності), а також до неврахування тих принципових розбіжностей, що існують між ними.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Кочеткова Ю. А. Соотношение вещно-правовых и обязательствено-правовых способов защиты права собственности : древнеримские истоки и современная Россия // Актуальные проблемы гражданского права / под ред. М. И. Брагинского ; Исследовательский центр частного права. — М., 2000. — Вып. 2. — 222 с.
2. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. — М., 1998. — 353 с.
3. Брагинский М. И. К вопросу о соотношении вещных и обязательственных правоотношений // Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика. Сборник памяти С. А. Хохлова / отв. ред. А. Л. Маковский ; Исследовательский центр частного права. — М., 1998. — 480 с.
4. Моргунов С. В. Виндикация в гражданском праве. Теория. Проблемы. Практика. — М., 2006. — С. 177–178.
5. Бартошек М. Римское право : (Понятия, термины, определения) / пер. с чеш. — М., 1989. — 448 с.
6. Ухвала колегії суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 24 лютого 2010 р. // Цивільне судочинство. Судова практика у цивільних справах. Науково-практичний юридичний журнал. — 2010. — Вип. 2 (16). — С. 17–19.
7. Таламанка Мария. Купля-продаж между обязательственным эффектом и переносом собственности // Вещные права : система, содержание, приобретение : сб. науч. тр. в честь проф. Б. Л. Хаскельберга / под ред. Д. О. Тузова. — М., 2008. — 464 с.
8. Скловский К. И. Собственность в гражданском праве : учеб.-практ. пособие. — М., 1999. — 512 с.
9. Цивільний кодекс України. Постатейний коментар у двох частинах / Керівники авторського колективу та відповідальні редактори проф. А. С. Довгерт, проф. Н. С. Кузнецова. — К., 2005. — Ч. 1. — С. 524.

Погрібний С. О. Захист права власності на нерухоме майно: окремі питання судової практики

Анотація. Наукова стаття має на меті визначення основних проблемних питань захисту прав на нерухоме майно, що виникають у судовій практиці. Звернено увагу на необхідність визначення чітких критеріїв для розмежування сфер застосування окремих способів захисту цивільних прав та обов'язків. Автор обґрунтовує тезу про доцільність недопущення конкуренції позовів, а за позивачем не визнається право на вибір бажаного способу захисту свого порушеного права виключно на власний вибір.

Ключові слова: захист прав на нерухоме майно, способи захисту цивільних прав, конкуренція позовів, добросовісний набувач, виндикаційний позов, реституція.

Погребной С. А. Защита права собственности на недвижимое имущество: отдельные вопросы судебной практики

Аннотация. Целью статьи является определение основных проблемных вопросов защиты прав на недвижимое имущество, возникающих в судебной практике. Обращено внимание на необходимость определения четких критериев для разграничения сфер применения отдельных способов защиты гражданских прав и обязанностей. Автор обосновывает тезис о целесообразности недопущения конкуренции исков, а за истцом не признается право на выбор способа защиты своего нарушенного права исключительно по собственному выбору.

Ключевые слова: защита прав на недвижимое имущество, способы защиты гражданских прав, конкуренция исков, добросовестный приобретатель, виндикационный иск, реституция.

Pohribnyi S. The protection of the right of ownership of real estate and individual questions of judicial practice

Annotation. The scientific article is about protection of right of ownership of real estate and the individual questions of judicial practice.

Key words: protection of real estate ownership rights, the methods of civil rights protection, competition of lawsuits, faithful acquirer, vindicatory claim, restitution.

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ОХОРОНА ВЛАСНОСТІ



Є. СТРЕЛЬЦОВ

*доктор юридичних наук, доктор теології,
професор, член-кореспондент НАПрН України,
проректор з навчальної роботи,
завідувач кафедри кримінального права,
кримінального процесу та криміналістики
(Одеський національний університет
імені І. І. Мечникова),
заслужений діяч науки і техніки*

В Україні відбуваються масштабні соціальні й принципові економічні зміни. Складовою частиною цих процесів є власність у своєму економічному та правовому визначенні. Взагалі власність — це складний філософський, економічний та соціальний феномен, який потребує свого якісного і виваженого правового супроводження, яке, у свою чергу, повинно містити як загальні, так і галузеві правові можливості. Для того щоб це відбувалось на належному рівні, необхідно розуміти суть цього комплексного феномену, його ознаки, складові тощо. В Україні проблеми цивільної відповідальності, правового регулювання відносин власності традиційно досліджують академіки НАПрН України, професори: Н. Кузнєцова, В. Луць, Я. Шевченко, члени-кореспонденти НАПрН України, професори: О. Дзера, Р. Майданик, І. Спасько-Фатєєва та ін. Але сучасні реформи, необхідність їх адекватного правового забезпечення багато в чому потребують подальшого дослідження цих проблем, нових поглядів на соціальні процеси, які в нас відбува-

ються, нової оцінки сучасної правової дійсності, в тому числі й представниками інших галузей права. Тому певні роздуми, які будуть викладені в цій публікації, слід розглядати не стільки як фіксацію певної правової реальності, скільки як привід для подальшого обговорення цих складних соціально-правових проблем.

Власність і право

Відносини власності (привласнення) становлять основу функціонування будь-якого суспільства [1, 263]. Традиційно вважається, що власність виконує, умовно кажучи, майнові функції, відстоюючи тим самим насамперед приватні інтереси*. Тому основне правове регулювання відносин власності як встановленої законом міри дозволеної поведінки відповідної особи по володінню, користуванню та розпорядженню майном, яке їй належить, надається цивільному праву.

Але потрібно обов'язково враховувати, що власність виконує і важливі публічні функції, надаючи тим самим загальносуспільну цінність відповідним цінностям та визначаючи прин-

* Дуже часто поняття «власність» і «капітал» використовуються, особливо представниками інших галузей знань, як синоніми. Але потрібно враховувати, що капітал — це тільки така частина власності, яка надає її власнику регулярний дохід протягом тривалого періоду.

ципові положення конкретної держави. Власність, поряд із суто майновими функціями, взагалі є фундаментом усієї економічної системи, що, у свою чергу, визначає соціально-економічну модель суспільства та багато в чому детермінує суспільно-політичний устрій держави. Це має зворотну дію, тому що наявність певного суспільно-політичного устрою, «бажання» надати стабільності його функціонуванню потребує від держави та суспільства заходів, спрямованих на збереження існуючих основ економіки.

Більш конкретну змістовність усім цим взаємопов'язаним процесам багато в чому надає саме форма власності. Наприклад, відомо, що в основі ринкової моделі лежить приватна власність на засоби виробництва, що, у свою чергу, надає необхідної капіталізації процесам державного будівництва. Водночас суспільно-політичний устрій, який нещодавно в нас проголошувався, визначався плановою моделлю економіки, в основі якої знаходилась уже суспільна власність на засоби виробництва. До речі, саме неефективне використання власності призводить до непродуктивного функціонування економіки, що на наступному етапі не відповідає цілям подальшого розвитку суспільства, і, як підтверджує історичний досвід, може «провокувати» принципові реформаторські процеси. У будь-якому випадку таке більш повне розуміння соціально-економічних функцій власності дає змогу стверджувати, що поряд з майновими вона виконує й інші важливі соціальні завдання, які реально впливають на процеси державотворення, мають суспільно-громадське визначення і тому надають їй вже і значний публічний характер.

Публічний характер власності виявляється і на більш, умовно кажучи,

індивідуальному рівні, а саме: у низці важливих спрямувань, які регулюють її відносини з людиною. Так, у ст. 17 Загальної декларації ООН з прав людини, у ст. 1 Першого протоколу Європейської конвенції захисту прав і основних свобод людини, у ст. 41 Конституції України закріплено право кожної людини володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю. Розуміння цього дає можливість вважати, що порушення цих важливих правових положень не тільки повинно розглядатись як заподіяння майнової шкоди особі, а і як порушення одного з основних прав людини, а саме права володіти своєю власністю.

Потрібно звернути увагу, що такий характер власності виявляється й при більш детальному аналізі положень чинного цивільного законодавства завдяки тому, що положення цього законодавства охороняються насамперед публічними засобами або, на думку Н. Кузнєцової, взагалі не містять ознак цивільних правовідносин, а відтак не належать до предмета цивільно-правового регулювання і не підпадають під дію норм цивільного права [2, 12]. Крім того, при аналізі низки статей Цивільного кодексу, наприклад статей 1–3 та інших, можна побачити певні публічно-правові положення, які полягають у необхідності діяльності суб'єктів цивільних правовідносин суто в межах діючих правових приписів, встановлення меж реалізації інтересів однієї сторони з урахуванням обсягу обов'язків другої сторони тощо.

Таке досить детальне обґрунтування дає можливість стверджувати, що власність, поряд з приватною функцією, виконує ще низку важливих функцій, які в основному спрямовані на підтримку інтересів суспільства та держави, що, у свою чергу, надає змогу

залучати до регулювання, в широкому розумінні цього визначення, відносин власності й галузі публічного права. Це, наприклад, стосується положень таких матеріальних галузей права, як конституційне, господарське, адміністративне, положення яких закріплюють визначення понять відносин власності, прав власності, захисту відносин та прав власності. Взагалі публічне право — це та частина системи діючого права, норми якого спрямовані на захист загальносуспільних благ, на відміну від приватного права, яке захищає особисті інтереси людини у всіх сферах її соціального життя.

Власність і кримінальне право

Традиційно в таких процесах бере участь і класична галузь публічного права — кримінальне право. В Особливих частинах усіх останніх Кримінальних кодексів існував окремий розділ (глава), де зосереджувалися злочини проти власності. У чинному КК України, який був прийнятий у 2001 р., злочини проти власності зосереджені в Розділі VI Особливої частини. Слід наголосити, що в цьому розділі зібрані такі суспільно небезпечні діяння, які посягають на чужі речі та мають насамперед майновий характер. В усіх інших випадках, коли, наприклад, власність має непропрієтарний характер (інтелектуальна власність) або речі мають такі ознаки, які, на думку законодавця, відіграють більш важливу роль у суспільному житті, ніж майнова (наприклад зброя або наркотичні засоби), то при правовій оцінці таких суспільно небезпечних діянь, які пов'язані, наприклад, з їх вилученням, вони не розцінюються як майнові злочини. Це підкреслює, що предметом злочинів проти власності є речі, які повинні мати певну обов'язкову групу ознак, виділяючи тим самим майновий характер цих ре-

чей. Потрібно додати, що, враховуючи такий характер цих злочинів, традиційно вважалось, що вчинення злочинів проти власності має спричинити тільки пряму матеріальну шкоду. Всі інші види наслідків, які могли супроводжувати ці злочини, наприклад «упущена вигода», знаходились за межами кримінально-правового розуміння. Але зараз, у деяких випадках, відбувається певна відмова від цього загального правила.

У подальшому, для більш детально-го та змістовного розуміння злочинів, які зібрані в цьому розділі, проводиться їх певна кримінально-правова систематизація, в основі якої лежить насамперед мотив скоєння таких злочинів. У зв'язку з цим виокремлюють три основні групи злочинів усередині цього розділу: корисні злочини проти власності, некорисні злочини проти власності та група, яка має умовну назву «інші злочини проти власності». У свою чергу, корисні злочини проти власності вже за умов способу вчинення таких діянь поділяються на дві підгрупи: розкрадання (викрадання) та корисні злочини проти власності без ознак розкрадання (викрадання).

Традиційно прийнято вважати, що найбільш суспільно небезпечними вважаються злочини, які належать до групи діянь, пов'язаних з розкраданням (викраданням). Тому основним способом, у широкому розумінні цього визначення, вчинення всіх злочинів, які входять у цю групу, є вилучення. Визначення загального поняття «вилучення» в нашому законодавстві не закріплено, але теорія та судова практика пропонують низку таких визначень, які практично не мають принципових відмінностей, а швидше відрізняються своїм обсягом.

У зв'язку з тим, що вилучення може здійснюватися за допомогою різних

людських навичок та звичок, у різних умовах, воно багато в чому може визначатися психофізичними особливостями винної особи, що дає змогу виокремити сім форм здійснення вилучення: крадіжка, грабіж, розбій, шахрайство, привласнення, розтрата, здійснення вилучення шляхом зловживання службовим становищем. Крадіжка — це таємне вилучення чужого майна. Грабіж — це відкрите вилучення чужого майна. Розбій — це напад з метою заволодіння чужим майном. Шахрайство — це заволодіння чужим майном шляхом обману або зловживання довірою. Розтрата та привласнення — це вилучення чужого майна особою, яка має певні повноваження стосовно цього майна. Вилучення чужого майна шляхом зловживання службовим становищем передбачає, що таке вилучення здійснюється не просто службовою особою, а службовою особою саме з використанням свого службового становища. Потрібно додати, що встановлення кожної форми вилучення в діяннях відповідної особи потребує встановлення ознак, які характеризують її внутрішнє відношення до цих діянь, а саме: мотив їх скоєння, мета, яку планувалось при цьому досягти, та ін.

У зв'язку з тим, що всі злочини проти власності посягають на чуже майно і тим самим завдають матеріальної шкоди потерпілому, встановлення такої шкоди, практично для всіх таких злочинів є обов'язковим. Тому виокремлюють і чотири види розкрадання (викрадення): простий, значний, великий та особливо великий, в основі яких і лежить розмір такої шкоди. Враховуючи важливість його встановлення, законодавець надає офіційне тлумачення трьом з чотирьох видів вилучення, застосовуючи при цьому не сумарні (грошові), а пропорційні критерії.

Необхідність встановлення розміру такої шкоди пов'язана з необхідністю чіткого встановлення моменту закінчення розкрадання (вилучення), тому що це може впливати на відповідальність не тільки безпосереднього виконавця, а й інших співучасників. Існує загальне визначення моменту закінчення розкрадання (викрадення). Воно вважається закінченим за наявності двох обов'язкових взаємопов'язаних ознак: особа повинна вивести майно з володіння (вилучити) власника або особи, яка його заміщує, і вчинити з цим майном хоча б первісні дії (передати, заховати), надаючи змогу вважати, що вона вже фактично поставила себе на місце власника і має змогу розпорядитися цим майном як «своїм».

Потрібно сказати, що практично єдиними є ознаки, які визнаються кваліфікуючими для усіх розкрадань (викрадань). Це: вчинення вилучення за попередньою змовою групою осіб, організованою групою, повторно, з проникненням у житло, інше приміщення чи сховище.

Наявність усіх цих попередніх положень дає змогу законодавцю «побудувати» систему кримінально-правових норм, передбачаючи відповідальність за розкрадання (викрадення), у зв'язку з тим, що кожна форма вилучення має свою сукупність кримінально-правових норм, які систематизуються у відповідній статті КК України. Всі інші ознаки, які вище були названі, виступають, умовно кажучи, як положення, які додатково індивідуалізують кримінальну відповідальність за вчинення розкрадань (викрадань). Досить звична картина побудови системи розкрадань (викрадань) все ж несе у собі певну дискусію. Вона пов'язана з тим, що існує певна розбіжність між проголошеною основною

суспільною небезпекою від таких діянь та тими ознаками, що є основними при побудові відповідальності за ці злочини. Так, вчинення майнової шкоди як основна ознака суспільної небезпечності цих злочинів виступає не як основна, а як додаткова ознака, яка не має свого особистого визначення. Особисте визначення мають форми вчинення цих злочинів, тобто ознаки, які характеризують особу, яка їх вчинила. Таке рішення є, як вже було зазначено, досить звичним, але, на нашу думку, воно все ж потребує додаткової аргументації.

Ще одна підгрупа корисних злочинів теж має мету незаконного збагачення, але ці дії здійснюються без вчинення вилучення. До цієї групи традиційно відносять вимагання, заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою, незаконне привласнення особою знайденого або чужого майна, що випадково опинилось у неї.

Група некорисних злочинів теж причиняє майнову шкоду, містить суспільно небезпечні діяння, які можуть мати різні мотиви і цілі, але вони не повинні мати корисного мотиву. Тут теж є певна дискусійність, яка полягає в тому, що некорисні злочини проти власності розглядаються як діяння, які є менш суспільно небезпечними, ніж корисні злочини проти власності. Це теж дискусійна теза, тому що у корисних та некорисних злочинів проти власності є одна основна соціально-негативна ознака: вони завдають шкоду відносинам власності. А як це робиться, який мотив лежить в основі цих діянь, яку мету вони переслідують, це більшою мірою характеризує суб'єкта цих діянь і, на нашу думку, має вторинну суспільну небезпечність.

Ще одна група злочинів має назву «інші злочини проти власності». Це

пов'язано з тим, що злочини, які належать до цієї групи, опосередковано посягають на відносини власності.

Закінчуючи короткий аналіз «економічного» кримінального права, обов'язково необхідно звернути увагу і на ті положення, які мають бути характерними як для цієї частини кримінального права, так і для всього кримінального права, і недотримання яких може мати значні соціально-негативні наслідки.

Основна теза полягає в тому, що цивілізований підхід до оцінки соціальних завдань та правових можливостей кримінального права потребує, щоб воно завжди розглядалось як «*ultimo ratio*» (останній засіб) у державному арсеналі для впливу на суспільно небезпечні діяння, які вчиняються. Це підкреслює, що кримінально-правові можливості держава повинна використовувати тільки після того, як вона вже вичерпала усі свої інші можливості для подолання негативних діянь. Тому надання відразу «первісного» характеру кримінально-правовим діянням не тільки може не мати необхідної ефективності, а й може породжувати значні додаткові суспільно негативні наслідки. Наприклад, це може створювати суб'єктивне застосування права, виникнення так званих подвійних стандартів у застосуванні права, проблеми практичного застосування таких положень правоохоронними органами тощо. А це, у свою чергу, впливає і на загальний авторитет держави в очах пересічних громадян, тому що коли офіційно забороняється якась поведінка, а в житті вона продовжує існувати, то природно з'являється думка про примарність державних рішень, неможливість держави довести до кінця свої рішення, відсутність політичної волі тощо.

Додаючи до цього ще декілька аргументів, потрібно розуміти, що процеси криміналізації не тільки «створюють» нові злочини, протидія яким, за наведених вище умов, може не мати необхідної ефективності. Такі процеси передбачають і виділення та переведення в іншу соціальну групу, тобто в групу злочинців, певної кількості громадян. Тому виникає резонне запитання: «створюючи» нові злочини і нових злочинців, чи завжди готова держава для реальних дій щодо таких діянь, покарання та соціальної реабілітації осіб, які вчиняють такі дії, чи держава заздалегідь сама собі створює певні проблеми, які вона не у змозі буде потім вирішити? Тому це дуже важливе положення, яке ми протягом вже багатьох років намагаємось ввести у правотворчу практику. Такі роздуми в жодному випадку не вказують на «другорядність» можливостей кримінального права. Навпаки, саме його значні «жорстокі» можливості об'єктивно потребують дуже дозованого їх використання. У будь-якому випадку такий підхід до визначення завдань та можливостей кримінального права відповідає загальновідомим вимогам до права, яке за своїм змістом повинно мати об'єктивний характер, тобто відповідати природі існуючого державного устрою і виступати універсальним регулятором поведінки людей у всіх сферах суспільного життя.

Кримінально-правова охорона — це, як відомо, не тільки встановлення кримінальної відповідальності за злочини проти власності. Це також і система попереджувальних заходів, наявність яких повинна здійснювати так звану випереджальну функцію в діяльності держави у протидії як злочинам проти власності, так і злочинам у сфері економіки загалом. Тут теж, на

нашу думку, необхідне певне переосмислення тих програм, комплексів заходів, які ми звикли традиційно визначати.

Говорячи про необхідність виваженого й обґрунтованого застосування заходів кримінально-правового напрямку, в тому числі й за злочини проти власності, необхідно звернути увагу ще на низку важливих положень, необхідність аналізу яких визначається проблемами, які багато в чому пов'язані з тим складним перехідним етапом, який існує зараз у розвитку нашої держави. Для цього є об'єктивні приводи. Але не будемо їх деталізувати, звернемо увагу лише на окремі [3].

Власність, розподільні відносини та проблеми права

Що сьогодні розрізняє злочини проти власності та цивільні правопорушення проти власності: характер дій, розмір завданої шкоди, психічне відношення до вчинених діянь, ознаки, які характеризують суб'єкта цих дій? Розглядаючи це в межах «своєї» галузі, таких питань, як правило, не виникає. А ось коли починаєш дивитися на такі діяння відразу з позицій декількох галузей права, то все видається не таким чітким. Є певні проблеми і в загальній визначеності цивільного та кримінального права в зарубіжній практиці. Наприклад, у законодавстві деяких штатів США вказується, що цивільне право — це таке право, яке має на меті вирішення некримінальних спорів*.

Складнощі такого розмежування мають і свої природні історичні причини. Ми вже нагадували думку відомого українського цивіліста, професора Ю. Червоного, який, мабуть, поділяючи атеїстичну точку зору походження людини, вважав, що коли наші пращу-

* <http://members.mobar.org/civic/WhatIsCivilLaw.htm>.

ри ще сиділи на деревах, та одна мавпа відібрала в іншій мавпі банан, і саме тоді з'явилось цивільне та кримінальне право. У цьому вислові дуже чітко підкреслюються єдині «джерела» походження цивільного та кримінального права у встановленні відповідальності за майнові правопорушення.

Відповідаючи на це складне запитання, потрібно знову повернутися до аналізу публічно-правових положень, багато з яких покладенні, як вище ми вже доводили, і на відносини власності. Наприклад, власність, її характер, форми та інші змістовні ознаки безпосередньо впливають не тільки на економічну модель суспільства та суспільно-політичний устрій у державі, а й на концепцію розподільних відносин, які, на нашу думку, повинні офіційно проголошуватися в кожному цивілізованому суспільстві. Відомо, що зовнішньорозподільні відносини частіше за все проявляють себе як існуючі в суспільстві умови соціальної справедливості, як обставини, які мають виключити будь-які форми соціальної несправедливості, як умови, які встановлюють певною мірою рівні стартові можливості для усіх членів суспільства. Тому зміст і характер розподільних відносин у суспільстві вважаються важливою стратифікаційною ознакою.

При цьому необхідно враховувати, що саме відносини власності визначають певні пріоритети в розподілі ресурсів, доходів і створених у суспільстві благ і послуг. Але, з другого боку, самі розподільні відносини виступають як основна ланка в реалізації відносин власності [4, 48].

Наприклад, у минулій моделі суспільно-політичного устрою офіційно було закріплено, що основою розподільних відносин, соціальним правом для отримання споживчих благ є

суспільно корисна праця. Тому тоді вважалось, що, наприклад, корисні злочини проти власності, поряд із заподіянням матеріальної шкоди потерпілому, порушували один із найважливіших принципів існування такої моделі соціального розвитку, що і створювало достатній привід для застосування публічно-правових заходів.

А чи можемо ми назвати сьогоднішні принципи положення, які характеризують сучасні розподільні відносини? Це, на нашу думку, буде досить складно, в будь-якому випадку, достатньої чіткості в цьому немає. Це, у свою чергу, знову дає змогу визначити ще одну важливу публічно-правову проблему, яка тяж пов'язана з відносинами власності.

Власність не тільки знаходиться в основі визначення соціально-економічної моделі суспільства і суспільно-політичного устрою держави. Вона певною мірою може формувати і так звані сумісні визначення. Наприклад, комплекс змістовних характеристик власності визначають концептуальні положення, які мають свій вияв у розподільних відносинах, які вже потім закріплюються на рівні державної політики. Саме розподільні відносини допомагають, на нашу думку, найбільш точно зрозуміти принципові положення, які характеризують визначення конкретної держави, її основні політичні та економічні складові. У будь-якому випадку, в кожному типі суспільно-політичного устрою мають бути більш-менш офіційно, але обов'язково закріплені принципи розподільних відносин. Це є необхідним з багатьох суттєвих причин.

Нині положення є більш складними, тому процеси становлення ринкових відносин, організація функціонування відмінного від минулого економічного механізму потребують

принципових змін до визначення змісту розподільних відносин. Наприклад, моделі людської поведінки, які ще нещодавно вважались такими, що суперечать суспільній моральності, наприклад користь, в основі якої лежить негативне, з точки зору того часу, прагнення до збагачення [5,152], зараз розглядається як один з найбільш позитивних мотивів, наявність якого не тільки дає відповідну характеристику людині, а й має сприяти продуктивному розвитку економіки. Все це можна продовжувати. Але як у таких випадках показати, що відповідні діяння спрямовані не тільки на майно, яке не належить особі, що їх вчиняє, і тим самим має тільки приватноправовий характер, а й посягають на загальні державні принципи, які акумулюють у собі відповідні публічні інтереси.

Потрібно сказати, що коли відходиш від первісного ознайомлення із зарубіжним кримінальним законодавством і починаєш здійснювати практичні порівняльно-правові дослідження, то розумієш, що як зі змістовної, так і з точки зору законодавчої техніки не все спокійно у «датському королівстві». У будь-якому випадку, сучасні спроби аргументувати необхідність так званої спрощеної системи

відповідальності за злочини проти власності в низці зарубіжних країн, які мають достатню кількість прихильників, з нашої точки зору багато в чому якраз і викликані обставинами, які не дозволяють бачити порушення публічних інтересів при вчиненні таких злочинів. Взагалі такий підхід можна розглядати як свідому чи несвідому спробу, надати «неприродних» приватноправових ознак кримінальному праву, яке завжди повинно мати публічно-правовий характер.

Отже, розвиваючи попередню тезу на більш загальному рівні, можна сказати, що відносини власності та розподільні відносини — це соціально-економічна платформа, а проголошені індивідуальна мораль, суспільна моральність, державна ідеологія — це, як відомо, інститути надбудови над цією платформою. І у випадках коли існує певне «порозуміння» між базисом та надбудовою, можливим є поєднання основних положень цих сфер для розробки реальної загальної концептуальної програми нашого суспільного розвитку, яку традиційно називають національною ідеєю і яка дуже потрібна нашій державі для вирішення низки найважливіших соціально-політичних проблем.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Баштянин Г. Л., Шевчук Є. С. та ін. Політична економія : навч. посіб. / за ред. Г. І. Баштянина, Є. С. Шевчука. — Л. : «Новий Світ — 2000», 2004. — 480 с.
2. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. — 2-ге вид., переобл. і допов. / за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. — К., 2006. — Т. 1. — 832 с.
3. Економічні злочини : теоретичний погляд / передм. акад. В. В. Сташиса. — О., 2001. — 164 с.; Економічні злочини : внутрідержавні та міжнародні аспекти / передм. проф. Джесса Мегхена (Іллінойський університет, США). — О., 2000. — 484 с.; Экономическая преступность в Украине / предисл. проф. Мартина Финке (Университет г. Пассау, ФРГ). — Одесса, 1997. — 572 с.
4. Воробьев Е. М., Гриценко А. А., Ким М. Н. Экономическая теория : учеб. пособие. — Харьков, 1997. — 406 с.
5. Юридический энциклопедический словарь / гл. ред. А. Я. Сухарев ; ред. кол. М. М. Богуславский, М. И. Козырь, Г. М. Миньковский и др. — М., 1984. — 415 с.

Стрельцов Є. Л. Кримінально-правова охорона власності

Анотація. У статті аналізуються складні проблеми кримінально-правової охорони власності. Звернено увагу на положення, які надають такий охороні об'єктивного характеру, у тому числі: на публічні функції власності, її роль у визначенні суспільно-політичного устрою держави, формування розподільних відносин.

Ключові слова: економічна модель, розподільні відносини, «ultima ratio» (останній засіб), злочини проти власності, їх система.

Стрельцов Е. Л. Уголовно-правовая охрана собственности

Аннотация. В статье анализируются сложные вопросы уголовно-правовой охраны собственности. Обращено внимание на положения, придающие такой охране объективный характер, в том числе: на публичные функции собственности, ее роль в определении общественно-политического уклада государства, формирование распределительных отношений.

Ключевые слова: экономическая модель, распределительные отношения, «ultima ratio» (последнее средство), преступления против собственности, их система.

Streltsov E. Criminal and legal protection of property

Annotation. The complex problems of criminal and legal protection of property are analyzed in the article. Attention is drawn to the clauses, which provide such defense with an objective nature at modern stage of our development, including: the public function of property, its role in determination of social political structure of the state, formation of distributive relations.

Key words: an economic model, distributive relations, «ultima ratio» (the last resort), crimes against property.

ЗНАЧЕННЯ ДОБРОСОВІСНОСТІ НАБУВАЧА У СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ У СПРАВАХ ПРО ЗАХИСТ ПРАВА ВЛАСНОСТІ



Л. ЛІЧМАН

*кандидат юридичних наук, доцент,
голова Малиновського районного суду м. Одеси,
заслужений юрист України*

З проголошенням незалежності України розпочалась побудова нових економічних відносин, які є характерними для розвинутих країн з ринковою економікою. Незважаючи на кардинальну зміну ідеологічного курсу за останні 20 років в Україні, слід визнати, що економічні відносини власності (присвоювання) становлять основу (базис) кожного суспільства, а правове регулювання з'являється на-самперед як система норм, що закріплюють, регламентують та охороняють ці відносини (їх вольову сторону). Тому охорона існуючих відносин власності — найважливіше завдання будь-якої правової системи, її стрижень [1, 208]. І Україна не є винятком, а тому для ринкових відносин у країні притаманний значний обіг об'єктів права власності, щодо якого укладаються різні цивільно-правові договори. Аналіз судової практики свідчить, що певна частина цих договорів оспорується з різних підстав*. Крім того,

власники майна намагаються захистити свої права шляхом пред'явлення позовів про витребування свого майна із чужого незаконного володіння, в тому числі від добросовісних набувачів. В Україні склалася суперечлива судова практика щодо розгляду спорів за участю осіб, які визначаються ЦК України категорією «добросовісних набувачів», чому «сприяє» різне розуміння суддями суті спірних правовідносин.

Незважаючи на те, що різні аспекти права власності, інших речових прав, особливості їх захисту були неодноразово предметом ґрунтовних досліджень, виконаних у різні часи [2], досі спостерігається тенденція до різного вирішення в судовій практиці проблеми конкуренції позовів під час захисту права власності. На жаль, усталений «практичний» підхід до визнання недійсним усього ланцюга оспорюваних стороною правочинів, який не враховує значного теоретичного доробку в

* Незважаючи на те, що, як вбачається з аналізу роботи судів загальної юрисдикції, у I півріччі 2010 р. спостерігається тенденція до зменшення кількості справ про право власності та інші речові права — на 13,7 %, проте збільшилась кількість справ, пов'язаних із визнанням договорів недійсними — на 27 %. Таким чином, з урахуванням економічних змін, що відбулися в країні після піку фінансової кризи 2008 р., такий перерозподіл справ видається цілком логічним, а тому в найближчі роки можна буде спостерігати зворотну тенденцію до збільшення кількості спорів про визнання права власності та щодо інших речових прав. Статистика наведена за даними сайту Верховного суду України // <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf>

цій галузі [3], досі спостерігається в судовій практиці. Проблема ще полягає у тому, що ЦК України застосовують загальні та господарські суди, які мають різні апеляційні та касаційні інстанції, тобто судові установи, що формують судову практику.

Все це має своїм наслідком неоднакове та суперечливе застосування цивільного законодавства з обраної проблематики. Тому розгляд цього питання в межах цієї публікації є актуальним та своєчасним.

Охорона відносин власності у вузькому сенсі або їх захист — це сукупність тих цивільно-правових засобів (способів), які застосовуються у зв'язку зі здійсненням правопорушень проти відносин власності [4, 472–473].

Право власності на річ (майно) набувається учасниками цивільних відносин на підставах, що не заборонені законом. Однією з загальних засад цивільного законодавства є засада справедливості, добросовісності та розумності. Відповідно до ч. 5 ст. 12 ЦК України добросовісність набувача презюмується, тобто усі набувачі вважаються добросовісними, якщо інше не встановлено судом. Цивільне законодавство розрізняє набувачів за різними ознаками, у тому числі за ознаками добросовісності та недобросовісності. Ці ознаки набувають практичного значення і відповідних правових наслідків у певних випадках. Наприклад, набуття права власності на таких підставах, як набувальна давність, пов'язане з добросовісністю заволодіння чужим майном; як договір, коли майно відчужується особою, яка не мала на це права, — пов'язане з добросовісністю набувача. Суб'єкт права володіння може бути добросовісним або недобросовісним. Зобов'язання має ґрунтуватися на засадах добросовісності, розумності та справедливості (ч. 3 ст. 509

ЦК України). Недобросовісність з боку набувача є однією із складових підстав повернення безпідставно набутого ним певного майна (ст. 1215 ЦК України).

Розділ 1 книги третьої ЦК України регулює питання права власності. Глава 29 цього розділу присвячена захисту права власності. В юридичній літературі засоби права власності класифікують на речово-правові, зобов'язально-правові та спеціальні. До речово-правових належить вимогний позов, негативний позов. Як допоміжні речово-правові способи виділяють позов про визнання права власності та позов про виключення майна з опису. Зобов'язально-правові засоби захисту права власності поділяють залежно від характеру правовідносин, що виникають між власником майна (речі) та іншими особами. Якщо вони виникають у договірних відносинах, то такими засобами є позови про відшкодування збитків, про повернення речей. Якщо вони виникають у деліктних відносинах (недоговірних), у зв'язку з завданням шкоди, то такими засобами є позови про відшкодування майнової та моральної шкоди, позови про повернення безпідставно отриманого чи збереженого майна. Спеціальними засобами захисту називають позови про визнання угоди (правочину) недійсною, про захист прав співвласника у разі виділу, поділу та продажу спільного майна, проти втручання державних органів, органів місцевого самоврядування тощо.

У практиці українських судів виникають питання щодо застосування норм ЦК України, що регулюють права та обов'язки добросовісного набувача та захисту права власності.

Відповідно до ч. 2 п. 2 та 4 ст. 16 ЦК України способами захисту цивільних прав та інтересів можуть бути визнан-

ня правочину недійсним і відновлення становища, яке існувало до порушення. До другого способу можна віднести віндикаційний позов. За змістом ст. 20 ЦК України право на захист особи здійснює на свій розсуд, який полягає також у виборі способу захисту цивільних прав та інтересів. Принцип диспозитивності цивільного судочинства зобов'язує суд розглядати цивільні справи в межах заявлених вимог (ст. 11 ЦПК України). У судовій практиці досить поширеним є явище, коли власник майна, не будучи учасником договору відчуження його майна, заявляє позов про визнання правочину недійсним. При цьому, якщо майно відчужене один або кілька разів, власник оспорує і наступні договори. Крім визнання договору (договорів) недійсним, власник просить суд повернути йому майно у власність і визнати за ним право власності на це майно. Правовою підставою для пред'явлення таких позовів є ч. 3 ст. 215 ЦК України, відповідно до якої дійсність оспоруваного правочину вправі заперечувати не тільки одна із сторін, а й заінтересована особа. Мають місце випадки, коли в наведених вище ситуаціях власники заявляють позов до останнього володіючого набувача про витребування майна [5]. Суди нерідко задовольняють такі позови, а суди апеляційної та касаційної інстанцій залишають такі рішення в силі. Така суперечлива практика свідчить про неоднакове застосування судами одних і тих самих положень закону. Аналогічні проблеми існували в судовій практиці РФ.

Вперше категоричний висновок з цієї проблеми був зроблений у постанові Конституційного Суду РФ «По делу о проверке конституционности положений пунктов 1 и 2 статьи 167 Гражданского кодекса Российской

Федерации в связи с жалобами граждан О. М. Мариничевой, А. В. Немировской, З. А. Скляновой, Р. М. Скляновой и В. М. Ширяева» від 21 квітня 2003 р. № 6-П. У цій постанові Конституційний Суд РФ вказав: права особи, яка вважає себе власником майна, не підлягають захисту шляхом задоволення позову до добросовісного набувача з використанням правового механізму, встановленого п. 1 і 2 ст. 167 ЦК РФ (аналогічна ст. 216 ЦК України). Такий захист можливий лише шляхом задоволення віндикаційного позову, якщо для цього мають бути передбачені ст. 302 ЦК РФ (аналогічна ст. 388 ЦК України) підстави, які дають право витребувати майно у добросовісного набувача (безвідплатність придбання майна добросовісним набувачем, вибуття майна з володіння власника не з його волі та інші).

На думку вчених, зокрема І. Спасибо-Фатєєвої, в таких випадках власник має захистити право власності тільки шляхом пред'явлення віндикаційного позову [6].

Є. Суханов допускає обговорення питання про добросовісність набувача при вибутті майна з володіння співвласника за його волею при розгляді позову про визнання недійсним договору, в якому цей співвласник не був учасником. Наприклад, чоловік продав без згоди дружини автомобіль, який був об'єктом спільної сумісної власності. У цьому випадку суд має відмовити дружині в позові про визнання такого договору недійсним, посилаючись на те, що вона як співвласник передала автомобіль іншому співвласнику, і тому він вибув з її володіння за її волею [7].

Пропозиції щодо прийняття постанови Пленуму Верховного Суду України з цього питання, які висловлювались у літературі [8], та потреби

практики були враховані. 6 листопада 2009 р. Пленум Верховного Суду України прийняв постанову «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними», в якій, зокрема, зробив такі висновки. Реституція як спосіб захисту цивільного права (ч. 1 ст. 216 ЦК України) застосовується лише в разі наявності між сторонами укладеного договору, який є нікчемним чи який визнано недійсним. У зв'язку з цим вимога про повернення майна, переданого на виконання недійсного правочину, за правилами реституції може бути пред'явлена тільки стороні недійсного правочину. Норма ч. 1 ст. 216 ЦК України не може застосовуватись як підстава позову про повернення майна, переданого на виконання недійсного правочину, яке було відчужене третій особі. Не підлягають задоволенню позови власників майна про визнання недійсними наступних правочинів щодо відчуження цього майна, які були вчинені після недійсного правочину.

У цьому випадку майно може бути витребуване від особи, яка не є стороною недійсного правочину, шляхом подання віндикаційного позову, зокрема від добросовісного набувача — з підстав, передбачених ч. 1 ст. 388 ЦК України (п. 10 постанови).

Таким чином, судам першої та другої інстанцій запропоновані способи подолання конкуренції у зазначених позовах та зроблений висновок про те, що ст. 216 ЦК України не поширюється на добросовісних набувачів та за загальним правилом застосування двосторонньої реституції не ста-

виться у залежність від добросовісності сторін. З такими висновками неможливо не погодитись.

Складність цього питання полягає у проблемі пріоритетності захисту судом прав добросовісного набувача або прав власника, коли його майно відчужене неправомочною особою. З метою забезпечення стабільності цивільних прав та обов'язків, підвищення оборотоздатності речей у цивільному законодавстві визначений вичерпний перелік підстав витребування майна таким власником від добросовісного набувача. Віндикаційний позов (від лат. *vin dicere* — «оголошую про застосування сили», або *vindico* «захищаю, вимагаю») — це позов неволодіючого власника речі до володіючого нею не-власника з метою відновити порушене володіння речі шляхом вилучення її в натурі [9]. Іншими словами, йдеться про відновлення становища, яке існувало до порушення права власності або володіння. Позивачем може бути власник майна (речі) або інший законний володілець, а витребувати за цим позовом можливо тільки річ, визначену індивідуальними ознаками.

В юридичній науці з питання пріоритетності захисту судом прав добросовісного набувача або прав власника пропонується конструкція «найменшого зла». Суть її полягає у такому. Коли майно вибуває від власника з його волі, а потім відчужується особою, яка не мала права на відчуження, то первісний власник, як правило, краще знає відчужувача, ніж добросовісний набувач. Тому при відмові у віндикації власник зможе стягнути з відчужувача збитки*. З такої позиції

* Відповідно до п. 12 пп. в. постанови Пленуму Верховного Суду України від 22 грудня 1995 р. № 20 при відмові у позові про визнання договору купівлі-продажу недійсним у зв'язку з тим, що покупець є добросовісним, з особи, яка провела відчуження майна за відсутності права на це, на користь власника стягується відповідно до ст. 440 ЦК (1963 р.) дійсна вартість майна на час розгляду справи. Аналогічне правило можна застосувати на випадок відмови власнику в позові до добросовісного набувача про витребування майна з чужого незаконного володіння. Первісний власник вправі заявити позов до неправомочного відчужувача про стягнення дійсної вартості майна. Відповідальність продавця у разі відсудження товару в покуштя передбачена ст. 661 ЦК. Розрахунки при витребуванні майна з чужого незаконного володіння визначені ст. 390 ЦК).

ЦПК України (ст. 119) цілком логічно вимагає вказівку про точне найменування відповідача, місце проживання тощо.

І навпаки, у випадку вибуття майна у власника не за його волею добросовісний набувач краще знає відчужувача, ніж власник (власник зазвичай його взагалі не знає). Тому при задоволенні віндикаційного позову добросовісний набувач зможе стягнути з відчужувача збитки [10]. Таким чином, добросовісний набувач набуває право власності на майно, відчужене особою, яка не мала на це права при певних умовах, коли відповідно до ст. 388 ЦК України таке майно не може бути витребуване у нього (ст. 330 ЦК України). Аналогічне правило закріплено ст. 658 ЦК України.

Необхідно навести ще декілька додаткових доводів з обговорюваного питання щодо співвідношення реституції та віндикації. Реституція, на відміну від віндикації, можлива тому, що сторони договору знаходяться у зобов'язальних правовідносинах, при оспорованні якого відповідач може заявляти зустрічні вимоги не тільки щодо повернення майна або відшкодування його вартості, а й щодо відшкодування збитків (статті 221, 226, 229 ЦК України).

До пред'явлення і задоволення віндикаційного позову право власності безспірно належить набувачеві, окрім випадків укладання нікчемних правочинів. При розгляді цивільних або господарських справ за такими позовами суд має виходити з того, що майно, набуте безвідплатно в особи, яка не мала права його відчужувати, може бути витребувано власником від добросовісного набувача. Якщо в судовому порядку буде доведено, що набувач був недобросовісним, а інша особа була не правомочною щодо відчуження майна,

то саме ці обставини будуть достатніми для витребування майна у недобросовісного набувача.

В інших випадках для витребування майна від добросовісного набувача власник майна має довести суду одну з таких обставин: 1) що майно було загублене власником або особою, якій він передав майно у володіння (в цих випадках майном може бути тільки рухома річ); 2) що майно було викрадене у власника або особи, якій він передав майно у володіння (викрадене майно може бути нерухомим або рухомим); 3) що майно вибуло з володіння власника або особи, якій він передав майно у володіння, не з їхньої волі іншим шляхом. У цьому випадку власник може витребувати майно в останнього набувача, навіть якщо воно неодноразово відчужувалось. Не вважається, що майно вибуло з володіння співвласника не з його волі, коли він передав майно у володіння іншому співвласнику або іншій особі.

Гроші, цінні папери на пред'явника не можуть бути витребувані від добросовісного набувача (ст. 389 ЦК України). У цьому випадку тільки факт добросовісності набувача породжує його право власності на вказані об'єкти цивільних прав.

У постанові Пленуму Верховного Суду України «Про деякі питання практики розгляду спорів, пов'язаних з обігом векселів» від 8 червня 2007 р. № 5, зокрема, пропонується визначення недобросовісного набувача втраченого векселя, коли він на момент придбання векселя знав про те, що він вибув із володіння власника або особи, уповноваженої власником розпоряджатися векселем, поза їх волею. Груба необережність набувача має місце в тому випадку, коли він з огляду на сформовані умови обігу повинен був знати про факт вибуття векселя з

володіння зазначених осіб поза їх волею (зокрема, якщо вексель був придбаний після опублікування власником у друкованому засобі масової інформації оголошення про втрату або крадіжку векселя, про яке набувач векселя за обставинами справи не міг не знати).

Разом з тим Пленум Верховного Суду України не роз'яснив таку правову конструкцію ЦК України, як вибуття майна з володіння власника не з його волі.

У практиці трапляються випадки, коли майно вибуває від власника або особи, якій він передав майно за договором. Але цей договір має певні вади волі відчужувача, наприклад під впливом помилки, обману, погрози, насильства. У майбутньому набувач за таким договором продав майно добросовісному набувачеві, а власник заявив до нього віндикаційний позов і посилається в ньому на вибуття спірного майна з володіння власника не з його волі. На підтвердження такого позову власник надає рішення суду, в розгляді якого брав участь добросовісний набувач як третя особа, яка не заявляла самостійних вимог щодо предмета позову на стороні відповідача. Взагалі це питання за своїм змістом ширше, тому що у випадку визнання недійсним первісного договору підстави для витребування майна від добросовісного набувача власником є сумнівними та спірними. Таким чином, набуття права власності внаслідок правопорушення породжує право власності за іншим договором. Про таку проблему було зазначено в юридичній літературі [11]. З таким висновком погодитись неможливо. Стаття 204 ЦК України встановлює презумпцію правомірності правочину і саме цим керуються учасники майбутніх договорів, посадові особи, що їх

посвідчують, та законодавець, який передбачає права та обов'язки первісного власника і добросовісного набувача.

Досить проблемним залишається питання про підстави визнання набувача недобросовісним за критерієм того, що він міг знати про те, що відчужувач не мав права відчужувати майно.

У цьому аспекті явно недостатнім є такий висновок Пленуму: якщо судом буде встановлено, що набувач знав чи міг знати про наявність перешкод до вчинення правочину, в тому числі й те, що продавець не мав права відчужувати майно, це може свідчити про недобросовісність набувача і є підставою для задоволення позову про витребування у нього майна (п. 10 постанови).

Відповідно до ч. 1 ст. 388 ЦК України добросовісним набувачем визнається набувач, який не знав і не міг знати, що він придбав майно в особи, яка не мала права його відчужувати. Відчуження майна — це розпорядження ним, яке за загальним правилом належить власникові майна та є однією з підстав припинення права власності в однієї особи й однією з підстав набуття права власності другою особою. Цивільним законодавством передбачені різні види договорів відчуження майна. Йдеться про договори купівлі-продажу, дарування, ренти, довічного утримання (догляду) тощо. Зазначене визначення поняття добросовісного набувача вказує на дві сторони добросовісності у цих відносинах. По-перше, добросовісним є набувач, який не знав, а по-друге, який не міг знати, що він придбав майно в особи, яка не мала права його відчужувати. Іншими словами, об'єктивна і суб'єктивна сторони поведінки добросовісного набувача свідчать про незнання ним того, що відчужуване майно належить іншій особі або що набувач вжив за-

лежні від нього заходи для встановлення цієї обставини. Якщо набувач знав, що він придбав майно в особи, яка не мала права його відчужувати, то його дії мають умисний, протиправний характер. Він завідомо порушує права власника. Якщо набувач міг знати, що він придбав майно в особи, яка не мала права його відчужувати, то його дії мають необережний, протиправний характер. Форма необережності, проста або груба, має визначальне значення для кожного конкретного договору. Відповідно до вимог ч. 2 ст. 13 ЦК України при здійсненні своїх прав особа зобов'язана утримуватись від дій, які могли б порушити права інших осіб. Тому дії недобросовісного набувача є протиправними і набуто ним майно за позовом його власника в будь-якому випадку витребується. Разом з тим питання про те, чи були вжиті набувачем заходи від нього заходи для встановлення обставини щодо наявності, наприклад у продавця, права на продаж майна, має вирішуватися судом з урахуванням конкретних обставин справи.

Залишилось поза увагою Пленуму питання про застосування ч. 2 ст. 388 ЦК України, відповідно до якої майно не може бути витребуване від добросовісного набувача, якщо воно було продане у порядку, встановленому для виконання судових рішень. У літературі вказується на безумовність цього правила.

Частиною 2 ст. 388 ЦК України передбачено, що майно не може бути витребуване від добросовісного набувача, якщо воно було продане у порядку, встановленому для виконання судових рішень. Такий порядок визначений Законом України «Про виконавче провадження».

У судовій практиці первісні власники оспорюють договори купівлі-продажу, які укладались за результатами торгів, що проводились у порядку, встановленому для виконання судових рішень. Такі позови судами задовольнялись і спірне майно поверталось у власність позивача*.

На мою думку, такі договори можуть бути визнані недійсними, але тільки у випадках, коли під час виконання судового рішення були грубо порушені права первісного власника (боржника) і він був позбавлений можливості захищати свої права під час виконавчого провадження.

І останнє. Відомий російський вчений, професор Є. Суханов, обговорюючи питання про конкуренцію зазначених позовів, дійшов висновку, що реституція неможлива щодо об'єктів нерухомості, оскільки права на такі речі виникають, змінюються та припиняються в момент їх державної реєстрації. Він запропонував у таких випадках заявляти позов про визнання права власності на спірне майно [12]. На мою думку, така пропозиція помилкова. По-перше, такий позов не

* Наприклад, у справі № 16-5/91-03-2014 господарського суду Одеської області, відповідно до якої постановою Одеського апеляційного господарського суду від 13 серпня 2004 р. визнані недійсними прилюдні торги, проведені в порядку, встановленому для виконання судових рішень, визнано недійсним договір купівлі-продажу нерухомого майна з моменту його укладання між особою, що придбала майно на торгах, та особою (добросовісним набувачем), яка придбала це майно у нового власника. І саме головне зобов'язано продавця та покупця повернути все отримане за угодами підприємству, на майно якого було звернуто стягнення за наказом господарського суду. Постановою Вищого господарського суду України від 22 лютого 2005 р. постанова Одеського апеляційного господарського суду залишена без змін. Ухвалою Судової палати у господарських справах Верховного Суду України від 7 квітня 2005 р. відмовлено у порушенні провадження з перегляду). Однак аналіз останньої судової практики свідчить про іншу тенденцію — про відмову від визнання торгів недійсними. Див. справу № 2-103/2010, що знаходилась у провадженні Іллічівського міського суду Одеської області, в якому торги були визнані недійсним. Апеляційний суд Одеської області не погодився з вказаним рішенням, скасував його та прийняв 8 грудня 2010 р. рішення про відмову в задоволенні позову. Аналогічна ситуація спостерігалась у справі № 22ц—1363/2011.

надає можливості повернення нерухо-
мої речі у реальне володіння первісно-
го власника, якщо проти цього заперечує
набувач. По-друге, визнаючи пра-

во власності, суд змушений буде керу-
ватися нормами, що регулюють рести-
туцію або віндикацію.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Суханов Е. О. Лекции о праве собственности. — М., 1991. — 240 с.
2. Черединова М. В. О вещных правах по гражданскому кодексу российской федерации // Актуальные проблемы гражданского права / под ред. С. С. Алексеева ; Исследовательский центр частного права. — М., 2000. — 318 с. — С. 106–125; Баранова Е. А. Вещные права в системе субъективных гражданских прав // Актуальные проблемы гражданского права : сб. ст. / под ред. О. Ю. Шилохвоста. — М., 2003. — Вып. 6. — 384 с. — С. 137–174; Рубаник В. Е. Собственность в истории российской и украинской систем права : общее и особенное (отношения собственности в восточнославянской традиции правового регулирования : историко-правовое исследование). — Харьков, 2004. — 520 с.; Судовий захист прав власності : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. / гол. ред. д-р юрид. наук, проф. С. В. Ківалов ; заст. голов. ред. д-р юрид. наук, проф. М. О. Баймуратов. — О., 2004. — 168 с.; Алексеев С. С. Право собственности. Проблемы теории. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2007. — 240 с.; Скловский К. И. Собственность в гражданском праве. — 4-е изд., перераб., доп. — М., 2008. — 922 с.; Яворська О. С. Правове регулювання відносин власності за цивільним законодавством України : навч. посіб. — К., 2008. — 256 с.
3. Генкин Д. М. Недействительность сделок, совершенных с целью, противной закону / Ученые записки ВШЮН. — 1947. — Вып. V. — С. 45; Рясенцев В. А. Вопросы действительности сделок в судебной практике // Социалистическая законность. — 1950. — № 8; Рясенцев В. А. Сделки по советскому гражданскому праву. — М., 1951; Прилуцкая М. З. Недействительность сделок по ст. 30 ГК РСФСР : автореф. дис. канд. юрид. наук. — М., 1951. Новицкий И. Б. Сделки. Исковая давность. — М., 1954; Рабинович Н. В. Недействительность сделок и ее последствия. — Л., 1960. — 171 с.; Мындра Д. И. Недействительность сделки и неправомерность действия (недействительность сделок с точки зрения классификаций юридических фактов) // Цивилистические записки : Межвуз. сб. научн. тр. — М. — Екатеринбург, 2002. — Вып. 2. — 511 с.; Недействительность в гражданском праве : проблемы, тенденции, практика : сб. ст. / отв. ред. М. А. Рожкова. — М., 2006. — 445 с.; Трофимов В. Н. Недействительность сделок : сборник судебной практики с комментариями. — М., 2008. — 360 с.; Тузов Д. О. Теория недействительности сделок : опыт российского права в контексте европейской правовой традиции. — М., 2007. — 602 с.
4. Йоффе О. С. Советское гражданское право : учеб. — М., 1967. — 389 с.
5. Ухвала Верховного суда України по справі № 6-12737св09 від 16 грудня 2009 р.; Ухвала Верховного суду України № 6-23401св09 від 20 січня 2010 р. // Інформаційно-пошукова система «нормативні акти України». — К., 2011; Рішення Суворівського районного суду м. Одеси у справі № 2-1251 від 9 листопада 2010 р.; Рішення Приморського районного суду м. Одеси від 13 жовтня 2010 р. у справі № 2-3132/10 // Єдиний державний реєстр судових рішень // <http://www.reestr.court.gov.ua/Search/4>
6. Спасибо-Фатеева І. Спільні питання недійсності правочинів та її наслідків // Вісник Академії правових наук. — 2007. — № 3. — С. 101; Черепакін Б. В. Вещные иски в советском праве / Ученые записки Свердловского юридического института. — Свердловск, 1945. — Вып. 1. — С. 48.; Жекоев В. І. Правочини, які порушують публічний порядок за цивільним законодавством України : дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. — О., 2006. — С. 148–184.
7. Суханов В. Е. Вказ. праця. — С. 213–214; Толстой Ю. К. Содержание и гражданско-правовая защита права собственности в СССР. — Л., 1955. — С. 114.
8. Подцерковный О. Хозяйственная компактизация // Юридическая практика. — № 1–2. — 8 січ. 2008 р.; Лічман Л. Г. Проблемні питання застосування судами норм ЦК України, що регулюють права та обов'язки добросовісних набувачів // Новий Цивільний кодекс України : проблемні питання застосування : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. «Впровадження нового Цивільного кодексу в Україні». 14–15 лютого 2008 р. — К., 2008. — С. 41–48.
9. Дзера О. І. Там само. — С. 49.
10. Гражданское право : учеб. : в 3 ч. / под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. — СПб., 1996. — Ч. 1. — С. 406–407.
11. Спасибо-Фатеева І. Спільні питання недійсності правочинів та її наслідків // Вісник Академії правових наук. — 2007. — № 3. — С. 102.
12. Гражданское право : в 3 т. / под ред. Е. А. Суханов. — М., 2007. — Т. 2 — С. 183–184.

Лічман Л. Г. Значення добросовісності набувача у судовій практиці у справах про захист права власності

Анотація. Стаття присвячена значенню добросовісності набувача у судовій практиці у справах про захист права власності. Пропонується аналіз співвідношення (конкуренції) таких

способів захисту права власності, як визнання договору недійсним та відновлення становища, яке існувало до порушення (віндикація). Розкриваються ознаки добросовісності набувача у договорах відчуження майна, такої правової конструкції, як вибуття майна з володіння власника не з його волі. Обговорюється питання щодо правомірності захисту права власності шляхом визнання недійсним договору купівлі-продажу, який укладався за результатами торгів, що проводились у порядку, встановленому для виконання судових рішень.

Ключові слова: добросовісність і недобросовісність набувача, позов про витребування свого майна з чужого незаконного володіння (віндикація), позов визнання договору недійсним, реституція.

Личман Л. Г. Значение добросовестности приобретателя в судебной практике по делам о защите права собственности

Аннотация. Статья посвящена значению добросовестности приобретателя в судебной практике по делам о защите права собственности. Предлагается анализ соотношения (конкуренции) таких способов защиты права собственности, как признание договора недействительным и возобновление положения, существовавшего до нарушения (виндикация). Раскрываются признаки добросовестности приобретателя в договорах отчуждения имущества, такой правовой конструкции, как выбытие имущества из владения собственника без его согласия. Обсуждается вопрос о правомерности защиты права собственности путем признания недействительным договора купли-продажи, который заключался по результатам торгов, проводившихся в порядке, установленном для исполнения судебных решений.

Ключевые слова: добросовестность и недобросовестность приобретателя, иск об истребовании своего имущества из чужого незаконного владения (виндикация), иск о признании договора недействительным, реституция.

Lichman L. The significance of an acquirer's fidelity in judicial practice in cases regarding the defense of the propriety right

Annotation. The article is dedicated to the significance of an acquirer's fidelity in judicial practice in cases regarding the defense of the propriety right. The analysis of correlation (competition) of such methods of defense of the propriety right as considering an agreement invalid and restoration of the position, which existed prior to violation (vindication). The acquirer's features of fidelity become revealed in agreements on voluntary assignment of property, such legal scheme as withdrawal of property from possession of an owner without his consent.

The issue regarding eligibility of defense of the propriety right by means of considering a purchase-sale agreement invalid, which was concluded based on the results of a tender, which had been held in accordance with procedure, set for fulfillment of court decisions is discussed.

Key words: an acquirer's fidelity and infidelity, claims regarding reclamation of property from another's possession (vindication), claims on considering an agreement invalid, restitution.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ РЕЧОВИХ ВІДНОСИН У СІМ'Ї: ВИЗНАЧЕННЯ КОНЦЕПТУАЛЬНИХ ПІДХОДІВ



І. ЖИЛІНКОВА

*доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
професор кафедри цивільного права № 1
(Національний університет
«Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»)*

Правове регулювання повинно мати цілеспрямований характер, визначати загальний устрій суспільних відносин, який прогнозується в тій чи іншій сфері, та встановлювати адекватні правові засоби для його влаштування. Відповідно усі засоби правового регулювання (правові норми, відповідальність, стримування, заохочення, санкції та інші) мають злагоджено підтримувати загальну концепцію правового регулювання та налаштовувати суспільні відносини на відповідний лад. У цьому аспекті законодавство відіграє особливу роль, оскільки такі концептуальні підходи у ньому відображаються концентровано. У законодавстві визначаються також шляхи переведення загальних регулятивних підходів у площину конкретних юридичних засобів — чіткого визначення сфери дозволеного та забороненого, встановлення низки взаємопов'язаних та взаємозумовлених прав та обов'язків, закріплення санкцій за невиконання правових приписів тощо. Концептуальні визначен-

ня можуть міститися в передніх статтях того чи іншого нормативного акта (загальні засади) або мати більш «прихований» характер, що, однак, не применшує їхнього значення. Тоді ці підходи можна виявити при наскрізному аналізі норм чинного законодавства. Головне, щоб конкретні нормативні приписи мали логічну зв'язку між собою та єдиний регулятивний вектор. Саме це дає змогу говорити про існування генеральних ліній у правовому регулюванні.

Такий порядок має діяти і у процесі регулювання речових відносин у сім'ї. Проблемам визначення основних підходів до регулювання сімейних відносин у тих чи інших аспектах присвячувалися праці вітчизняних фахівців — Я. Шевченко, О. Дзери, З. Ромовської, В. Гопанчука, В. Мироненко та ін. Метою цієї статті є визначення основних концептуальних підходів до регулювання речових відносин у сім'ї в аспекті їх законодавчого закріплення. Чинне законодавство більш-менш послідовно визначає бажаний загаль-

ний майновий устрій сім'ї. Деякі з концептуальних підходів мають усталений характер, інші — відображають нові уявлення про сутність речових відносин у приватній сфері. Деякі підходи проведені в законодавстві чітко і послідовно, інші — мають лише фрагментарний, а інколи навіть суперечливий характер.

1. Основним концептуальним підходом можна вважати *невизнання сім'ї як такої суб'єктом права* і, відповідно — суб'єктом речових прав. Регулювання сімейних відносин, передусім відносин власності, здійснюється за традиційним «парним принципом» — протиставлення двох суб'єктів з визначенням речових прав одного з них стосовно другого: чоловік — дружина, мати/батько — дитина, баба/дід — онука/онук тощо. Хоча щодо усіх сторонніх осіб члени сім'ї виступають як єдиний носій речових прав (співвласники, володільці прав на чуже майно), в межах сімейного середовища кожен з них виступає самостійно. Цей момент вбачається принциповим. Невизнання сім'ї суб'єктом права концентровано відображає сутність сучасних відносин у сімейній сфері та уявлень про місце особи у світі. Відомо, що протягом століть взаємозв'язок «сім'я — член сім'ї» вирішувався на користь саме сімейного угруповання. Сім'я визнавалася надособистісним явищем і мала пріоритет над інтересами окремих її членів. Такий стан речей зумовлювався економічними чинниками. Майно закріплювалося за родиною (сім'єю) й оберталося як єдине ціле всередині сімейного кола. Не можна було допустити його розщеплення та розпорощення між окремими власниками. Економічні закони диктували відповідні правила соціального устрою. Виживання сімейної групи було абсо-

лютним пріоритетом і вимагало нехтування інтересами та бажаннями її окремих членів.

Зміна економічного порядку спричинила революцію на сімейних теренах, позначилася на відносинах між усіма членами сім'ї та їх соціальних позиціях. У розвинених країнах оборот капіталів вийшов далеко за межі сімейного осередку і виживання сім'ї вже не пов'язане з централізацією сімейного майна. Як наслідок, у сучасному розумінні особисте домінує над надособистим, а людина із своїми власними правами, інтересами та пріоритетами домінує над сім'єю як сукупністю осіб. Майже 100 років тому Й. Покровський писав, що стара сім'я, пов'язана міцною юридичною єдністю, перетворилася на «союз самостійних лиц, пучок своєобразных отношений между юридически равноправными единицами» [1]. І хоча зменшення її економічного значення і послаблює сім'ю як базову соціальну одиницю, цей процес має об'єктивний характер і не підкоряється волі та планам людини.

Законодавство закріплює такий стан речей і визнає окрему особу, а не сім'ю, суб'єктом права. Хоча поняття «сім'я» є базовим у законодавстві, а такі словосполучення, як «інтереси сім'ї», «захист сім'ї» або «охорона сім'ї» є загальнонавживаними, суб'єктом права визнаються персоніфіковані особи, які мають відповідний сімейний статус (чоловік, дружина, батько, мати, дитина тощо). В аспекті речових правовідносин це означає, що сім'я не може бути власником майна, набувати та утримувати майно у будь-який спосіб, а також виступати суб'єктом прав на чуже майно. Цивільне законодавство не містить норм, спрямованих на обмеження поділу майна, концентрацію майна за одним із спадкоємців

або інших правових механізмів, спрямованих на закріплення майна за сім'єю. Учасниками речових відносин виступають виключно окремі фізичні особи, які мають відповідний сімейний статус.

2. У процесі регулювання цивільних відносин концептуальне значення набув факт введення в доктрину та практику *категорії речових прав*. Це не лише наближує нас до традицій європейського праворозуміння, а й допомагає описати реалії вітчизняного правового устрою. Не можна заперечувати, що відносини членів сім'ї також не обмежуються лише відносинами власності. Існуюча правова дійсність набагато складніша і різноманітніша. І хоча наше законодавство протягом тривалого часу не визнавало інших речових відносин, окрім відносин власності, вони існували паралельно з ними. Передусім йдеться про відносини, що моделюються за принципом сервітуту, тобто користування чужим майном для задоволення особою потреб, які не можуть бути задоволені іншим способом. Саме в сімейному колі типовим є користування майном, яке юридично визначається як «чуже майно». Під час сімейного життя чоловік користується майном дружини, дружина — майном чоловіка, діти — майном батьків, батьки певною мірою — майном дітей. Ці типові сімейні відносини в юридичному вимірі не можна описати без допомоги конструкції сервітуту.

Здавалося б, розширення речових прав шляхом введення конструкції прав на чуже майно насамперед мало відбитися на сімейному законодавстві. Таким очікуванням додавало сенсу й одночасне набуття чинності ЦК та СК України, оскільки в новому ЦК України загальні підходи зазнали концептуальних змін. Хоча книга третя ЦК Ук-

раїни не має остаточно модифікованого характеру і замість узагальнюючого словосполучення «речове право» містить більш традиційну назву — «право власності та інші речові права», існування речового права як підгалузі сучасного цивільного права сумнівів не викликає. Проте цього не можна сказати про сімейне законодавство. На жаль, у ньому концепція речових прав не знайшла не лише прямого, а й навіть опосередкованого закріплення. У цьому аспекті новий СК України значно програє основному цивільному закону і створює враження старого, «докодифікаційного» нормативного акта. Майнові відносини в сім'ї описуються виключно в парадигмі відносин власності, жодного натяку на існування інших речових прав у сімейному законодавстві немає. Ситуація певною мірою загострюється фактом введення до цивільного законодавства спеціальної норми, що регулює права на чуже майно членів сім'ї. Зокрема, у ст. 405 ЦК України встановлюються права членів сім'ї власника житла на користування цим житлом.

Що ж спричинило передання сімейних відносин до предмета регулювання норм, закріплених у цивільному законі? Причина полягає саме у відсутності у СК України концепції речових прав та закріпленні старого концептуального підходу. Протягом тривалого часу в сімейному законодавстві витримувався принцип: сімейний закон регулює лише ті сімейні відносини, що виникають стосовно спільного майна членів сім'ї, відносини щодо роздільного майна становлять предмет цивільного права. При відсутності речового права такий підхід спрацьовував. Введення парадигми речового права кардинально змінило ситуацію, а сімейний закон на це «не зреагував». Оскільки СК Ук-

раїни не підтримує концепцію речових прав, для нього відносини щодо користування роздільним майном членів сім'ї не визнаються «своїми» та випадають із предмета регулювання навіть тоді, коли такі відносини виникають між членами сім'ї. Якби у СК України хоча б опосередковано проводилася ідея речового права, то сервітут між членами сім'ї, поза сумнівом, опинився б у сфері його впливу. Норми сімейного права регулюють майнові відносини між членами сім'ї (ст. 1 СК України). Тому логічно вважати, що усі речові відносини, що виникають між членами сім'ї (як відносини власності, так і відносини щодо користування одним із членів сім'ї майном, що належить на праві власності іншому члену сім'ї на підставі речового права), мають визначатися нормами сімейного, а не цивільного законодавства.

СК України треба враховувати сучасні правові ідеї та відобразити на решті у своїй структурі концепцію речового права. До речі, тут виникає багато проблемних питань, відповіді на які може надати лише основний сімейний закон. Наприклад, який режим майна, що належить на праві власності одному з подружжя і яким користуються одночасно кілька членів сім'ї — другий з подружжя, батьки, діти власника? Як визначати обсяг прав та обов'язків кожного з володільців права користування при наявності множинності на їх стороні? Чи входить сервітут до спільного майна подружжя або інших членів сім'ї та чи підлягає він поділу у разі поділу майна? Як визначається відповідальність членів сім'ї, які спільно мають права або обов'язки за певним обмеженням речовим правом? СК України має містити спеціальні положення щодо речових прав членів сім'ї. Крім того, захист речових прав, у тому числі пра-

ва власності членів сім'ї, має бути закріплено як одну з основних засад сімейного законодавства. Це потребує відповідного доповнення ст. 7 СК України.

3. Існують концептуальні підходи до регулювання майнових відносин у сім'ї, які мають не загальний, а локальний характер і стосуються відносин окремих членів сім'ї, зокрема подружжя. До концептуальних можна віднести підхід, пов'язаний визначенням *критерію розмежування спільного та роздільного майна подружжя*. До подружнього «майнового обороту» можуть входити різноманітні речі, склад та обсяг яких постійно змінюється. Ринок пропонує все нові види споживчих товарів, крім того, сьогодні до кола подружнього майна можуть входити і засоби виробництва. Для того щоб визначити правовий режим майна подружжя в такий динамічний час, необхідно мати певний концептуальний вектор, який дозволяв би встановити, до якого (спільного або роздільного) майна належить та чи інша річ, набута подружжям до або за час шлюбу.

На перший погляд такий концептуальний підхід є. СК України моделюється за таким принципом: спочатку закон визначає види роздільного майна подружжя (глава 7), а потім містить узагальнюючу норму — усе набуте подружжям за час шлюбу (відповідно окрім того, що визначене у главі 7 СК України), належить дружині та чоловіку на праві спільної сумісної власності (ст. 60 СК України). Отже, концепція зрозуміла — спочатку виняток, а потім загальне правило, тобто якщо певне майно не визначене як роздільне майно подружжя, воно вважається таким, що належить подружжю на праві спільної сумісної власності. Однак цей концептуальний підхід у законі послідовно не проведе-

но. Проголосивши загальне правило про спільність майна, набутого подружжям за час шлюбу, законодавець «не витримав» і почав його конкретизувати. У статі 61 СК України надається перелік об'єктів, які належать до спільного майна подружжя. Зрозуміло, що такий перелік не є повним, тому що неможливо перерахувати усі види майна, що може набуватися подружжям за час шлюбу. Отже, загальний концептуальний підхід — «виняток — загальне правило» поступився іншому підходу — «конкретне правило — конкретне правило». Друга зв'язка передбачає лише конкретні вказівки закону щодо належності майна до спільного або роздільного майна подружжя. Розмивання загального правила про спільність майна подружжя, набутого за час шлюбу, вносить сумніви щодо правового режиму кожного з видів майна, не перерахованого прямо в законі. При відсутності єдиного вектора будь-яке майно може належати як до роздільного, так і до спільного майна подружжя. Якби ст. 61 СК України не деталізувала режим заробітної плати, пенсій, доходів, речей професійних занять та інших видів майна, то належність такого майна до спільного майна подружжя мала б впливати із розуміння загальної концепції — все, що не вказано як роздільне, є спільним майном подружжя. Деталізація мала б йти лише в одному напрямі — визначення видів роздільного майна подружжя.

4. Важливим концептуальним підходом, що закріплений у новому сімейному законодавстві, є *визнання майнових прав фактичного подружжя*. Відомо, що за часів дії Кодексу про шлюб та сім'ю України 1969 р. фактичні шлюбні відносини не визнавалися, а права та обов'язки подружжя породжував лише шлюб, укладений у

державних органах ЗАГС (ч. 2 ст. 13 КпШС України). Однак практика свідчила про широке розповсюдження фактичних шлюбних відносин. Незважаючи на чіткі законодавчі настанови, у правовій літературі завжди підтримувалася ідея, що шлюб є союзом осіб, які живуть однією сім'єю як чоловік та дружина навіть тоді, коли відповідна реєстрація відсутня, що шлюб необхідно виводити не з його формальної наявності або відсутності, а із сутності відносин між чоловіком і жінкою, у зв'язку із чим «і незареєстрований шлюб є шлюб, а не співжиття, під яким варто розуміти випадкові зв'язки чоловіка та жінки» [2]. На тлі загальної демократизації життя набула поширення думка про те, що люди взагалі вправі обирати той образ сімейного життя, що їм більше імпонує [3]. За кордоном фактичні шлюбні союзи виступають як альтернатива традиційній сім'ї, заснованій на зареєстрованому шлюбі. Набрання чинності новим СК України поклало край «законодавчій фетишизації шлюбу» [4]. Вперше за багато років фактичне подружжя набуло прав та обов'язків, які в майновій сфері практично збігаються за обсягом з правами та обов'язками подружжя (ст. 74 СК України). Законодавець намагається надати юридичне визначення відносинам, які реально існують і більш того — мають широке розповсюдження. Інша справа, що у СК України ця концептуальна ідея не набула завершеного вигляду. Виникає враження, що законодавець не «ризикнув» назвати речі своїми іменами і у ст. 3 СК України прямо визнати, що підставою виникнення сім'ї є проживання жінки та чоловіка однією сім'єю без реєстрації шлюбу (фактичний шлюб). Натомість закон містить неоднозначне словосполучення: «сім'я виникає з інших підстав, не заборонених

законом і таких, що не суперечать моральним засадам суспільства». Які це підстави і скільки їх існує, в якому контексті тут подаються моральні засади суспільства, чи поширюється це правило на інші (окрім фактичного шлюбу) відносини? Така невизначеність основного сімейного закону надає підстави для різноманітних варіацій його тлумачення, що є вкрай небажаним у процесі регулювання суспільних відносин, особливо коли йдеться не про окремий нормативний припис, а про концептуальний вектор. Проблема має гострий характер саме тому, що легальне визнання фактичних шлюбних відносин є принципово новим концептуальним підходом до регулювання відносин у сім'ї, який далеко не усіма сприймається позитивно. Саме тому зміна концептуального вектора має бути проведена в законі послідовно, чітко та зрозуміло. В іншому випадку виникнення проблем неминуче. До курйозів можна віднести первісну редакцію ч. 1 ст. 74 СК України, в якій як фактичне подружжя визнавалися жінка та чоловік, які проживають однією сім'єю і не перебувають у шлюбі між собою. Закон «забув», що це мають бути особи, які не перебувають у шлюбі не лише між собою, а й з будь-якою іншою особою. Внаслідок цього виникав парадокс щодо осіб, які формально перебували у зареєстрованому шлюбі з однією особою, а фактично проживали однією сім'єю без реєстрації шлюбу з іншою. Щодо набутого за час такого «подвійного життя» майна ст. 74 СК України встановлювала режим спільності за фактичним подружжям, а ст. 60 СК України — за «юридичним». Отже, одна й та сама річ мала однаковий режим майна (спільна сумісна власність) щодо різних осіб. І лише Законом України «Про внесення змін до Сімейно-

го та Цивільного кодексів України» від 22 грудня 2006 р. № 524-V ця ситуація була виправлена.

Проте і на сьогодні очевидна незавершеність концепції речових прав фактичного подружжя зберіглася. Практики намагаються додати певних формалізуючих моментів, наприклад, встановити строк для спільного проживання (3, 5, 10 років) як підставу виникнення фактичного шлюбу, визначити ознаки таких відносин (спільність проживання, ведення спільного господарства, взаємна турбота та підтримка тощо), більш повно визначити обсяг прав та обов'язків фактичного подружжя, зокрема щодо укладення ними між собою договорів. Зазначене свідчить, що стислість законодавчих положень (ст. 74 СК України) у цьому проблемному питанні недоречна. Концепція речових прав фактичного подружжя має набути завершеного та послідовного доктринального характеру, а її законодавче закріплення — розгорнутого, деталізованого вигляду.

5. Хотілося б відзначити концептуально новий підхід, встановлений у новому СК України, стосовно *права власності на аліменти, одержані на дитину*. Згідно з ч. 1 ст. 179 СК України, якщо дитина має батьків або одного з них, то аліменти, що сплачуються на дитину, є *власністю того з батьків*, на ім'я якого вони виплачуються. Ця норма закону є новою для сімейного законодавства. Хоча раніше правовий режим аліментів і не визначався безпосередньо в законі, в доктрині не викликало сумнівів, що аліменти є власністю дитини, а не її батьків.

Можна стверджувати, що новий концептуальний підхід до визначення права власності на аліменти за одним із батьків, а не за дитиною не мав необхідного наукового обґрунтування,

не задовольняв він і будь-яких практичних потреб. Тому принципова зміна регулятивного вектора в науковій літературі викликала обґрунтовані заперечення [5]. Дійсно, нова концепція правового режиму аліментів на дитину не може сприйматися позитивно. Оскільки аліменти сплачуються саме на дитину, інша особа, навіть мати або батько дитини, не може набувати права власності щодо цього майна. Не вирішує питання і вказівка на те, що батьки зобов'язані використовувати аліменти за цільовим призначенням, тобто для задоволення фізичних, духовних та інших потреб дитини, її навчання і розвитку.

Концепція має бути прямо зворотною — батьки не є власниками аліментів, вони здійснюють управління не своїм, а чужим майном, майном дитини. Визнання за батьками права власності на аліменти дитини порушує права дітей і створює прикрий приклад законодавчої підтримки безпідставного набуття майна у власність. Можна змодельовати вкрай гостру ситуацію, коли на рахунок того з батьків, з яким проживає дитина, надходить значна сума аліментів (на-

приклад за 15 років наперед у зв'язку з виїздом другого з батьків за кордон на постійне місце проживання) і ця особа помирає. Формально сума аліментів входить до складу спадщини, оскільки згідно з законом аліменти є власністю того з батьків, з яким проживає дитина (ч. 1 ст. 179 СК України). Жодних підстав вилучити суму аліментів із спадкового майна немає, тому вони перейдуть до спадкоємців матері/батька дитини, який помер. Це не може бути сприйнято ані в теоретичному, ані у практичному сенсі.

Важко віднайти логіку також у тому, що навіть неповнолітня дитина, яка проживає з тим із батьків, на ім'я якого сплачуються аліменти, не набуває права власності щодо них. Новим цивільним законодавством неповнолітнім особам надані широкі можливості. Вони за згодою своїх батьків можуть укладати будь-які правочини, а також розпоряджатися доходом від свого майна. З урахуванням цього вбачається невинуватим закріплення права власності на аліменти, що сплачуються на неповнолітню дитину, за її батьками.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. — М., 1998. — С. 191.
2. Маслов В. Ф., Подопрігора З. А., Пушкин А. А. Действующее законодательство о браке и семье. — Харьков, 1972. — С. 32.
3. Семейное право : проблемы и перспективы развития (материалы «круглого стола») // Государство и право. — 1999. — № 9. — С. 97.
4. Ромовська З. В. Сімейний кодекс України : наук.-практ. комент. — К., 2003. — С. 21.
5. Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України / за ред. Ю. С. Червоного. — К., 2003. — С. 265.

Жилінкова І. В. Правове регулювання речових відносин у сім'ї: визначення концептуальних підходів

Анотація. Статтю присвячено визначенню сучасних концептуальних підходів до регулювання речових відносин у сім'ї та їх закріплення в новому законодавстві України. Виявлено проблеми, породжені недостатньою розробкою таких концептуальних підходів, та запропоновано шляхи їх подолання.

Ключові слова: концептуальні підходи, речові правовідносини, право власності, сім'я.

Жилинкова И. В. Правовое регулирование вещных отношений в семье: определение концептуальных подходов

Аннотация. Статья посвящена проблеме определения современных концептуальных подходов к регулированию вещных отношений в семье и их закреплению в новом законодательстве

України. Виявлені проблеми, викликані недостатньою розробкою таких концептуальних підходів, пропонується шлях їх вирішення.

Ключевые слова: концептуальні підходи, речові правовідносини, право власності, сім'я.

Zhylinkova I. Legal regulation of tangible relations in a family: determination of conceptual approaches

Annotation. The article is devoted to determination of modern conceptual approaches to regulation of tangible relations in a family and their containment in new legislation of Ukraine. There are identified the problems which arise from low elaboration of mentioned approaches, the solutions are proposed.

Key words: conceptual approaches, tangible legal relations, property rights, family.

ПЕРЕХІД ПРАВ НА ЗЕМЕЛЬНІ ДІЛЯНКИ ДЕРЖАВНОЇ ТА КОМУНАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ПІД ОБ'ЄКТАМИ НЕЗАВЕРШЕНОГО БУДІВНИЦТВА ПРИВАТНОЇ ВЛАСНОСТІ



В. НОСІК

*доктор юридичних наук,
член-кореспондент НАПрН України,
професор кафедри трудового, земельного
і екологічного права
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)*

Актуальність теми цієї статті зумовлена існуючими проблемами застосування норм чинного земельного законодавства, пов'язаними з тим, що в одних випадках місцеві органи державної влади чи органи місцевого самоврядування приймають рішення про відчуження земельних ділянок державної та комунальної власності разом із розташованими на них об'єктами незавершеного будівництва приватної власності у власність фізичних і юридичних осіб шляхом укладення договору купівлі-продажу чи передачі земельної ділянки в оренду, в інших — приймають рішення про відчуження у власність чи надання у користування таких ділянок на умовах оренди шляхом проведення земельного аукціону.

Наявність практичних проблем у неоднаковому застосуванні норм чинного земельного законодавства щодо набуття і реалізації власниками об'єктів незавершеного будівництва прав на земельні ділянки державної та комунальної власності пояснюється, по-перше, закріпленою у чинному за-

конодавстві України системою паралельного правового регулювання земельних і майнових відносин, у якій правовий режим земельних ділянок є похідним і залежним від права власності на розташовані на земельних ділянках об'єкти нерухомого майна; по-друге, наявними колізіями між нормами цивільного, земельного та іншого законодавства щодо визначення поняття «об'єкти нерухомого майна», «нерухомість», «земельна ділянка»; по-третє, відсутністю теоретичних розробок щодо вирішення у правозастосуванні проблем переходу прав на земельні ділянки державної власності під об'єктами незавершеного будівництва приватної власності.

У сучасних умовах правовідносини, що виникають у здійсненні прав на земельні ділянки під об'єктами незавершеного будівництва, мають публічно-приватний характер, що зумовлює необхідність комплексного підходу до застосування норм земельного, цивільного та іншого законодавства щодо визначення правового режиму земельних ділянок разом із розташованими на них

© В. Носік, 2011

об'єктами незавершеного будівництва, які належать фізичним і юридичним особам на праві приватної власності.

У чинному законодавстві по-різному визначаються поняття землі та земельної ділянки як об'єктів нерухомого майна. Перехід прав на земельні ділянки поєднується з переходом прав на будівлі та споруди або ж з переходом прав на об'єкти нерухомого майна. При цьому ЗК України не дає визначення поняття будівель і споруд, а також об'єктів нерухомого майна, нерухомості. Водночас у ЦК України та інших законодавчих актах земельні ділянки визначаються крізь призму нерухомих речей, об'єктів нерухомого майна, нерухомості [1–9].

Наявність значної кількості законодавчих визначень таких понять, як земля, земельна ділянка, нерухомість, об'єкти нерухомості, нерухоме майно зумовлює необхідність доктринального тлумачення змісту норм названих вище законодавчих актів у контексті переходу прав на земельні ділянки державної власності, на яких розташовані об'єкти незавершеного будівництва приватної власності.

Однією з природних ознак землі є її нерухомість. Тому для визначення юридичної природи землі як об'єкта суспільних відносин важливим є з'ясування юридичної сутності та співвідношення у правозастосуванні таких понять, як земля, земельна ділянка, нерухомість, нерухоме майно. Адже у чинному земельному законодавстві України земля не належить до об'єктів нерухомості. Правове регулювання суспільних відносин щодо об'єктів нерухомості на земельній ділянці здійснюється на основі норм цивільного законодавства, а реалізація суб'єктами прав на земельну ділянку забезпечується переважно нормами земельного законодавства України.

У Конституції України поняття землі та нерухомого майна як об'єктів права власності розмежовуються. Так, наприклад, у статтях 13–14 Основного Закону держави термін «земля» вживається у самостійному значенні без будь-якого співвідношення з іншими об'єктами нерухомості. Водночас у ст. 142 Основного Закону зазначається, що матеріальною і фінансовою основою місцевого самоврядування є рухоме і нерухоме майно, земля, що є у власності територіальних громад.

Відповідно до п. 1 ст. 79 ЗК України земельна ділянка — це частина земної поверхні з установленними межами, певним місцем розташування, з визначеними щодо неї правами. При цьому земна поверхня являє собою ґрунтовий шар, а також водні об'єкти, ліси і багаторічні насадження, які на ній знаходяться. Крім поверхневого шару, земельна ділянка як об'єкт права власності містить також простір над та під поверхнею ділянки на висоту і глибину, необхідні для зведення житлових, виробничих та інших будівель і споруд.

З огляду на законодавчу невизначеність співвідношення землі та нерухомості, необхідно зазначити, що в теорії земельного права не заперчується можливість визнання землі об'єктом нерухомості з встановленням особливого правового режиму її використання. При цьому немає єдності у підходах до розуміння землі як нерухомого майна і землі як об'єкта нерухомості. Так, наприклад, І. Каракаш вважає, що в економічному і правовому розумінні земля та інші об'єкти природного походження не є майном, у зв'язку з чим вони в законодавчому порядку виділені з системи майнових відносин [10, 66].

Інші автори зазначають, що у законодавстві доцільно запровадити таке

поняття, як нерухома власність, або ж земельна нерухомість, що містить як земельну ділянку з визначеними межами і правами, які діють у цих межах, так і все, що на ній розміщене та безпосередньо з нею пов'язане [11].

У цивільному, земельному законодавстві багатьох зарубіжних держав земля визнається нерухомістю, незалежно від того, чи розміщено на ній те чи інше нерухоме майно, а споруджені будівлі та інші об'єкти оцінюються як поліпшення на земельній ділянці, що є визначальним для здійснення прав на землю, захисту майнових, фінансових, корпоративних та інших прав і охоронюваних законом інтересів власників землі [12].

За чинним ЗК України та іншими законодавчими актами органи державної влади та місцевого самоврядування мають право надавати із земель державної та комунальної власності земельні ділянки фізичним і юридичним особам в оренду на підставі своїх рішень чи розпоряджень у порядку, визначеному ст. 123 ЗК України, або ж зобов'язані відчужувати юридичним і фізичним особам право на оренду земельних ділянок державної та комунальної власності на конкурентних засадах шляхом проведення земельного аукціону в порядку, передбаченому ст. 124, п. 1 ст. 134 та іншими статтями глави 21 ЗК України, а також постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження порядку продажу у 2010 році земель несільськогосподарського призначення на земельних торгах» від 2 вересня 2010 р. [13].

З огляду на наведені законодавчі положення можна стверджувати, що у чинному земельному законодавстві України визначено дві юридичні моделі щодо порядку надання органами державної влади та місцевого самоврядування земельних ділянок із зе-

мель державної та комунальної власності у користування на умовах оренди фізичним і юридичним особам: а) за адміністративними рішеннями цих органів, на підставі яких укладаються договори оренди між орендодавцем, — сільська, селищна, міська рада, районна, обласна державні адміністрації, КМ України, та орендарем — фізичною чи юридичною особою; б) на конкурентних засадах шляхом обов'язкового проведення земельного аукціону.

Вибір першої чи другої юридичної моделі надання земельних ділянок в оренду із земель державної та комунальної власності залежить від наявності чи відсутності законодавчо закріплених умов, які надають органам державної влади чи місцевого самоврядування право передати земельну ділянку в оренду на підставі своїх рішень чи розпоряджень, або ж зобов'язують ці органи провести земельний аукціон.

Доктринальне тлумачення змісту норм ЗК України та інших законів дає змогу визначити такі умови обов'язкового продажу права оренди земельної ділянки на земельному аукціоні: а) належність земельних ділянок до земель державної чи комунальної власності; б) наявність на таких ділянках об'єктів нерухомого майна державної та комунальної власності; в) відсутність на земельній ділянці будь-яких будівель і споруд; г) наявність на земельній ділянці майна підприємств загальнодержавної власності, що підлягають приватизації відповідно до закону; ґ) наявність на земельній ділянці об'єктів незавершеного будівництва державної та комунальної власності, що приватизовуються у встановленому законом порядку.

У разі встановлення хоча б однієї з названих умов закон зобов'язує орга-

ни державної влади та місцевого самоврядування організувати і провести земельний аукціон, за наслідками якого надати переможцю аукціону земельну ділянку в оренду шляхом укладення відповідного договору.

Водночас у ч. 2 ст. 134 ЗК України закріплені умови, за наявності яких земельні ділянки надаються в оренду фізичним і юридичним особам за рішеннями органів державної влади та місцевого самоврядування без обов'язкового проведення земельного аукціону в порядку, передбаченому ст. 123 ЗК України.

Зокрема, не підлягають продажу на конкурентних засадах (земельних торгах) земельні ділянки державної чи комунальної власності або права на них у разі розташування на земельних ділянках об'єктів нерухомого майна (будівель, споруд), що перебувають у власності фізичних або юридичних осіб.

За чинним ЦК України у приватній власності фізичних і юридичних осіб можуть бути будь-які види майна, які не заборонені законом, включаючи й об'єкти незавершеного будівництва, які за своєю природою є предметами матеріального світу (будівлі, споруди), що створені на земельних ділянках з використанням фінансових, матеріальних і людських ресурсів, мають вартісний вираз, не завершені будівництвом, тому не здані в експлуатацію й обліковуються у бухгалтерських звітах і балансах юридичних осіб як незавершені будівництвом основні фонди.

У правовому значенні будь-яке майно, тобто предмети матеріального світу, визначається крізь призму речей або сукупності речей, щодо яких можуть виникати цивільні права й обов'язки (ст. 170 ЦК України). Згідно зі ст. 190 ЦК України майном як особ-

ливим об'єктом вважається окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки. У цивільному законодавстві України проведена класифікація речей, серед яких закон вирізняє речі нерухомі та рухомі.

Згідно з п. 1 ст. 181 ЦК України до нерухомих речей (нерухоме майно, нерухомість) належать земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення. Таке визначення поняття нерухомих речей є універсальним для українського законодавства і тому закріплюється у багатьох спеціальних законах щодо об'єктів нерухомості, нерухомого майна, нерухомості.

Аналіз змісту та використання допустимих у теорії права методів тлумачення норми ст. 181 ЦК України в частині визначення поняття нерухомих речей дає змогу виокремити істотні юридичні ознаки, які мають бути притаманні тому чи іншому об'єкту при визначенні його належності до нерухомого майна чи нерухомості.

Безспірним є той факт, що земельна ділянка є самостійним об'єктом нерухомості, з приводу якого виникають суб'єктивні права та обов'язки.

Щодо об'єктів, які розташовані на земельній ділянці, то визначення їх належності до нерухомого майна зумовлено такими законодавчими вимогами: а) ці об'єкти розташовані на земельній ділянці та нерозривно пов'язані з землею, тобто вони не можуть існувати без землі; б) неможливість переміщення без їх знецінення та без зміни їх призначення.

При цьому знецінення об'єкта нерухомості може мати різні форми прояву. Так, наприклад, за Законом України «Про охорону культурної спадщини» нерухомий об'єкт культур-

ної спадщини — це об'єкт культурної спадщини, який не може бути перенесений на інше місце без втрати його цінності з археологічного, естетичного, етнологічного, історичного, архітектурного, мистецького, наукового чи художнього погляду та збереження своєї автентичності (ст. 1) [14].

Знецінення нерухомого майна при його переміщенні може відбуватися у вартісному виразі, фізичному і моральному зносі тощо. Крім норм ЦК України, необхідно враховувати також положення й інших законів, які закріплюють правовий режим того чи іншого нерухомого майна. Наприклад, у Податковому кодексі України для цілей оподаткування розмежовуються такі поняття, як земельна ділянка, об'єкти житлової нерухомості, об'єкти нерухомого майна (нерухомість) [15].

Зміна призначення об'єкта означає, що при переміщенні об'єкта нерухомого майна втрачається його основне функціональне використання, для якого створення того чи іншого нерухомого об'єкта на земельній ділянці було визначено у містобудівній документації.

У чинному законодавстві України по-різному закріплюється класифікація нерухомого майна. У ЦК України воно поділено на житлові будинки, будівлі, споруди тощо (ч. 2 ст. 331). Із аналізу змісту цієї норми можна зробити висновок, що ЦК України закріплює невичерпний перелік об'єктів нерухомого майна. Тому в інших законодавчих актах зроблена спроба деталізувати перелік об'єктів нерухомості. Закон України «Про інвестиційну діяльність» поділяє нерухоме майно на будинки, споруди, устаткування та інші матеріальні цінності (ст. 1), а Закон України «Про оренду державного та комунального майна» від 2 червня 1992 р. — на будівлі, споруди, приміщення (ст. 4) [16].

Закон України «Про податок з доходів фізичних осіб» провів поділ нерухомості, відмінної від землі, на будівлі, а саме: приміщення, пристосовані для постійного або тимчасового перебування в них людей, а також об'єкти власності, функціонально пов'язані з такими приміщеннями. Будівлі поділяються на: а) будинки (включаючи готелі, мотелі, кемпінги та інші подібні об'єкти туристичної інфраструктури), квартири, кімнати у багатосімейних (комунальних) квартирах, індивідуальні гаражі або місця на гаражних стоянках чи в гаражних кооперативах, дачні будинки та інші об'єкти дачної (садової) інфраструктури, відмінні від землі; б) споруди, а саме: об'єкти нерухомості, відмінні від будівель (п. 1.10.1 ст. 1).

В окрему групу можна об'єднати так звані специфічні нерухомі речі. Наприклад, об'єкти культурної спадщини (Закон України «Про охорону культурної спадщини»).

Універсального визначення поняття «будівлі та споруди» у чинному законодавстві України немає. Тому при визначенні правового режиму об'єктів незавершеного будівництва, як нерухомого майна, важливо встановити, чи належить той чи інший об'єкт на земельній ділянці до будівлі чи споруди.

Відповідно до Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності» від 17 лютого 2011 р. вирішення цих завдань пов'язується з встановленням таких юридичних фактів: а) надання земельної ділянки для спорудження будівель і споруд; б) наявність дозволу на виконання будівельних робіт на будівництво будівлі чи споруди [17].

На основі проведеного аналізу названих вище законодавчих актів можна стверджувати, що в разі надання земельної ділянки для будівництва

будівель і споруд та надання дозволу на виконання будівельних робіт на відведеній земельній ділянці незавершені будівництвом об'єкти за своїм правовим статусом необхідно відносити до нерухомості у вигляді будівлі чи споруди, які створені особою, належать їй на праві власності за законом відповідно до п. 1 ст 331 ЦК України, обліковуються у бухгалтерських звітах і балансах, і таке право може у визначених законом випадках (ст. 331 ЦК України) бути зареєстроване відповідно до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» від 1 липня 2004 р. [18].

Юридичний аналіз змісту норм ЦК України та інших законів щодо набуття права власності на об'єкти незавершеного будівництва дає змогу стверджувати, що правовий режим власності на об'єкти незавершеного будівництва може проявлятися у двох правових формах, які визнаються і захищаються законом.

Перша форма правового режиму власності закріплена у п. 1 і п 3 ст. 331 ЦК України, за якою до завершення будівництва особа вважається власником матеріалів, обладнання тощо, які були використані у процесі цього будівництва (створення майна). Відповідно до законів України «Про основи містобудування», «Про регулювання містобудівної діяльності» будь-яке будівництво має здійснюватися на відведеній у встановленому ЗК України порядку земельній ділянці після одержання від інспекції архітектурно-будівельного контролю дозволу на виконання будівельних робіт з визначенням об'єкта будівництва — будівля, споруда тощо.

Використовуючи комплексний підхід до тлумачення правових норм названих вище законів, можна дійти вис-

новку, що сутність першої форми правового режиму власності на об'єкти незавершеного будівництва полягає у тому, що незавершені будівництвом будівлі та споруди є новоствореним майном, що належить на праві власності особі, яке підтверджується документами про право власності чи користування земельною ділянкою, наданою для будівництва об'єктів нерухомого майна, проектно-кошторисною документацією, бухгалтерськими звітами і балансами, дозволом на виконання будівельних робіт, договорами Генерального підяду на будівництво об'єктів нерухомості тощо.

Відповідно до п. 1 і п 3 ст. 331 ЦК України особа, яка збудувала об'єкт незавершеного будівництва (будівлю, споруду), у разі необхідності може укласти договір щодо об'єкта незавершеного будівництва. При цьому ЦК України не визначає конкретно, який договір може бути укладений. Тому особа, яка забудувала земельну ділянку будівлею чи спорудою і не завершила будівництво та не здала їх в експлуатацію, може відчужувати належне їй новостворене нерухоме майно (будівлі, споруди) шляхом укладення договору купівлі-продажу чи інших договорів.

Друга форма правового режиму власності на об'єкти незавершеного будівництва пов'язується із здійсненням державної реєстрації права власності на новостворене майно у вигляді будівлі чи споруди, яка не завершена будівництвом. Відповідно до п. 3 ст. 331 ЦК України у разі необхідності особа, зазначена в абзаці 1 цієї частини, може укласти договір щодо об'єкта незавершеного будівництва, право власності на який реєструється органом, що здійснює державну реєстрацію прав на нерухоме майно на підставі документів, що підтверджу-

ють право власності або користування земельною ділянкою для створення об'єкта нерухомого майна, проектно-кошторисної документації, а також документів, що містять опис об'єкта незавершеного будівництва.

Отже, за чинним цивільним законодавством України розташовані на земельній ділянці будівлі та споруди, будівництво яких не завершено, мають визнаватися нерухомим майном, яке належить на праві власності особі на підставі документів, які підтверджують факт надання особі земельної ділянки для будівництва, одержання дозволу на виконання будівельних робіт, зроблені фінансові, матеріальні та інші витрати на спорудження об'єктів, іншими документами, а також документами, що підтверджують факт реєстрації таких об'єктів у БТІ, якщо така реєстрація проведена.

Екстраполяція розглянутих вище норм цивільного законодавства щодо правового режиму будівель і споруд, які не завершені будівництвом і належать особі на праві власності, на зміст абзацу 1 п. 2 ст. 134 ЗК України дає змогу стверджувати, що закріплений у цій нормі закону виняток щодо передачі земельної ділянки в оренду без обов'язкового проведення земельного аукціону може поширюватися на земельні ділянки, на яких розташовані незавершені будівництвом будівлі та споруди, що належать особі на праві власності, яке не було зареєстроване після укладення договору купівлі-продажу через відсутність законодавчо закріпленого порядку такої реєстрації і яке з 1 жовтня 2010 р. може бути зареєстроване відповідно до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень».

За таких умов надання земельних ділянок власникам об'єктів незавер-

шеного будівництва має здійснюватися відповідно до п. 3 ст. 124 ЗК України, за яким передача в оренду земельних ділянок, що перебувають у державній або комунальній власності, громадянам, юридичним особам, визначених частинами 2, 3 ст. 134 цього Кодексу, здійснюється в порядку, встановленому ст. 123 цього Кодексу.

При цьому сфера дії норми абзацу 1 п. 2 ст. 134 ЗК України не обмежується об'єктами незавершеного будівництва, а поширюється передусім на завершені будівництвом, здані в експлуатацію і зареєстровані у встановленому законом порядку будівлі та споруди. Не виключається, що ця норма закону може бути застосована до вирішення питання про надання земельних ділянок, на яких розташовані завершені будівництвом об'єкти нерухомості, однак не здані в експлуатацію чи не зареєстровані відповідно до закону.

За Конституцією України (ст. 14) право власності гарантується. Визнання особи власником будівель і споруд як нерухомим майном, будівництво яких не завершено, є ключовим юридичним фактом, з яким закон пов'язує настання юридичних наслідків щодо підстав і порядку набуття прав на земельні ділянки, на яких розташовані такі об'єкти нерухомості. У разі відчуження власником об'єктів нерухомості, які не завершені будівництвом, права на земельні ділянки, на яких розташовані такі об'єкти, набуваються з підстав і в порядку, передбаченому у статтях 116, 120, 123, 124 та інших нормах ЗК України.

Згідно з п. 1 ст. 120 ЗК України у разі набуття права власності на жилий будинок, будівлю або споруду, що перебувають у власності, користування іншої особи, припиняється право власності, право користування земельною ділянкою, на якій розташо-

вані ці об'єкти. При цьому у п. 2 названої статті закону передбачено, якщо жилий будинок, будівля або споруда розміщені на земельній ділянці, що перебуває у користуванні, то в разі набуття права власності на ці об'єкти до набувача переходить право користування земельною ділянкою, на якій вони розміщені, на тих самих умовах і в тому ж обсязі, що були у попереднього землекористувача.

Оскільки у цій нормі Кодексу не передбачені винятки щодо будівель і споруд, які не завершені будівництвом, то з цього можна зробити висновок, що названа норма має бути застосована у тих випадках, коли власник об'єктів незавершеного будівництва відчуває за договором такі будівлі та споруди іншим особам відповідно до п. 3 ст. 331 ЦК України. При цьому у п. 2 цієї статті закріплюється імперативна норма, за якою до набувача об'єктів незавершеного будівництва переходить право користування земельною ділянкою, на якій вони розміщені, на тих самих умовах і в тому ж обсязі, що були у попереднього землекористувача. Імперативний характер цієї норми ЗК України означає, що органи державної влади і місцевого самоврядування не можуть відмовити у наданні новому власнику об'єктів незавершеного будівництва і зобов'язані відповідно до статей 123, 124 та інших статей ЗК України виконати всі юридично значимі земельно-процесуальні дії щодо надання набувачеві таких об'єктів земельної ділянки за належним цільовим і функціональним використанням.

З другого боку, названа імперативна норма є юридичною гарантією захисту суб'єктивних земельних прав осіб, які набувають право власності на об'єкти незавершеного будівництва. Адже у разі відмови органу державної

влади чи місцевого самоврядування від передачі земельної ділянки із земель державної чи комунальної власності новому власнику об'єктів незавершеного будівництва у користування на тих самих умовах і в тому ж обсязі, що були у попереднього землекористувача, який розпочав і не завершив будівництво, набувач має гарантоване законом право звернутися до суду з вимогами про зобов'язання передати йому земельну ділянку відповідно до закону та договору оренди землі, а також відшкодувати матеріальну і моральну шкоду у зв'язку з невиконанням названими органами влади чи самоврядування норм чинного закону.

Оскільки органи державної влади чи місцевого самоврядування зобов'язані надати земельну ділянку набувачеві об'єктів незавершеного будівництва у користування на тих самих умовах і в тому ж обсязі, що були у попереднього землекористувача, то це означає, що такі земельні ділянки можуть бути надані новому власнику об'єктів незавершеного будівництва лише на підставі рішення чи розпорядження органів державної влади та місцевого самоврядування у межах їх повноважень та земельної юрисдикції.

У свою чергу, це виключає будь-яку можливість проведення земельних торгів щодо земельної ділянки державної та комунальної власності, на якій розташовані об'єкти нерухомого майна, які не завершені будівництвом і належать особі на праві приватної власності. Більше того, така земельна ділянка не може бути виставлена на торги, оскільки вона обтяжена правом власності особи на об'єкти незавершеного будівництва, які розташовані на такій ділянці.

На основі проведеного науково-теоретичного аналізу норм чинного за-

конодавства України щодо набуття права на оренду земельної ділянки, на якій розташовані об'єкти незавершеного будівництва, які належать фізичній чи юридичній особі на праві приватної власності, можна зробити такі висновки і рекомендації:

1. Споруджені на наданій і відведений у встановленому законом порядку земельній ділянці відповідно до одержаних особою згідно з містобудівним законодавством дозволів на виконання будівельних робіт будівлі та споруди, які не завершені будівництвом, є об'єктами нерухомості, що належать особі на праві власності як новостворене майно, що може бути в разі потреби відчужене за договором щодо об'єкта незавершеного будівництва на підставі документів, які підтверджують право власності або користування земельною ділянкою для створення об'єкта нерухомого майна, проектно-кошторисної документації, а також документів, що містять опис об'єкта незавершеного будівництва.

2. Визнання за особою права власності на об'єкти незавершеного будівництва є юридичним фактом, з яким закон пов'язує настання наслідків щодо переходу прав на земельні ділянки, на яких розташовані такі об'єкти. У разі укладення договору купівлі-продажу будівель і споруд, які не завершені будівництвом і розташовані на орендованих земельних ділянках, до набувача права власності на об'єкти

незавершеного будівництва переходить право користування земельними ділянками, на яких вони розміщені, на тих самих умовах і в тому ж обсязі, що були у попереднього землекористувача.

3. Закріплені у ЗК України імперативні приписи щодо переходу прав на земельні ділянки зобов'язують органи державної влади чи місцевого самоврядування у межах визначених законом повноважень виконати всі юридично значимі дії щодо надання земельної ділянки в оренду шляхом прийняття відповідного рішення чи розпорядження та укладення договору оренди земельної ділянки без організації та проведення земельних торгів у формі аукціону. У разі невиконання таких дій набувач об'єкта незавершеного будівництва має право звернутися до суду з вимогами про зобов'язання органів влади чи місцевого самоврядування передати земельні ділянки власнику таких об'єктів нерухомості, а також відшкодування заподіяної шкоди у зв'язку з порушенням земельних і майнових прав фізичної чи юридичної особи.

4. Право власності на придбані за договором купівлі-продажу об'єкти незавершеного будівництва підлягає державній реєстрації відповідно до п. 3 ст. 331 ЦК України, а також Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень».

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Конституція України від 28 червня 2006 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
2. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. — Ст. 461.
3. Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 р. // Офіційний вісник України. — 2001. — № 46. — Ст. 2038.
4. Про основи містобудування : Закон України від 16 листопада 1992 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 52. — Ст. 683.
5. Про регулювання містобудівної діяльності : Закон України від 17 лютого 2011 р. // Офіційний вісник України. — 2011. — № 18. — Ст. 735.

6. *Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень* : Закон України у редакції від 11 лютого 2010 р. // Офіційний вісник України. — 2004. — № 30. — Ст. 1993.
7. *Про особливості приватизації об'єктів незавершеного будівництва* : Закон України від 14 вересня 2010 р. // Офіційний вісник України. — 2000. — № 41. — Ст. 1733.
8. *Про інвестиційну діяльність* : Закон України від 18 вересня 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 47. — Ст. 646.
9. *Про іпотеку* : Закон України від 5 червня 2006 р. // Офіційний вісник України. — 2003. — № 28. — Ст. 1362.
10. *Каракаш І. І. Право власності на землю* // Земельне право України : підруч. / за ред. О. О. Погрібного, І. І. Каракаша. — К., 2003. — С. 66.
11. *Бондар О. Г. Земля як об'єкт права власності за земельним законодавством України* : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06. — К., 2005. — С. 13.
12. *Зарубежные модели решения земельного вопроса* // Земельный вопрос. — М., 1999. — С. 270–534.
13. Офіційний вісник України. — 2010. — № 67. — Ст. 2419.
14. Офіційний вісник України. — 2000. — № 27. — Ст. 1112.
15. Офіційний вісник України. — 2010. — № 92. — Ст. 3248.
16. *Відомості Верховної Ради України*. — 1992. — № 30. — Ст. 416.
17. Офіційний вісник України. — 2011. — № 18. — Ст. 735.
18. Офіційний вісник України. — 2004. — № 30. — Ст. 1993.

Носік В. В. Перехід прав на земельні ділянки державної та комунальної власності під об'єктами незавершеного будівництва приватної власності

Анотація. Досліджуються теоретичні та практичні питання щодо здійснення прав на земельні ділянки державної та комунальної власності разом із розташованими на них об'єктами незавершеного будівництва приватної власності.

Ключові слова: земельна ділянка, речі, нерухомість, нерухоме майно, незавершене будівництво, право власності, право на оренду землі, земельний аукціон.

Носик В. В. Переход прав на земельные участки государственной и коммунальной собственности под объектами незавершенного строительства частной собственности

Аннотация. Исследуются теоретические и практические вопросы осуществления прав на земельные участки государственной и коммунальной собственности вместе с находящимися на них объектами незавершенного строительства частной собственности.

Ключевые слова: земельный участок, вещи, недвижимость, недвижимое имущество, незавершенное строительство, право собственности, право на аренду земли, земельный аукцион.

Nosik V. Transfer of titles to land parcels of the state and communal ownership along with the unfinished private construction objects

Annotation. The article deals with theoretical and practical aspects regarding transfer of titles to land parcels of the state and communal ownership along with the unfinished private construction objects.

Key words: land parcel, things, real estate, immovable property, unfinished construction, right of ownership, right of land lease, land auction.

ОСОБЛИВОСТІ ДЕРЖАВНОЇ РЕЄСТРАЦІЇ ОБ'ЄКТІВ ЖИТЛОВОЇ НЕРУХОМОСТІ, ЩО РОЗТАШОВАНІ НА ЗЕМЕЛЬНИХ ДІЛЯНКАХ



С. СЛОБОДЯНЮК

перший заступник начальника

*Київського міського бюро технічної інвентаризації
та реєстрації права власності
на об'єкти нерухомого майна*

В основі будь-якої системи, у тому числі й системи реєстрації прав на нерухомість, повинні бути закладені певні принципи, відповідно до яких і будується вся система. Питання визначення правової природи об'єктів нерухомого майна, що розташовані на земельних ділянках, права стосовно яких підлягають державній реєстрації, є надзвичайно актуальним, особливо з урахуванням прийняття та введення в дію Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» та інших законодавчих актів України» від 11 лютого 2010 р. № 1878-VI.

Зокрема, у новій редакції Закону закріплено деякі нові положення щодо об'єктів цивільних прав. Зокрема, у ст. 5 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» визначено перелік прав стосовно об'єктів нерухомого майна, що розташовані на земельних ділянках, які підлягають державній реєстрації: 1) житлові будинки; 2) квартири; 3) будівлі, в яких розташовані приміщення, призначені для перебування людини, розміщення

рухомого майна, збереження матеріальних цінностей, здійснення виробництва тощо; 4) споруди (інженерні, гідротехнічні тощо) — земельні поліпшення, що не належать до будівель та приміщень, призначені для виконання спеціальних технічних функцій; 5) приміщення — частини внутрішнього об'єму житлових будинків, будівель, квартир, обмежені будівельними елементами. З огляду на цей перелік слід зазначити, що споруди, визначені п. 4 не належать до об'єктів житлового фонду, а будівлі, зазначені в п. 3, в яких розташовані приміщення, призначені для перебування людини, розміщення рухомого майна, збереження матеріальних цінностей, здійснення виробництва тощо можуть належати як до житлових, так і до нежитлових.

Зазначене вище зумовлює необхідність аналізу цих положень, виявлення суперечностей між ними, порівняння їх з положеннями ЦК, оскільки все це має велике значення для правильного й однозначного застосування норм чинного законодавства. Об'єктивні особливості житлової та нежитлової нерухомості зумовили необ-

© С. Слободянюк, 2011

хідність встановлення особливого правового режиму для визначених ст. 5 Закону об'єктів. Серед таких загальноправових проблем надзвичайно важливе місце посідає з'ясування сутності поняття «житлова нерухомість» та його правової природи.

Різним аспектам інституту державної реєстрації прав, у тому числі реєстрації прав на житло, приділяли увагу фахівці в галузі цивільного та адміністративного права, зокрема М. Галантич, І. Бандурка, М. Скаржинський П. Седугін, Є. Мічурін, П. Кулинич, Н. Кузнецова, В. Луць, Р. Шишка та ін.

Слід зазначити, що єдиної системи об'єктів нерухомого майна, що розташовані на земельній ділянці, не існує. Нерухоме майно становлять дві повністю відмінні категорії об'єктів житлової та нежитлової забудови.

Право на нерухоме майно має виражений публічно-правовий характер. Німецький учений-цивіліст Гірке писав, що «право на нерухомість... не стільки приватне право, скільки певна «соціальна позиція» особи» [1, 196]. В юридичній літературі І. Бандурка [2, 12] також висловила думку, що квартири та житлові будинки можуть належати до публічного майна і пропонує ввести в обіг категорію «публічні речі» для того, щоб «підкреслити їх двояке правове становище, особливий порядок їх набуття, обліку, використання чи поводження з ними».

М. Скаржинський пропонує поняття житла розглядати у вузькому і широкому значенні. Житло у вузькому розумінні — це призначений для постійного проживання і визначений цивільним правом різновид нерухомого майна як складова частина загальноправового конституційного інституту житла у вигляді обраного місця, адресно-географічні координати якого

визначають приміщення, спеціально призначене для вільного проживання людини, яке становить поняття «житло» у широкому розумінні [3, 76]. П. Седугін висловлює думку, що «термін житло означає особливу споруду або приміщення, спеціально призначене для проживання людей: житловий будинок, квартира, кімната разом з відповідною допоміжною площею (кухня, коридор, ванна кімната і т. п.), а також різного роду іншими об'єктами житлового фонду (ліфт та ліфтове господарство, інше інженерне обладнання)» [4, 12].

Визначення житлової нерухомості міститься в багатьох нормативно-правових актах національного законодавства, починаючи з ЦК України і завершуючи Податковим кодексом України, що свідчить про надзвичайну актуальність та важливість визначення правої природи житлової нерухомості та порядку державної реєстрації прав на нього.

Відповідно до п. 14.1.129 ст. 14 Податкового кодексу України, що набрав чинності з 1 січня 2011 р., об'єктами житлової нерухомості слід вважати будівлі, віднесені законодавством до житлового фонду, дачні та садові будинки.

У зв'язку з розширенням предмета об'єктів житлової нерухомості, стає зрозумілим, що необхідною є зміна різноманіття термінів (житло, житловий будинок, будинок, жиле приміщення, квартира багатоквартирних будинків, одноквартирний будинок, кімната у квартирах та одноквартирних будинках, де мешкають два і більше наймачів, житлові споруди, будівлі) на більш узагальнююче й універсальне поняття, яке є родовим до означених різновидів житла. У правовій літературі пропонується вживати поняття «житлове приміщення» як універсальне [5, 29–30].

Вважаємо найбільш вдалим використання терміна «житло» як узагальнюючої, родової категорії, що має практичне значення і має бути закріплене в Законі про реєстрацію, оскільки воно потребує свого законодавчого визначення. Ця термінологія відповідатиме поняттю, що застосоване у Конституції України (ст. 47).

Застосування саме цього терміна у нормативних актах останнім часом є не випадковим. Житло — це квартири багатоквартирних будинків, одноквартирні будинки, кімнати в квартирах чи одноквартирних будинках, а також інші приміщення, призначені для постійного або тимчасового проживання людей, що завершені будівництвом та віднесені у встановленому порядку до житлового фонду [6, 3]. В юридичній літературі виділяються чотири ознаки житла: 1) це певне приміщення; 2) воно призначене для проживання людей; 3) споруда повинна бути завершеною будівництвом; 4) віднесене до житлового фонду [7, 227].

Житлове приміщення повинно у встановленому порядку належати до житлового фонду. Про це свідчить інвентаризаційна справа, яка ведеться на кожен з об'єктів житлового фонду. Крім того, у Витязі з Реєстру прав, який є одним із необхідних документів при відчуженні житла, вказується, чи віднесена нерухомість до житлового фонду.

Останнім часом в Україні здійснюється будівництво різних споруд, що потребують державної реєстрації. Разом із тим правове регулювання житлового будівництва, а також пов'язаних із ним земельних відносин та відносин з подальшої експлуатації житлових комплексів не відповідає сучасному стану правового регулювання. При цьому спостерігається різне застосування термінів у земельній,

цивільній, будівельній, податковій та інших галузях законодавства.

У пункті 14.1.129 Податкового кодексу визначено, що до об'єктів житлової нерухомості належать будівлі, віднесені згідно з законодавством до житлового фонду, дачні та садові будинки.

Але ці визначення не відповідають ЦК України, в якому вперше, у 2003 р., визначено поняття житла. Так, житлом фізичної особи в загальному плані є житловий будинок, квартира, інше приміщення, призначені та придатні для постійного проживання в них (статті 379, 382 ЦК України). Житловим будинком є будівля капітального типу, споруджена з дотриманням вимог, встановлених законом, іншими нормативно-правовими актами, і призначена для постійного у ній проживання. Квартирою є ізольоване помешкання в житловому будинку, призначене та придатне для постійного у ньому проживання. Особлива увага приділяється саме багатоквартирному житлу як окремому майновому об'єкту [8, 104–105]. Термін «житло» є відомим і застосовується в житловому праві, інших галузях та правових інститутах. У ЦК України також використовується термін «помешкання» (ч. 1 ст. 812), яким є «квартира або її частина, житловий будинок або його частина»; цей термін є узагальнюючим щодо всіх «приміщень, придатних для проживання», тобто жилих приміщень.

У ЦК України виділено дво- і багатоквартирні будинки, а також житлові будинки, не зазначаючи кількість квартир у них (ч. 2 статті 331, 351, 357, 379, 380 ЦК України). Звичайно правовий режим дво- і багатоквартирного будинків значно відрізняється від індивідуального житлового будинку садибного типу.

Як річ житло може бути подільним і неподільним, може перебувати у спільній частковій чи спільній сумісній власності. При цьому місця загального користування залишаються у спільній сумісній власності без зміни їх цільового використання. Під іншим житловим приміщенням слід розуміти кімнату. У ЦК України це питання не розкривається, але можливо визначити, що кімната — це житлове приміщення у житловому будинку, що побудоване, прибудоване або відокремлене для проживання громадян, має вихід у квартиру.

До складу квартири входять і нежилі приміщення — приміщення в житловому будинку, яке належить до житлового фонду і не може бути самостійним об'єктом цивільно-правових відносин. Фактично квартири з нежилими приміщеннями включають в себе повітряний обсяг, обмежений внутрішніми поверхнями конструкцій. Відповідно до ст. 381 ЦК України земельна ділянка разом із розташованими на ній житловим будинком, господарсько-побутовими будівлями, наземними і підземними комунікаціями, багаторічними насадженнями визнається садибою.

Статтею 3 Закону України «Про житловий фонд соціального призначення» до житла житлового фонду соціального призначення віднесено: квартири в багатоквартирних жилих будинках, садибні (одноквартирні) жилі будинки, які надаються громадянам у порядку черги на одержання соціального житла; жилі приміщення у соціальних гуртожитках, які надаються громадянам на час їх перебування на соціальному квартирному обліку за умови, що таке житло є єдиним місцем їх проживання.

Чинний ЖК УРСР 1983 р. визначає, що жилі будинки, а також жилі

приміщення в інших будівлях, що знаходяться на території України, утворюють житловий фонд, який включає: жилі будинки (частини будинків), квартири, що належать громадянам на праві приватної власності; квартири в багатоквартирних жилих будинках, садибні (одноквартирні) жилі будинки, а також жилі приміщення в інших будівлях усіх форм власності, що надаються громадянам, які відповідно до закону потребують соціального захисту (житловий фонд соціального призначення).

Не вніс ясності й Проект ЖК [9], прийнятий Верховною Радою у першому читанні, де у ст. 1 визначено: житлова будівля — це садибні, багатоквартирні житлові будинки, гуртожитки всіх видів і житлові комплекси. При цьому під житлом розуміється не тільки квартира, кімната в житловому будинку, а й об'єкти житлового фонду, такі як садибний будинок, житловий блок/секція у гуртожитку, а також житлові приміщення в нежитлових будівлях, спорудах, призначені та придатні для постійного проживання людей і прийняті в експлуатацію в установленому порядку.

До нежитлових будівель та споруд віднесено ті, в яких розташовані житлові приміщення, капітальні споруди, що складаються з несучих та огорожувальних або сполучених (несучо-огорожувальних) конструкцій, які утворюють наземні або підземні приміщення виробничого чи іншого нежитлового призначення, в яких розташовані окремі житлові приміщення (житлові кімнати, житлові секції чи житлові блоки).

Незважаючи на використання терміна «котедж, житлові комплекси, дачний будинок» в Податковому кодексі України, в інших законах не передбачено визначення, наприклад,

такого терміна — «котедж» як об'єкта нерухомості. Законодавство застосовує інші подібні поняття, такі як житло, будинок (одноквартирний, індивідуальний, багатоквартирний), садиба, садибний будинок, садовий будинок, дачний будинок тощо, і це не лише ускладнює законодавчу термінологію, а й призводить до неоднозначного тлумачення одних і тих самих понять, що використовуються законодавцем.

Термін «котедж» походить від англійського «*cottage*», що у своєму первинному значенні означало селянський будинок, а наразі означає невеликий житловий будинок: з ділянкою землі, будинок, розрахований на одну сім'ю. Згідно з ДБН 2.2.15.2005 «котедж» — це одноквартирний 1–3-поверховий житловий будинок, міський, позаміський або сільський, із невеликою ділянкою землі, розрахований на одну сім'ю. На практиці це поняття використовується для позначення будинку, призначеного для постійного чи тимчасового проживання, який є нерухомим майном і знаходиться у приватній власності. До котеджів належать досить різні за своїм архітектурним рішенням та місцезнаходженням житлові будинки. Ними можуть бути індивідуальні житлові будинки, які знаходяться окремо від інших будівель, багатоквартирні жилі будинки (таунхаузи або багатоквартирні котеджі), що складаються з двох-трьох будинків, у кожному з яких є власний вхід, гараж і закріплена земельна ділянка. Використання термінології чинного законодавства дозволить охарактеризувати котедж як різновид індивідуальної житлової забудови, на регулювання якої поширюються Державні будівельні норми (далі — ДБН) 2.2.15.2005 «Житлові будинки. Загальні положення».

Одночасно слід зазначити, що в ДБН 2.2.15.2005 «Житлові будинки. Загальні положення» існує термін «особняк» — одноквартирний комфортабельний, як правило, 1–3-поверховий багатокімнатний міський житловий будинок, призначений для однієї сім'ї, але в законах таке поняття не визначено.

Відповідно до ст. 38 Земельного кодексу України до земель житлової та громадської забудови належать земельні ділянки в межах населених пунктів, які використовуються для розміщення житлової забудови, громадських будівель і споруд, інших об'єктів загального користування. На землях житлової забудови споруджуються житлові будинки. Такі землі можуть знаходитись лише в межах населених пунктів (ст. 38 ЗК України).

Відповідно до ДБН 36092 «Містобудування. Планування й забудова міських і сільських поселень» виділяють садибну забудову й садово-дачну забудову. Територія садибної забудови в контексті цих ДБН відповідає землям житлової і громадської забудови (функціональне використання земельних ділянок для будівництва та обслуговування жилого будинку) відповідно до термінології ЗК України. ДБН дають визначення сільського садибного будинку (жилий будинок для однієї родини загальною площею, як правило, до 250 м², розташований на земельній ділянці в сільській місцевості разом із спорудженнями господарського призначення, садом і городом), а також визначення індивідуального жилого будинку (одноквартирний будинок, що має прибудинкову ділянку).

З приводу садово-дачної забудови вказані ДБН передбачають, що території дачних і садівничих поселень (районів) призначаються для органі-

зації позаміського відпочинку громадян, ведення садівничого й городнього господарства з можливістю розміщення садових або дачних будинків. При цьому ДБН закріплюють визначення дачного і садового будинку. Дачний будинок — це жилий будинок для використання впродовж року з метою заміського відпочинку. Садовий будинок — будівля для літнього (сезонного) використання, що у питаннях нормування площ забудови, зовнішніх конструкцій та інженерного устаткування не відповідає нормативам, установленим для жилих будинків.

Підсумовуючи викладене, законодавцю слід чіткіше визначитись зі статусом житлових будинків.

Наприклад, садові будинки не є житловими, хоч по суті можуть використовуватись і для постійного проживання, адже конкретних обмежень і заборон щодо цього чинне законодавство не містить.

Отже, для єдиного застосування юридичної термінології у ст. 2 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» законодавцю необхідно дати визначення житлової нерухомості, до якої віднести жилі будинки (частини будинків), квартири, що належать фізичним особам на праві приватної власності, перебувають у власності держави, територіальної громади чи юридичної особи, а також садові будинки, якщо названі будівлі не використовуються для господарської діяльності.

Будівлі — жилі будинки або їх частини (квартири), садові будинки, а також інші постійно розташовані будівлі, які використовуються з метою проживання. Квартира — ізольована частина жилого будинку, яка призначена для мешкання одиної особи, однієї або кількох сімей, має обладнані

жилі та підсобні приміщення і окремий вихід на сходову клітку, в галерею, коридор, вулицю або у двір, що буде відповідати ст. 5 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», за якою державній реєстрації підлягають права стосовно об'єктів нерухомого майна, що розташовані на земельній ділянці: 1) житлові будинки; 2) квартири.

Слід зазначити, що відповідно до прикінцевих положень Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» державна реєстрація прав на житлову нерухомість на будівлі та споруди здійснюється за правилами, встановленими головним чином наказами Міністерства юстиції України, а державна реєстрація прав на земельні ділянки здійснюється за правилами, встановленими Державним комітетом земельних ресурсів України. Отже, окреслення на понятійному рівні терміна «житлова нерухомість» сприятиме єдиному вживанню та систематизації термінології у нормативних документах. Цей термін є найбільш уніфікованим поряд з іншими термінами, що також вживаються: «житловий будинок», «житлове приміщення» тощо та охоплює усі існуючі об'єкти житлового фонду. Виділення ознак житлової нерухомості дозволить безпомилково визначити цей об'єкт права серед інших з урахуванням притаманних йому специфічних якостей. Цивільним законодавством завжди встановлювалися особливості цивільного обігу різних видів споруд, встановлювалися особливі норми про право власності на житло тощо. Правове регулювання відносин, яке виникає щодо житлової нерухомості, має диференціюватися залежно від специфіки того чи іншого об'єкта, його

економічного або соціального призначення тощо.

Введення цього поняття дозволить уникнути непорозумінь, неточностей та двозначностей при тлумаченні по-

няття «житлова нерухомість». Пропонуємо до житлової нерухомості віднести об'єкти, розташовані на земельній ділянці, які пов'язані з нею особливостями функціонального призначення.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Deutsches Privatrecht*. Bd. II (1905). S. 358 // Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. — Изд. 4-е, испр. — М., 2003. — С. 196.
2. Бандурка І. В. Приватизація державного житлового фонду — основа функціонування ринкових відносин в Україні. — Х., 1998. — С. 12.
3. Скаржинський М. Поняття житла в цивільному праві України // Підприємництво господарство і право. — 2004. — № 9. — С. 76.
4. Седугин П. И. Жилищное право : учеб. для вузов. — М., 2002. — С. 12.
5. Кузьмина И. Понятие жилого помещения // Российская юстиция. — 2001. — № 9. — С. 29–30.
6. Мічурін Є. О. Цивільний договір як один із засобів реалізації права на житло : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Х., 2000. — С. 3.
7. Мічурін Є. О. Поняття житла та його ознаки // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. — 2002. — № 1. — С. 227–230.
8. Галантич М. К. Житлове право України : навч. посіб. — К., 2007. — 528 с.
9. Проект Житлового кодексу України // gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc34?id=&pf3511
10. Государственная регистрация прав на недвижимость : проблемы регистрационного права / отв. ред. А. Р. Кирсанов. — М., 2003. — С. 45–46.
11. Кулинич П. Правові аспекти становлення державної реєстрації прав на нерухомість в Україні // Юридична газета. — 2006. — № 10. — С. 3.

Слободянюк С. О. Особливості державної реєстрації об'єктів житлової нерухомості, що розташовані на земельних ділянках

Анотація. У статті здійснено аналіз об'єктів житлової нерухомості, розташованих на земельних ділянках, права стосовно яких підлягають державній реєстрації, виділено загальне поняття державної реєстрації житлової нерухомості, а також її складові, які запропоновано взяти до уваги при подальшому вдосконаленні чинного законодавства.

Ключові слова: державна реєстрація, житлова нерухомість, об'єкти державної реєстрації.

Слободянюк С. А. Особенности государственной регистрации объектов жилищной недвижимости, расположенных на земельных участках

Аннотация. В статье осуществлен анализ объектов жилищной недвижимости, расположенной на земельных участках, права относительно которых подлежат государственной регистрации, выделено общее понятие государственной регистрации жилищной недвижимости, а также ее составляющие, которые предложено принять к сведению при дальнейшем совершенствовании действующего законодательства.

Ключевые слова: государственная регистрация, жилищная недвижимость, объекты государственной регистрации.

Slobodianiuk S. Peculiarities of state registration of objects of the residential real estate, which are located on land plots

Annotation. The analysis of objects of the residential real estate, which are located on land plots, was accomplished in the article, the rights on which are subject to the state registration, the common concept of state registration of the residential real estate, and also its composition, which are proposed for consideration during further improvement of legislation.

Key words: state registration, residential real estate, objects of state registration.

ПРОБЛЕМИ ВЗАЄМОДІЇ НОТАРІАЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ДІЯЛЬНОСТІ ЩОДО ДЕРЖАВНОЇ РЕЄСТРАЦІЇ РЕЧОВИХ ПРАВ



Л. ЄФІМЕНКО

Голова Державної реєстраційної служби України

З прийняттям Цивільного кодексу України постало завдання удосконалення законодавчого врегулювання нотаріальної діяльності та діяльності щодо державної реєстрації речових прав. У цьому контексті сьогодні додаткової актуальності набуває питання дослідження не лише апробованих віками у різних правових системах змісту та форм цих видів діяльності, а й їх взаємодії. У практичному аспекті реальність стану цивільного обороту вимагає більш повного використання потенціалу організаційної складової інститутів нотаріату нотаріальної та державної реєстрації речових прав, діяльність яких має бути спрямована на забезпечення його безпеки.

У юридичній літературі існують багатоманітні підходи щодо дослідження інституту нотаріату, що знайшло своє висвітлення у працях українських дослідників, зокрема В. Баранкової, О. Дзери, Г. Гулевської, М. Дякович, І. Жилінкової, Н. Кузнецової, О. Кохановської, Р. Майданика, Є. Мічуріна, В. Мусіяки, Л. Радзівської, І. Спасибо-Фатєєвої, К. Федорової, С. Фурси, В. Черниша,

Л. Ясинської та ін. Стосовно досліджень у сфері державної реєстрації речових прав варто відзначити напрацювання В. Сенчука, С. Фурси та ін.

Оцінюючи значення нотаріальної діяльності та державної реєстрації речових прав у забезпеченні ними стабільності цивільного обороту та необхідності вдосконалення законодавства з цих питань, слід звернути увагу на те, що у Верховній Раді України знаходяться на розгляді ряд проектів нової редакції Закону України «Про нотаріат», проект Нотаріального процесуального кодексу, з яких Комітетом з питань правової політики прийнято рішення рекомендувати Верховній Раді повернути їх суб'єктам права законодавчої ініціативи на доопрацювання. Крім цього, під час реалізації заходів, спрямованих на нормативне регулювання відносин, пов'язаних з державною реєстрацією речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень, були виявлені недоліки, які в подальшому можуть призвести до ускладнень застосування Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень». З часу набрання чинності

зазначеним Законом відбулися певні зміни у законодавстві, які потребують перегляду окремих його норм. В організаційному плані здійснюються заходи, спрямовані на оптимізацію діяльності органів виконавчої влади. Ці та інші обставини зумовлюють вироблення єдиних підходів у питанні сутності нотаріальної діяльності та державної реєстрації речових прав, правової природи відносин у цих сферах, розмежування цих видів діяльності від інших видів, таких як інвентаризація, облік тощо.

Визначальним чинником функціонування цивільного обороту є право власності, забезпеченість якого здійснюється через механізми його реалізації та захисту. На сьогодні чільне місце в забезпеченні виконання суб'єктивних прав, їх охорони від порушень та оскарження посідає інститут нотаріату та інститут державної реєстрації речових прав.

Досліджуючи правову природу основоположних елементів радянського нотаріату, К. Юдельсон дійшов висновку, що нотаріальна діяльність полягає у юридичному закріпленні суб'єктивних цивільних прав, довготерміновому зберіганні документів, в яких відображені ці права, посвідченні безспірних обставин, що мають значення для здійснення правомочностей, провадженні охоронних дій, забезпеченні виконання зобов'язань та сприянні їх здійсненню, примушуванні до виконання безспірних зобов'язань та вчиненні інших дій, тісно пов'язаних з цивільним оборотом [1]. Автор також зазначав, що нотаріат того часу також здійснював державну функцію нагляду за законністю правочинів обороту та надавав всесторонню допомогу необізнаним у праві громадянам. Л. Лесницька, характеризуючи нотаріат того періоду, зазначала, що

сутність нотаріальної діяльності полягає в тому, що вона, маючи посвідчувальний, підтверджуючий характер, юридично закріплює цивільні права з метою попередження в подальшому їх можливого порушення [2].

З розпадом СРСР на теренах України ступінь дослідженості нотаріату як органу (інституту) охорони цивільних прав піднявся на більш якісний рівень. З цього приводу С. Фурса справедливо надавала високу оцінку українським теоретикам нотаріату, вказуючи на глибину їх поглядів щодо поставлених завдань [3]. У зв'язку з розширенням змістовного розуміння сутності нотаріальної діяльності Л. Радзівська вказує на значимість регуляторної функції нотаріату у посиленні правового регулювання господарських відносин, виокремлює основні завдання нотаріату, які полягають у захисті та охороні власності, прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб, здійсненні контролю за законністю в цивільному обороті та запобіганні можливим правопорушенням. На її переконання, сутність нотаріальної діяльності полягає в посвідченні та підтвердженні певних прав і фактів, юридичному закріпленні цивільних прав із метою запобігання можливим порушенням або є засобом захисту вже порушених прав [4].

Зазначимо, що сучасне законодавче визначення нотаріальної діяльності як дій органів і посадових осіб в посвідчуванні прав, а також фактів, що мають юридичне значення, та вчиненні інших нотаріальних дій, передбачених законом, з метою надання їм юридичної вірогідності певною мірою кореспондується з запропонованими науковцями дефініціями.

У подальшому, аналізуючи сутність нотаріальної діяльності крізь призму виконання нею функцій щодо за-

побігання спорів та порівнюючи таку діяльність із судовою, В. Баранкова визначає нотаріальну діяльність як типовий варіант юридичного процесу [5], а нотаріат як інститут превентивного правосуддя [6]. Незважаючи на те, що нотаріат в аспекті інституту превентивного правосуддя згадується в Резолюції Європейського Парламенту «Про нотаріат» (1994 р.), таке його розуміння викликає неоднозначне сприйняття як українськими, так і іноземними науковцями. Аналізуючи стан законодавчого врегулювання нотаріату, В. Баранковою відстоюється позиція прийняття закону про організацію нотаріату та Нотаріального процесуального кодексу [7].

Вагомий внесок у дослідження нотаріату роблять праці С. Фурси. Важливим з огляду на нотаріат як на орган (інститут) охорони цивільних прав та інтересів є її внесок у розроблення правової концепції охорони і захисту прав фізичних і юридичних осіб та держави в нотаріальному порядку, у закладення правових основ науки про нотаріат та комплексне розкриття правової природи нотаріальних правовідносин. На підставі проведених досліджень С. Фурса запропонувала теоретичну модель «нотаріату в Україні» як структуру нотаріальних органів, на яку покладається правоохоронна та правозахисна державна функція, що має здійснюватись відповідно до змісту нотаріального процесу та передбаченої законодавством процедури. Змістом діяльності нотаріату визначається правоохоронна та правозахисна діяльність, яка державою покладена на спеціальну структуру органів та на окремих посадових осіб [8, 33]. Вона вважає за необхідне розробку не окремого закону, що регулюватиме нотаріальну діяльність, а Нотаріального кодексу [8, 280].

Говорячи про актуальність досліджень у цій сфері, варто відзначити як позитив намагання вчених та практиків-правознавців започаткувати висвітлення в межах певного видання різносторонніх проблем нотаріальної діяльності [13].

На превеликий жаль, ми не можемо говорити про такий активний стан дослідженості у сфері державної реєстрації речових прав, як у сфері нотаріату. Водночас слід звернути увагу на праці С. Фурси, яка аналізувала реєстраційну діяльність у її взаємодії з нотаріальною, та В. Сенчука, дисертаційна робота якого присвячена історико-правовому аналізу правового забезпечення реєстрації нерухомого майна та прав на нього в Україні. Беручи до уваги такий стан, при розробці пропозицій щодо вдосконалення законодавчого врегулювання необхідно спиратись на наукові доробки в аналогічних нашій державі правових системах, які в цьому напрямі мають змістовні напрацювання [14], а також на національні дослідження тих правових інститутів, які є базовими при здійсненні державної реєстрації речових прав.

Як і будь-яке інше правове явище, нотаріальна діяльність та державна реєстрація речових прав мають свої історичні витоки. Їх виникнення та запровадження зумовлено взаємозв'язком речового та зобов'язального права [9] та наданням певної правової форми наслідкам такої взаємодії, яка проявлялась у знаковому підтвердженні виникнення права, яким би засвідчувалось його існування. Встановлення юридичної дії за своїм змістом становило укріплення права (*corroboratio*). Унаслідок такої дії «право стає міцнішим, твердим, і саме тому акт укріплення (але письмовий) називався також кріпостою» [10]. Під час свого

розвитку «кріпосна система укріплення прав», як зазначається в дослідженнях з цього питання, [11] з прийняттям у 1866 р. Положення про нотаріальну частину трансформувалась у «нотаріальну» реєстраційну систему. Прогресивність цієї системи проявилась у необхідності проведення перевірки правильності вчинення акта, відсутності заборони чи спору стосовно майна та внесення відповідних записів до реєстру.

Нотаріальна діяльність та державна реєстрація речових прав є самостійними видами діяльності. Їх здійснення прямо передбачено приписами Цивільного кодексу України та закріпленими у відповідних законах нормами, які за своїм змістом є цивільними, а за формою віднесені до актів цивільного законодавства.

ЦК України (статті 182, 210 та ін.) визначено коло об'єктів, які підлягають державній реєстрації, а також випадки (ст. 209 та ін.), за яких вчинення нотаріальної дії є обов'язковим.

Не залишено поза межами Цивільного кодексу також суб'єктів, які провадять реєстраційну та нотаріальну діяльність. Державна реєстрація прав на нерухомість і правочинів щодо нерухомості є публічною та здійснюється відповідним органом (ст. 182). Вчинення нотаріальних дій, як це визначено у ст. 209 ЦК України, є компетенцією нотаріусів або інших посадових осіб, які відповідно до закону мають право на вчинення таких дій.

Основною ознакою подібності нотаріальної дії (наприклад посвідчення правочину) та державної реєстрації речових прав у сфері цивільного обороту є фіксація прав. Реєстрація речових прав як державна діяльність є правозастосовною діяльністю. При реєстрації речових прав держава офіційно визнає і підтверджує факт виникнен-

ня, переходу або припинення прав шляхом внесення запису до Державного реєстру. Фіксація прав при реєстрації здійснюється у формі внесення запису у Реєстр. Посвідчення правочину провадиться шляхом вчинення посвідчувального напису. Доказом вчинення нотаріальної дії, як це впливає зі ст. 52 Закону України «Про нотаріат», є запис нотаріуса у реєстрі вчинених нотаріальних дій. Отже, при нотаріальній дії правовою формою фіксації права є посвідчувальний напис.

Разом із цим законодавець у ст. 334 ЦК України розводить у часі моменти набуття права власності на майно за договором, який підлягає нотаріальному посвідченню, та виникнення права на нерухоме майно, право на яке підлягає реєстрації. Не будемо зупинятись на дотриманні вимог нормопроектувальної техніки при внесенні змін до ч. 4 цієї статті, оскільки загальна норма не може мати місце у спеціальній. Зазначимо, що на практиці це може призвести до неправильності розуміння правового припису і у зв'язку з цим потребує змін.

Таке розмежування у часі моменту набуття права може поставити у пріоритетне становище реєстратора прав по відношенню до нотаріуса та, як наслідок, призвести до ревізування реєстратором вчинених нотаріальних дій.

Закон зобов'язує реєстратора, з одного боку, встановити відповідність заявлених прав і поданих документів вимогам законодавства. Документи, що встановлюють виникнення, перехід, припинення прав на нерухоме майно і подаються для державної реєстрації прав, повинні відповідати вимогам, встановленим законом та іншими нормативно-правовими актами. Поза сумнівом, це документи, у більшості з яких відображені но-

таріальні дії. З другого боку, реєстратор відмовляє у державній реєстрації у разі, якщо подані документи не відповідають встановленим законом вимогам або не дають змоги встановити відповідність заявлених прав документам, що їх посвідчують. Ці документи також були предметом попереднього опрацювання нотаріусом. До цього варто додати, що у певних випадках сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд. Такий договір у випадках, встановлених законом, також підлягає нотаріальному посвідченню.

З цього приводу можна вести певну дискусію, зважаючи на те, що законодавець відніс розгляд справ щодо правомірності вчинення нотаріальних дій та нотаріальних актів до компетенції суду. Але закон містить і певний недолік, оскільки правом на оскарження наділена лише особа, прав та інтересів якої стосується нотаріальна дія чи нотаріальний акт. Необхідно мати на увазі, що за своїм призначенням нотаріальний акт повинен визнаватись всіма особами та державними органами до того часу, поки він не буде відмінений у судовому порядку. Держава делегувала саме нотаріусу як гаранту правової безпеки повноваження по встановленню юридичних фактів. Реєстратор речових прав не вправі відмовити в реєстрації права на основі нотаріального акта, поки інше не буде встановлено судом.

Звичайно, організаційними заходами ця проблема не може бути вирішена.

На першому етапі є необхідним встановлення виключно законом вимог, яким мають відповідати документи, що подаються реєстратору речових прав, розглянути доцільність наділення такого реєстратора правом

судового оскарження нотаріальних дій та нотаріального акта. Враховуючи потенціал нотаріату в забезпеченні стабільності цивільного обороту, доцільно покласти на нотаріусів повноваження щодо підготовки документів та подання заяв про державну реєстрацію прав, що виникають із правочинів, які ними посвідчувались. Необхідність такого кроку пояснюється не лише подібністю використання як реєстраторами прав, так і нотаріусами засобів формалізації суб'єктивних прав, а насамперед самою природою нотаріального акта та необхідністю розмежування повноважень як нотаріусів, так і реєстраторів речових прав. На практиці це призведе до налагодження тісної співпраці між ними.

Запропоновані заходи можуть лише частково вирішити існуючу проблему взаємодії нотаріальної діяльності та діяльності щодо державної реєстрації речових прав, оскільки основна причина знаходиться у виборі способів та методів регулювання відносин у цих сферах.

Основним спрямуванням діяльності нотаріату є регулювання та охорона цивільних відносин. Саме тому функції нотаріату мають бути спрямовані як на укріплення правового становища учасників цих відносин, так і на укріплення найважливіших зобов'язальних відносин [12], що слугуватиме стабілізації та безпеці цивільного обороту. Однак на сьогодні місце нотаріату в системі регулювання цивільних відносин визначено на недостатньому рівні. У зв'язку з цим постає необхідність визнання Цивільного кодексу України основоположним законодавчим актом у сфері регулювання нотаріальної діяльності. Він має стати основою для подальшої розробки законодавства, яке б урегульовува-

ло повною мірою цю діяльність, ного права є визначальними у забезпе-
оскільки норми матеріального цивіль- ченні охоронної функції нотаріату.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Юдельсон К. С. Советский нотариат. — М., 1959. — С. 22–27.
2. Нотариат в СССР / Л. Ф. Лесницкая, Р. И. Виноградова, Д. Х. Гольская. — М., 1985. — С. 4.
3. Фурса С. Я., Фурса Є. І. Нотаріат в Україні. Теорія і практика : навч. посіб. — К., 2001. — С. 11.
4. Радзієвська Л. К., Пасічник С. Г. Нотаріат в Україні. — К., 2000. — С. 9–10
5. Нотаріат в Україні : підруч. / за ред. В. В. Комарова. — К., 2006. — С. 41–45.
6. Баранкова В. В. Проблеми нотаріальної форми охорони та захисту прав : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. — Х., 1997. — С. 14.
7. Комаров В. В. Баранкова В. В. Нотаріат : перспективи унормування, законодавство, судова практика. — Х., 2008. — С. 21.
8. Фурса С. Я. Нотаріальний процес : Теоретичні основи. — К., 2002. — 320 с.
9. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. — М., 2005. — Т. 1. — С. 238–239.
10. Мейер Д. И. Русское гражданское право : в 2 ч. — М., 2003. — С. 287.
11. Сенчук В. В. Правове забезпечення реєстрації нерухомого майна та прав на нього в Україні : історико-правовий аналіз : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01. — К., 2009. — С. 10.
12. Завялов А. А., Медведев И. Г., Усович Л. В. Стратегия развития нотариата как института, обеспечивающего защиту прав граждан, в системе других юридических институтов // Закон. — 2010. — № 10. — С. 179.
13. Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2010. — № 8.
14. Алексеев В. А. Недвижимое имущество : государственная регистрация и проблемы правового регулирования. — М., 2007.

Єфіменко Л. В. Проблеми взаємодії нотаріальної діяльності та діяльності щодо державної реєстрації речових прав

Анотація. У статті наводиться ступінь дослідження нотаріату та державної реєстрації речових прав на нерухоме майно, а також висвітлюються основні проблеми взаємодії у цих сферах.

Ключові слова: нотаріат, реєстрація речових прав, правочин.

Ефименко Л. В. Проблемы взаимодействия нотариальной деятельности и деятельности по государственной регистрации имущественных прав

Аннотация. В статье дается степень исследования нотариата и государственной регистрации имущественных прав, а также освещаются основные проблемы взаимодействия в этих сферах.

Ключевые слова: нотариат, регистрация имущественных прав, сделка.

Yefimenko L. The problem of the interaction of the notarial activities and the activity on state registration of the property rights

Annotation. The article dwells upon the extent of the research of the notariat and the state registration of the property rights as well as illustrates the main problems in these spheres

Key words: notariat, registration of the property rights, transaction.

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ВИЗНАННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА САМОЧИННО ЗБУДОВАНЕ НЕРУХОМЕ МАЙНО



О. КОТ

*кандидат юридичних наук,
керуючий партнер юридичної фірми «Антіка»*

Українська ситуація та запутана процедура отримання погоджень на будівництво чи реконструкцію нерухомого майна, погіршена втратою більшістю українців віри в можливість подолання бюрократичних бар'єрів — незалежно від того, чи це стосується реалізації великого бізнес-проекту, що полягає, наприклад, у будівництві торговельного або офісного центру, чи питання полягає в необхідності здійснення прибудови до дачного будинку, — все частіше підштовхує забудовників обирати спрощені шляхи отримання права власності на новозбудовані чи реконструйовані об'єкти. З набранням чинності новим ЦК України таким спрощеним механізмом (чи «схемою»?) стало визнання права власності на самочинно збудоване нерухоме майно в судовому порядку.

Відповідно до ст. 376 ЦК України житловий будинок, будівля, споруда, інше нерухоме майно вважаються самочинним будівництвом, якщо вони збудовані або будуються на земельній ділянці, що не була відведена для цієї мети, або без належного дозволу чи належно затвердженого проекту, або з

істотними порушеннями будівельних норм і правил.

Як встановлено в ч. 3 ст. 376 ЦК України, право власності на самочинно збудоване нерухоме майно може бути за рішенням суду визнане за особою, яка здійснила самочинне будівництво на земельній ділянці, що не була їй відведена для цієї мети, за умови надання земельної ділянки у встановленому порядку особі під уже збудоване нерухоме майно.

На вимогу власника (користувача) земельної ділянки суд може визнати за ним право власності на нерухоме майно, яке самочинно збудоване на ній, якщо це не порушує права інших осіб.

З огляду на існуючу практику застосування положень ст. 376 ЦК України, актуальним є питання про те, чи є визнання судами права власності на самочинно збудоване майно одним із способів захисту цивільних прав, передбачених ст. 16 ЦК України.

На перший погляд, відповідь на це запитання є очевидною та міститься в самому запитанні.

Як вказують автори одного з коментарів до ЦК України, сутність са-

мочинного будівництва зумовлює презумпцію неможливості виникнення права власності на неправомірно збудований об'єкт. Це означає, що особа, яка здійснила самочинне будівництво, не набуває права власності на нього, оскільки будівництво було здійснене без дотримання передбаченого законом порядку його здійснення, а тому не може слугувати законною підставою для виникнення права власності на такий об'єкт*.

Вочевидь, саме такою логікою і керувався законодавець, встановлюючи можливість визнання права власності на самочинно збудований об'єкт тільки як виняток із загального правила і надаючи такі повноваження суду як найбільш компетентному у сфері правозастосування органу, що може мати певні дискреційні повноваження.

Утім, обґрунтованість цього рішення законодавця викликає певні сумніви, оскільки суди в Україні виконують визначені законом функції, до яких, передусім, віднесено розгляд спорів.

Згідно із ст. 15 ЦК України кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорування. Визнання права судом відповідно до ст. 16 ЦК України є одним із способів захисту цивільних прав та інтересів.

Водночас можливість звернення до суду з відповідною вимогою про визнання права власності за змістом вказаної норми ЦК України не ставиться у залежність від наявності спору, наявності порушених або оспоруваних прав та законних інтересів учасників приватно-правових відносин.

Парадокс ситуації полягає й у тому, що сама по собі конструкція норми ст. 376 ЦК України дозволяє ствер-

джувати, що право власності на самочинно збудоване майно може бути визнане за особою, яка його збудувала або профінансувала, винятково за умови відсутності заперечень з боку третіх осіб, тобто за умови відсутності порушення їх прав або законних інтересів, — іншими словами, за відсутності спору.

При цьому правовий аналіз норм чинного законодавства, що визначають завдання судової влади у суспільстві, у тому числі з огляду на розподіл повноважень між окремими гілками влади в Україні, дає змогу поставити під сумнів доцільність залучення судів до вирішення питань легалізації самочинного будівництва в існуючий спосіб — по своїй суті, виключно адміністративних питань, не пов'язаних із здійсненням судочинства, в тому числі й адміністративного судочинства.

Так, зокрема, відповідно до ст. 7 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» кожному гарантується захист його прав, свобод та законних інтересів незалежним і безстороннім судом, утвореним відповідно до закону.

Згідно зі ст. 3 ЦПК України кожна особа має право в порядку, встановленому цим Кодексом, звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспоруваних прав, свобод чи інтересів. Аналогічний підхід закріплено й у ГПК України.

Відповідно до ст. 1 ГПК України право на звернення до господарського суду підприємств, установ, організацій, інших юридичних осіб (у тому числі іноземних), громадян, які здійснюють підприємницьку діяльність без створення юридичної особи і в установленому порядку набули статусу суб'єкта підприємницької діяльності, зумовлене, окрім встановленої під-

* Цивільний кодекс України. Постатейний коментар : у 2 ч. / кер. авт. кол. та відпов. ред. проф. А. С. Довгерт, проф. Н. С. Кузнецова. — К., 2005. — Ч. 1. — С. 489.

відомості господарських справ, необхідністю захисту своїх порушених або оспорюваних прав і охоронюваних законом інтересів, а також для вжиття передбачених цим ГПК України заходів, спрямованих на запобігання правопорушенням. Аналогічні положення містяться й у ст. 2 ГПК України.

Більше того, згідно зі ст. 21 ГПК України позивачами є підприємства та організації, що подали позов або в інтересах яких подано позов про захист порушеного чи оспорюваного права або охоронюваного законом інтересу.

Отже, законодавство України, як, до речі, й усталені теоретичні підходи, спирається на те, що процесуальний статус позивача у судовому процесі передбачає наявність порушеного або оспорюваного суб'єктивного права чи законного інтересу. Відсутність вказаної умови унеможливорює набуття заявником вимоги процесуального статусу позивача, а висновок суду про відсутність порушеного права чи законного інтересу є підставою для відмови у задоволенні позову.

Доцільно також навести й правову позицію Верховного Суду України, викладену в ухвалі Судової палати у цивільних справах від 15 квітня 2009 р. (Рішення Верховного Суду України, 2009, № 2)*. Зокрема, Верховний Суд зазначив, що при визначенні процесуального положення сторін суди попередніх інстанцій не визначили належним чином зміст і характер правовідносин, які виникли, та не врахували, що цивільні процесуальні правовідносини можуть виникнути тільки між носіями цивільних процесуальних прав та обов'язків у цивільному процесі, сторонами у якому є особи (позивачі, відповідачі), матеріально-

правовий спір між якими виступає предметом розгляду та вирішення у суді. Позивачем виступає особа, для захисту суб'єктивних прав та охоронюваних інтересів якої починається цивільний процес, а відповідачем — особа, яка за заявою позивача притягується до відповідальності.

Таким чином, обов'язковою передумовою виникнення права на звернення до суду з позовною заявою є наявність спору між особами, визначеними у позовній заяві як позивачі та відповідачі, наявність порушеного або оспорюваного права (законного інтересу) з точки зору норм процесуального права.

ЦПК України передбачає, серед іншого, й процедуру окремого провадження. Відповідно до ст. 234 ЦПК України окреме провадження — це вид непозовного цивільного судочинства, в порядку якого розглядаються цивільні справи про підтвердження наявності або відсутності юридичних фактів, що мають значення для охорони прав та інтересів особи або створення умов здійснення нею особистих немайнових чи майнових прав, або підтвердження наявності чи відсутності неоспорюваних прав.

У порядку окремого провадження справи суд розглядає справи про:

- 1) обмеження цивільної дієздатності фізичної особи, визнання фізичної особи недієздатною та поновлення цивільної дієздатності фізичної особи;
- 2) надання неповнолітній особі повної цивільної дієздатності;
- 3) визнання фізичної особи безвісно відсутньою чи оголошення її померлою;
- 4) усиновлення;
- 5) встановлення фактів, що мають юридичне значення;

* Оскільки норми цивільного процесуального законодавства, застосовані у цій справі Верховним Судом України, за змістом аналогічні відповідним нормам ГПК України, можна припустити їх подібне застосування.

6) відновлення прав на втрачені цінні папери на пред'явника та векселі;

7) передання безхазяйної нерухомої речі у комунальну власність;

8) визнання спадщини відумерлою;

9) надання особі психіатричної допомоги у примусовому порядку;

10) обов'язкову госпіталізацію до протитуберкульозного закладу;

11) розкриття банком інформації, яка містить банківську таємницю, щодо юридичних та фізичних осіб.

Можливо, визнання права власності на самочинно збудований об'єкт нерухомості слід розглядати як справу про встановлення факту, що має юридичне значення?

Аналіз положень цивільного процесуального кодексу України не дає підстав для такого висновку. Стаття 256 ЦПК України містить досить конкретний перелік справ, які розглядаються судом як справи окремого провадження про встановлення факту — справи про встановлення факту родинних відносин між фізичними особами, перебування фізичної особи на утриманні, каліцтва, реєстрації шлюбу, розірвання шлюбу, усиновлення, належності правовстановлюючих документів особі, прізвище, ім'я, по батькові, місце і час народження якої, що зазначені в документі, не збігаються з ім'ям, по батькові, прізвищем, місцем і часом народження цієї особи, зазначеним у свідоцтві про народження або в паспорті, та низку інших справ, серед яких немає справ про встановлення факту наявності в особи права власності.

Зазначений перелік не є вичерпним і ч. 2 ст. 256 ЦПК України передбачає, що в судовому порядку можуть бути встановлені також інші факти, від яких залежить виникнення, зміна або припинення особистих чи майнових

прав фізичних осіб, якщо законом не визначено іншого порядку їх встановлення. За таких умов, застосовуючи суто формальний підхід та у разі, якщо в законодавстві України не буде встановлено іншого порядку набуття права власності на самочинно збудоване майно, можна було б припустити, що справи про набуття права власності на такі нерухомі об'єкти мають розглядатися судами загальної юрисдикції як справи окремого провадження про встановлення фактів.

Утім, сама логіка процедури окремого провадження, а також окремі норми глави 6 розділу IV ЦПК України не дозволяють дійти такого висновку. Зокрема, положення ч. 2 ст. 259 ЦПК вказують на те, що рішення суду про встановлення факту, який підлягає реєстрації в органах державної реєстрації актів цивільного стану або нотаріальному посвідченню, не замінює собою документів, що видаються цими органами, а є тільки підставою для одержання зазначених документів. Більше того, відповідні заяви про встановлення факту можуть подаватися тільки фізичними особами, відтак, низка справ, що стосується юридичних осіб, не може вирішуватися у такий спосіб.

Вирішуючи питання про можливість віднесення механізму визнання судами права власності на самочинно збудоване майно до способів захисту цивільних прав, передбачених ст. 16 ЦК України, варто також спиратися на те, в чому полягає цей захист. Як вже зазначалося, правомочність на захист може бути реалізована у разі порушення, невизнання або оспорювання права чи інтересу. Аналіз положень ст. 376 ЦК України дає підстави для висновку про те, що наявність будь-якого спору у зв'язку з порушенням, невизнанням чи оспорюванням права власності осо-

би на самочинно збудований об'єкт унеможливило визнання права власності останньої на таку нерухомість. Цей висновок ґрунтується, передусім, на загальному правилі про те, що особа, яка здійснює самочинне будівництво нерухомого майна, не набуває права власності на нього (ч. 2 ст. 376 ЦК України). При цьому право власності на таке майно може бути визнано лише за умови, що це не порушує права інших осіб (ч. 5 ст. 376 ЦК України). А в разі істотного відхилення від проекту, якщо це суперечить суспільним інтересам або порушує права інших осіб, або у разі істотного порушення будівельних норм суд може зобов'язати особу, яка здійснює самочинне будівництво, провести відповідну перебудову (абз. 1 ч. 7) або, за певних умов, — взагалі постановити рішення про знесення самочинно зведеного об'єкта нерухомості (абз. 2 ч. 7).

За таких обставин твердження про можливість віднесення визнання судами права власності на самочинно збудоване майно до способів захисту цивільних прав, передбачених ст. 16 ЦК України, вбачається недостатньо обґрунтованим.

Проведене дослідження дає підстави для висновку про необхідність максимально виважено підходити до покладення на суди України окремих функцій, які безпосередньо не пов'язані із здійсненням судочинства.

До речі, ст. 376 не була єдиним випадком, коли законодавець не виправдано покладав на суди функції, не властиві ним.

Свого часу ЦК України містив норму, відповідно до якої за заявою зацікавленої сторони суд міг визнати її власником недобудованого майна, якщо встановлено, що частка робіт, яка не виконана відповідно до проекту

будівництва, є незначною (ч. 4 ст. 331 ЦК України в редакції, що діяла до 15 грудня 2005 р.). Утім, законодавець змінив своє бачення з цього приводу і тепер відчуження об'єктів незавершеного будівництва здійснюється без проходження судових процедур. Тепер у ст. 331 зазначається, що у разі необхідності особа, що здійснює будівництво, може укласти договір щодо об'єкта незавершеного будівництва, право власності на який реєструється органом, що здійснює державну реєстрацію прав на нерухоме майно на підставі документів, що підтверджують право власності або користування земельною ділянкою для створення об'єкта нерухомого майна, проектно-кошторисної документації, а також документів, що містять опис об'єкта незавершеного будівництва.

Вбачається, що ситуація з процедурою виникнення права власності на самочинно збудоване нерухоме майно повинна вирішуватися системно. І для цього відповідні зміни мають вноситися в цілу низку нормативних актів, що регулюють як матеріально-правові аспекти, так і питання процедури.

Вочевидь, повноваження з визнання права власності на самочинно збудоване нерухоме майно за умови відсутності заперечень з боку третіх осіб, тобто за умови відсутності порушення їх прав або заперечень, як це передбачено в ст. 376 ЦК України, варто закріпити за органами виконавчої влади або місцевого самоврядування, залишивши судам розгляд спірних ситуацій. Зрозуміло, що це можливо винятково шляхом внесення відповідних змін до ЦК України, утім це є вимушена міра, оскільки здійснення судами таких функцій може призвести до виникнення ще більшого дисбалансу в системі розподілу повноважень між окремими гілками влади в Україні.

Під час розробки змін до окремих нормативних актів, що регулюють питання виникнення права на самочинно збудовані об'єкти нерухомості, варто спробувати вирішити й низку актуальних питань, що виникають на практиці у зв'язку з наявністю самочинно збудованого майна. Це передусім питання про те, чи поширюється дія норм ст. 376 ЦК України на самочинне будівництво у вигляді реконструкції об'єктів нерухомого майна, оформлення права власності на які не передбачає наявності оформленого права на земельну ділянку, зокрема, це стосується окремих приміщень, квартир тощо.

Окремої уваги заслуговує і питання про те, в якому порядку повинно

здійснюватися введення в експлуатацію об'єктів самочинного будівництва.

І головне — будь-яка процедура має бути зрозумілою. При цьому, поза сумнівом, процедура та строки набуття права власності на самочинно збудоване майно не може бути простішою за звичайну процедуру, яку повинен пройти законослухняний забудовник у процесі нового будівництва чи реконструкції наявного в нього нерухомого майна. Але слід думати не над тим, щоб якось ускладнити процедуру набуття права власності на самочинно збудоване майно, а над тим, як спростувати існуючу систему отримання дозволів у будівництві та права власності на новостворене майно.

Кот О. О. Деякі проблеми визнання права власності на самочинно збудоване нерухоме майно

Анотація. У статті автор приділяє увагу проблемам визнання права власності на самочинно збудоване нерухоме майно, зокрема ролі судової гілки влади в цій процедурі. Аналізується практика та актуальні проблеми, що виникають у зв'язку з визнанням права власності на самочинно збудовану нерухомість.

Ключові слова: захист права, нерухомість, право власності, будівництво, суди.

Кот А. А. Некоторые проблемы признания права собственности на самовольно построенное недвижимое имущество

Аннотация. В статье автор уделяет внимание проблемам признания права собственности на самовольно построенное недвижимое имущество, в частности, роли судебной ветви власти в этой процедуре. Анализируется практика и актуальные проблемы, возникающие в связи с признанием права собственности на самовольно построенную недвижимость.

Ключевые слова: защита права, недвижимость, право собственности, строительство, суды.

Kot A. The certain aspects of declaration of property rights to unauthorized real estate

Annotation. In the article the author pays attention to the problems of declaration of proprietary rights to unauthorized real estate, in particular to the role of the judicial branch in this procedure; current practices and problems that arise in view of declaration of proprietary rights to unauthorized real estate are analyzed.

Key words: protection of rights, real estate, proprietary rights, construction, courts.

РОЛЬ ЄВРОПЕЙСЬКИХ ІНСТИТУЦІЙ У РОЗВИТКУ ЄВРОПЕЙСЬКОГО ПРАВА



О. ШПАКОВИЧ

*кандидат юридичних наук, доцент,
докторант Інституту міжнародних відносин
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)*

Виникнення Європейського Союзу та європейського права — взаємопов'язаний процес. Створення та розбудова Європейських співтовариств та їхнього правонаступника Європейського Союзу здійснювались на певній юридичній основі. Відповідно, оформлення та правова база Євросоюзу, його структура, цілі та завдання, умови та порядок діяльності знайшло своє відображення та закріплення в нормах європейського права.

Європейське право є одним із найважливіших інструментів європейської інтеграції. Серед багаточисленних факторів, які сприяють успіху інтеграційним процесам, право відіграє важливу роль.

Поняття «європейське право» є складним для визначення та багатозначним. Тому треба розрізняти поняття «європейське право» *sensu largo* (у широкому значенні) та *sensu stricto* (у вузькому значенні). У широкому значенні — це міжнародний правовий порядок європейських інституцій, до

яких належать не лише Європейський Союз, але й ОБСЄ, Рада Європи. У вузькому значенні — це право, пов'язане з діяльністю Європейського Союзу.

Завдяки розвитку європейського права не тільки формується єдиний європейський правовий простір, а й створюються необхідні умови та передумови єдиного економічного простору, єдиного культурного простору, створюється все те, що необхідно для забезпечення об'єднаності в Європі. Саме за допомогою ефективних правових засобів вдається подолати ті труднощі, які неминучі при створенні нового за своїми якісними параметрами публічно-правового інтеграційного утворення, яким є Європейський Союз [4, 1–2].

Важливими для різнобічного розкриття процесу становлення європейського правового простору є праці російських учених Л. Ентіна, О. Тіунова, Б. Топорніна, Є. Усенка, Ю. Юмашева, а також таких західних учених, як Е. Аннерс, Дж. Вейлер, Дж. Вінер,

В. Греве, Р. Давід, А. Романо, М. Дженіс, Р. Кей, Е. Бредлі, А. Татам та ін.

Питання історичного розвитку ідеї Європи як сукупності правових держав, сучасного змісту європейського права, права Європейського Союзу, правової діяльності Ради Європи та ОБСЄ, а також аспектів реформування правової системи України досліджуються у працях А. Дмитрієва, А. Довгерта, В. Забігайла, Л. Заблоцької, О. Задорожного, А. Зайця, В. Муравйова, Л. Тимченка, Ю. Шемшученка.

Поняття «Європейський правовий простір» широко використовується в офіційних документах європейських регіональних міжурядових організацій, присвячених процесам правової інтеграції на континенті, що передбачає зближення національних правових систем держав Європи. Зокрема, ідея формування Європейського правового простору набуває дедалі більшого визнання у діяльності європейських міжнародних інституцій, таких як ОБСЄ, Рада Європи та Європейський Союз.

Європейський правовий простір можна визначити як систему юридичних норм та стандартів, вироблених у рамках європейських регіональних організацій (ЄС, Рада Європи, ОБСЄ), а також міжнародного та національного механізмів їх реалізації у національних правових системах європейських держав [5, 58].

Зазначимо, що держави, які функціонують у європейському правовому просторі, мають поділяти всю сукупність демократичних цінностей, що сприятиме виробленню різноманітних форм їх взаємодії, дозволить зберегти все позитивне, що було досягнуто під час вироблення правових форм співробітництва держав Європи.

Європейський правовий простір слід розглядати як середовище, в якому за допомогою правових інструментів на межі національного та міжнародного права формується європейське право — правова система, спільна для всіх держав Європи. Способами створення європейського правового простору є правотворча та правозастосовна діяльність регіональних міжнародних організацій, а також правотворча діяльність держав, спрямована на інтернаціоналізацію національних правових систем держав Європи у формах апроксимації, гармонізації, уніфікації або рецепції [5].

Вплив міжнародного права на національні правові системи суттєво відрізняється за формами, темпами не лише щодо кожної національної правової системи, а й щодо конкретних регіонів. Найбільш високий рівень впливу помічено на європейському континенті, особливо це стосується таких європейських інституцій, як Рада Європи та Європейський Союз.

Правова система Ради Європи є регіональною міждержавно-правовою системою, для якої характерні такі ознаки: а) вона функціонує в межах, визначених установчим документом (статутом) та відповідно до загально-визнаних норм і принципів міжнародного права; б) до її складу належать такі суб'єкти міжнародного права, як держави, а в певних випадках — її громадяни; в) систему права Ради Європи становлять загальні (універсальні) міжнародно-правові норми та принципи, які об'єктивуються через основне джерело права — міжнародно-правовий договір, а в ряді випадків — і через інші джерела права; г) її судовий орган наділяється нормотворчими повноваженнями; ґ) вона виробляє загальноєвропейські правові стандарти, насамперед у галузі захисту прав люди-

ни. Найбільш ефективними є європейські конвенції, завданням яких є гармонізація законодавств, підвищення ефективності роботи судових органів шляхом удосконалення судочинства, забезпечення гарантій захисту прав людини тощо [2, 129].

Взаємозв'язок нормативно-правових актів Ради Європи та актів її держав-учасниць характеризується взаємним доповненням та збагаченням. Національне право є генетичним джерелом конвенцій, які закріплюють найкращі правові здобутки та загальнолюдські цінності як на національному, так і на міжнародному рівнях. Водночас держави-учасниці при формуванні системи свого законодавства враховують як юридично обов'язкові, так і рекомендаційні акти. Особливо тісний взаємозв'язок між національними правовими системами та правовою системою Ради Європи виявляється через процедури захисту прав і свобод людини

Таким чином, правова система Ради Європи — це цілісна, належно впорядкована за допомогою міжнародно-правових норм і принципів стійка взаємодія суб'єктів міжнародного права, що ефективно забезпечує досягнення правопорядку у галузі захисту прав людини та інших визначених її Статутом сферах європейського правового простору [2].

Від самого початку свого існування європейські співтовариства започаткували тісні стосунки з Радою Європи. У Договорі про заснування Європейського співтовариства є навіть окрема ст. 303, яка передбачала необхідність встановлення відповідних форм співпраці з Радою Європи. Як показує практика, європейська країна не може приєднатися до Євросоюзу, якщо вона не є членом Ради Європи. У межах Ради Європи створена і діє

ефективна система захисту прав людини. Основними документами, на яких вона базується, є Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., Європейська соціальна хартія 1961 р., Європейська соціальна хартія 1969 р., Європейська конвенція проти тортур і нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження 1983 р., Рамкова конвенція про захист національних меншин 1995 р. Виконання цих документів з боку держав — членів Ради Європи забезпечує система контролюючих органів, що наділені відповідними повноваженнями.

Серед документів, ухвалених Радою Європи, найбільше значення має Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. Вона встановлює стандарти поведінки держав — учасниць у сфері захисту прав і основних свобод людини. Конвенція не тільки містить переважну частину прав, які закріплені у Загальній декларації прав людини 1948 р. Їх забезпеченню у державах-членах сприяє Європейський суд з прав людини, чий рішення є обов'язковими для виконання у державах — учасниках Європейської конвенції [3].

Європейський Союз визнає Європейську конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., але не є її учасником, і тому Конвенція не становить частину права Євросоюзу. Хоча ЄС не претендує на провідну роль у захисті прав людини в Європі, існує певна конкуренція між Радою Європи і Євросоюзом. Проти приєднання до Європейської конвенції без внесення змін до установчих документів про європейські інтеграційні об'єднання виступив Суд ЄС. Однією з важливих причин такої позиції було те, що таке приєднання передбачало б запозичення норм без ура-

хування специфіки ЄС і його права. Ще однією причиною стала відсутність у Європейській конвенції 1950 р. розгорнутого каталогу соціальних, економічних та культурних прав, які містяться в іншому документі Ради Європи — Європейській соціальній хартії 1961 р., переглянутій у 1993 р. З другого боку, Суд не бажав підпорядковувати свою юрисдикцію Європейському суду з прав людини. Оскільки громадяни ЄС за захистом своїх прав можуть звертатись до судових органів ЄС та Європейської конвенції 1950 р., то виникає проблема, чиє рішення матиме пріоритет у випадку колізії. Вирішення цих питань певною мірою було знайдено з підписанням Лісабонських договорів і Хартії ЄС про основні права у редакції 2007 р. [3].

Ще до підписання Лісабонських договорів уже були зроблені перші кроки для розмежування компетенції Європейського суду з прав людини і Суду ЄС. Європейський суд з прав людини у низці своїх рішень обґрунтував доктрину обмеженого втручання у сферу компетенції ЄС, якщо правопорядок Союзу забезпечує еквівалентний захист прав людини в об'єднанні. Суть її полягає у визнанні з боку Європейського суду з прав людини еквівалентного захисту, якщо особи, які перебувають на території Союзу, мають можливість оскаржити в Суді акти інститутів ЄС, які порушують права людини, гарантовані Європейською конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р.

В основі системи норм і механізмів захисту прав і свобод людини в ЄС лежать різні документи, що мають як обов'язковий, так і декларативний характер.

Договір про Євросоюз (ДЄС) містить кілька положень стосовно забез-

печення прав людини. У статті 2 зазначено, що Союз засновується на цінностях поваги до людської гідності, свободи, демократії, рівності, верховенства права і поваги до прав людини, включно з правами осіб, що належать до меншин. Ці цінності є спільними для усіх держав-членів у суспільстві, де домінують плюралізм, недискримінація, терпимість, справедливність, солідарність і рівність між жінками і чоловіками. Стаття 6 ДЄС закріплює принцип поваги до основних прав і свобод людини. У ній наголошено, що основні права, гарантовані Європейською конвенцією про захист прав людини і основних свобод та передбачені конституційними традиціями, спільними для всіх держав-членів, становлять загальні принципи права Союзу. Договір про функціонування ЄС містить частину другу «Громадянство Союзу». Окрім становлення інституту громадянства Євросоюзу, в цій частині Договору закріплені такі права і свободи громадян Євросоюзу, як право на вільне пересування та постійне проживання на території держав-членів, право брати участь у голосуванні й балотуватися в кандидати на муніципальних виборах держави-члена і виборах Європарламенту, право на дипломатичний захист, право на звернення до інститутів чи органів Євросоюзу [3].

Серед документів, що мають декларативний характер, слід виділити Декларацію основних прав і свобод та Хартію Співтовариства про основні соціальні права працівників.

Особливий статус у праві ЄС має Хартія ЄС про основні права 2007 р. Вона містить розгорнутий каталог основних прав і свобод, які визнаються за кожною особою, що перебуває на території Євросоюзу, й охоплює громадянські, політичні, економічні, со-

ціальні та культурні права. В основу Хартії покладено новий світоглядний погляд на людину та її місце у світі. На відміну від переважної більшості міжнародно-правових документів, де за основу класифікації основних прав взято предмет суб'єктивного права, класифікація прав і свобод у Хартії зроблена на основі цінностей, на захист яких вони спрямовані. До таких цінностей віднесені людська гідність, свобода особи, рівність, солідарність [3].

У свою чергу, Європейський Союз має низку специфічних ознак, які не властиві іншим міждержавно-правовим системам, у тому числі й правовій системі Ради Європи. Це насамперед наявність високого рівня правової уніфікації. Право Європейського Союзу має свої специфічні ознаки, що відрізняють його як від права міжнародного, так і від права національного (внутрішнього). Водночас воно тісно пов'язано з обома системами права, оскільки установчі договори ЄС, угоди Європейського Союзу з третіми країнами та міжнародними організаціями становлять частину міжнародного права, а певні акти інститутів Європейського Союзу регулюють відносини між суб'єктами внутрішнього права країн-членів і діють поряд з актами внутрішнього права цих країн, маючи при цьому пріоритет по відношенню до актів їх внутрішнього права.

Винятково важливу роль відіграє Суд ЄС у розвитку права Євросоюзу. У зв'язку з цим слід насамперед згадати доктрини примату та прямої дії норм права Євросоюзу, які отримали обґрунтування у рішеннях Суду ЄС. Сформульовані Судом ЄС концепції, які обґрунтували пряме застосування і дію, верховенство права ЄС у державах-членах, у цілому сприяли його

сприйняттю національними правопорядками [1, 61].

У свою чергу, початком становлення і розвитку європейської системи безпеки можна вважати процес інтеграції Європи, відразу після утворення 18 квітня 1951 р. першої інтеграційної структури — Європейського об'єднання вугілля і сталі (ЄОВС), оскільки Договір про ЄОВС ніс істотне політичне навантаження.

Зазначається, що Маастрихтський договір 1992 р., який перетворив Європейське Співтовариство на Європейський Союз, передусім і уперше чітко сформулював цілі спільної зовнішньої політики і політики безпеки: захист загальних цінностей, основних інтересів і незалежності Союзу; зміцнення безпеки Союзу і держав-членів усіма засобами; збереження миру і зміцнення міжнародної безпеки відповідно до принципів Статуту Організації Об'єднаних Націй; сприяння міжнародній співпраці; розвиток і консолідація демократії та законності, повага до основних прав і свобод людини. Хоча значення ОБСЄ як загальноєвропейського форуму поступово зменшуватиметься, однак ця інституція відіграватиме важливу, але допоміжну роль, в основному, в галузі контролю за озброєннями та у забезпеченні прозорості військової діяльності. Двома головними європейськими інституціями на перспективу залишатимуться Організація Північно-Атлантичного договору (НАТО) та Євросоюз. Інституалізація відносини між ними буде визначальним процесом формування архітектури системи європейської безпеки.

Отже, поняття «європейські інституції» не можна зводити тільки до діяльності Європейського Союзу, йдеться про ті міжнародні організації, членами яких є європейські країни, а

саме Рада Європи, ОБСЄ, НАТО, Європейська асоціація вільної торгівлі (ЄАВТ), Західноєвропейський Союз (ЗЄС) та інші.

Плюралізм організаційно-правових форм європейської інтеграції зумовив відповідну «спеціалізацію» регіональних міжнародних інституцій. Проте існують сфери, в яких збігаються нор-

ми, створені в межах різних інтеграційних структур. Найбільш яскраво це проявляється у питаннях захисту прав людини, де переважною більшістю держав Європи прийнято юридичні та політичні зобов'язання щодо дотримання ними норм і стандартів, вироблених у межах ОБСЄ, та найголовніше Ради Європи та Євросоюзу.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Кравчук І. В., Паранан М. В.* Гармонізація національних правових систем з правом ЄС. — К., 2004. — 320 с.
2. *Луць Л. А.* Європейські міждержавні правові аспекти та проблеми інтеграції з ними правової системи України (теоретичні аспекти). — К., 2003. — 304 с.
3. *Муравйов В. І.* Вступ до права Європейського Союзу : підруч. — К., 2007. — 303 с.
4. *Энтин Л. М.* Европейское право : учеб. для вузов. — М., — 2000. — 720 с.
5. *Гнатюкський М. М.* Становлення та тенденції розвитку європейського правового простору : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.11 / Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. — К., 2002. — 191 с.

Шпакович О. М. Роль європейських інституцій у розвитку європейського права

Анотація. Стаття присвячена історії виникнення та розвитку європейського права. Автор досліджує внесок європейських інституцій у становлення європейського права. Особливу увагу у статті приділено таким європейським інституціям, як Європейський Союз, Рада Європи, Організація з безпеки та співробітництва в Європі.

Ключові слова: європейське право, європейський правовий простір, Європейський Союз, Рада Європи, Організація з безпеки та співробітництва в Європі (ОБСЄ), міжнародні регіональні організації.

Шпакович О. Н. Роль европейских институций в развитии европейского права

Аннотация. Статья посвящена истории возникновения и развития европейского права. Автор исследует вклад европейских учреждений в становление европейского права. Особое внимание в статье уделено таким европейским институциям, как Европейский Союз, Совет Европы, Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе.

Ключевые слова: европейское право, европейское правовое пространство, Европейский Союз, Совет Европы, Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ), международные региональные организации.

Shpakovych O. The role of European institutions in the development of European law

Annotation. Article is devoted to the history and development of European law. The author explores the contribution of European institutions in the development of European law. Particular attention is paid to the following articles in European institutions as the European Union, Council of Europe, Organization for Security and Cooperation in Europe.

Key words: European law, European legal space, the European Union, Council of Europe, the Organization for Security and Cooperation in Europe (OSCE), international regional organizations.

ЄВРОПЕЙСЬКА ІНТЕГРАЦІЯ УКРАЇНИ: АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ



К. СМІРНОВА

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри порівняльного
і європейського права
(Інститут міжнародних відносин
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка)*

Європейський Союз отримав статус спостерігача в ООН

З набуттям чинності Лісабонськими договорами з 1 грудня 2009 р. було остаточно вирішено питання міжнародної правосуб'єктності Європейського Союзу *per se*. Згідно з положеннями Договору про Європейський Союз (ДЄС) це об'єднання є суб'єктом міжнародного права. Зокрема, у ст. 47 ДЄС говориться, що «Союз є юридичною особою».

Наявність у ЄС міжнародної правосуб'єктності створює можливості для нормального функціонування об'єднання у політичному та правовому сенсі.

Насамперед ЄС у змозі реалізовувати закріплені у Лісабонському договорі положення стосовно цілей та завдань об'єднання, зокрема утвердження своєї ідентичності на міжнародній арені, запровадження громадянства Союзу, забезпечення дотримання «*acquis communautaire*» тощо (статті 3, 21 ДЄС). Він може укладати від свого імені адміністративні чи приватно-правові угоди, не говорячи вже про міжнародні договори. ЄС спроможний належним чином представляти об'єднану Європу в рамках міжнародних організацій і конференцій. На сучас-

ному етапі це робиться за допомогою Голови Європейської ради, Високого представника Союзу з зовнішніх зносин і політики безпеки та Комісії, а також шляхом співпраці між дипломатичними і консульськими місіями держав-членів, з одного боку, та Європейської служби зовнішньополітичної діяльності і представництвами Комісії в третіх країнах та міжнародних організаціях — з другого (статті 24, 27 ДЄС).

У відносинах з міжнародними організаціями ЄС використовує як традиційні форми, притаманні практиці інших міжурядових об'єднань, так і ті, що більш характерні для відносин держав з міжнародними організаціями. Прикладом останнього є членство ЄС у деяких впливових міжнародних організаціях, таких як ГАТТ/СОТ, ФАО, ЄБРР. До 1 грудня 2009 р. членство в таких міжнародних організаціях належало Європейському Співтовариству, правонаступником якого є Європейський Союз із міжнародною правосуб'єктністю.

4 травня 2011 р. Генеральна Асамблея ООН затвердила процедуру участі Європейського Союзу в якості спостерігача в роботі Асамблеї та в конференціях ООН. Нагадаємо, що статус

постійного спостерігача виник виключно в результаті практики, Статут ООН не містить жодних положень щодо цього. Ця практика існує з 1946 р., коли Генеральний секретар визнав новий уряд Швейцарії в якості Постійного спостерігача при ООН. Згодом спостерігачів направляли деякі інші держави, що пізніше ставали членами ООН, наприклад, Австрія, Італія, Фінляндія, Японія. Швейцарія стала членом ООН тільки у 2002 р. На сьогодні майже всі впливові міжнародні організації мають статус спостерігача в Генеральній Асамблеї ООН.

За Резолюцію Генеральної Асамблеї ООН щодо Європейського Союзу проголосувало 180 держав-учасниць, при цьому дві держави утрималися від голосування — Сирія та Зімбабве.

У Резолюції наголошується, що Генеральна Асамблея продовжить залишатися міжурядовим органом, участь в якому дозволена лише країнам-членам. При розсадці в залі Генеральної Асамблеї та в інших конференц-залах ООН представникам ЄС будуть відведені місця серед спостерігачів.

Відповідно до Резолюції Генеральної Асамблеї ООН Європейський Союз вправі брати участь в роботі Асамблеї та отримав низку прав як спостерігач. Серед таких прав — виступи на сесіях Генеральної Асамблеї, робота в її комітетах, участь у загальних дебатах, подання пропозицій або поправок, якщо їх узгоджено державами — членами ЄС. Представники ЄС будуть мати право на відповідь. Представники ЄС не отримують право на голосування і на висунення кандидатів. Особливо слід відмітити, що ЄС — перша регіональна організація, що отримала такі права в ООН. У зв'язку з цим Верховний представник ЄС з питань спільної зовнішньої політики та політики безпеки Кетрін Ештон за-

явила, що «Резолюція дозволить у майбутньому представникам Євросоюзу представляти і просувати позицію Євросоюзу в ООН». Президент Європейської Ради Герман Ван Ромпей зазначив, що «завдяки цій резолюції Євросоюз отримав важливе визнання як глобальний гравець в ООН».

Україна розпочала головування в Комітеті міністрів Ради Європи

11 травня 2011 р. на 121-ій сесії Комітету міністрів у м. Стамбул (Туреччина) Україна офіційно перейняла головування в Комітеті міністрів. Варто особливо відмітити, що до головування в Комітеті міністрів Україна провела консультації з двома країнами, що головуватимуть з грудня 2011 р. та червня 2012 р. відповідно — Об'єднаним Королівством та Албанією. Таким чином, вперше у практиці Ради Європи запроваджений принцип послідовності в роботі Комітету міністрів Ради Європи.

Україна розглядає головування в Комітеті міністрів як можливість для сприяння розвитку сучасних європейських процесів. Делегація України забезпечить подальше здійснення цілей та пріоритетів Ради Європи, зокрема у сфері укріплення демократії, поваги принципів верховенства права та захисту прав людини. Україна має на меті ініціювати практичні кроки щодо сприяння процесів реалізації основних проектів Ради Європи та укріплення її політичної ролі.

На сесії Комітету міністрів Україна оголосила основні пріоритети своєї діяльності, які можна згрупувати в основні три групи.

По-перше, це *захист прав дитини*. Україна зосереджуватиме увагу на укріпленні координаційної ролі Ради Європи в реалізації регіональних та національних ініціатив держав-членів по відношенню до захисту прав дітей з

основним наголосом на здійснення існуючих програм і рішень Ради Європи, а також розвиток нових пріоритетів. У зв'язку з цим 24–25 травня 2011 р. у м. Києві відбулася Міжнародна конференція з боротьби з насильством по відношенню до дітей, що узагальнила та систематизувала механізми імплементації міжнародно-правових зобов'язань у національні стратегії та стандарти захисту дітей від насильства. Заступник Генерального Секретаря Ради Європи Мод де Бур-Букіккіо на конференції наголосила, що Рада Європи підтримує прийняття європейськими країнами нової комплексної стратегії про права дитини. У рамках головування в Комітеті міністрів Ради Європи Україна пропонує державам — членам Ради Європи розробити нову Європейську концепцію захисту прав дитини на 2012–2015 рр.

Другий блок пріоритетів стосується *прав людини та верховенства права в контексті демократії та стабільності в Європі*. З метою практичного виконання цього пріоритету 20–21 вересня 2011 р. у м. Києві буде організована міжнародна конференція «Роль профілактики в просуванні та захисті прав людини». Особлива увага у цьому зв'язку приділятиметься практичним аспектам профілактики порушення прав людини та ефективному механізму захисту прав людини в рамках Ради Європи.

Третім напрямом пріоритетів українського головування стане *укріплення та розвиток місцевої демократії*. Укріплення демократичних процесів в Європі на місцевому та регіональному рівнях шляхом забезпечення ефективної реалізації принципів місцевого самоврядування в європейських країнах — це основні квінтесенції посилення потенціалу ме-

ханізмів Ради Європи. На виконання цього пріоритету планується 3–4 листопада 2011 р. у м. Києві проведення 17-ої сесії Конференції міністрів держав — членів Ради Європи, відповідальних за місцеве та регіональне управління.

У травні 2011 р. відбудеться візит до України голови Парламентської Асамблеї Ради Європи Мевлута Чавушоглу і Генерального Секретаря Ради Європи Торбйорна Ягланда. Ці візити здійснюються в рамках їх участі у спільному виїзному засіданні Бюро і Постійного комітету Парламентської Асамблеї Ради Європи, що відбудеться в Україні 26–27 травня в рамках головування України в Комітеті міністрів Ради Європи. Під час зустрічі високопосадовців Ради Європи з міністром закордонних справ України К. Грищенком виносяться на обговорення питання поглиблення робочих контактів і актуальні питання порядку денного діяльності Ради Європи.

Конвенція про боротьбу та запобігання насилля над жінками

На сесії Комітету міністрів Ради Європи 11 травня 2011 р. була відкрита для підписання нова конвенція — Конвенція про боротьбу та запобігання насилля над жінками (*Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*). Ця Конвенція є першим міжнародно-правовим інструментом, що запроваджує нову правову базу для захисту жінок від всіх форм насильства, запобігання переслідуванню та ліквідації насильства проти жінок. Конвенція запроваджує міжнародно-правовий механізм моніторингу її імплементації на національному рівні. На церемонії відкриття Конвенції до підписання такі держави, як Австрія, Греція, Ісландія, Іспанія, Люксембург,

Німеччина, Португалія, Словаччина, Туреччина, Фінляндія, Франція, Чорногорія, Швеція вже підписали її.

День Європи в Україні

День Європи – це щорічне свято миру та єдності країн Європи.

Відповідно до Указу Президента України від 19 квітня 2003 р. № 339/2003 в Україні в третю суботу травня кожного року відзначається День Європи. Таким чином, 21 травня 2011 р. в Україні відзначається День Європи, що ознаменувався проведенням громадських та наукових заходів по майже всіх містах України. У День Європи українці відмічають день спільних цінностей, спільної історії всіх націй континенту.

Слід особливо наголосити, що святкування Дня Європи є звичайною практикою в європейських державах. День Європи є уособленням святкування заснування найбільш впливових міжнародних європейських організацій – Європейського Союзу та Ради Європи. Рада Європи була заснована 5 травня 1949 р., і саме цей день був обраний для святкування, коли він був офіційно затверджений як свято у 1964 р. У 1985 р. Європейське Співтовариство (яке з 2009 р. стало Європейським Союзом) перейняло символи Ради Європи, а саме прапор Європи. Саме тоді Європейська Рада, що відбулася в м. Мілан, затвердила 9 травня як день прапора Євросоюзу.

Для Європейського Союзу день його заснування пов'язують із проголошенням плану Шумана. 9 травня 1950 р. у Парижі Міністр закордонних справ Франції Робер Шуман виступив із Декларацією, яка передбачала створення на території Західної Європи політичного, економічного, а в перспективі й військового об'єднання. План Шумана лів в основу при створенні першого європейського співто-

вариства – Європейського об'єднання вугілля та сталі. Дата офіційного проголошення плану Шумана вважається Днем Європи і пов'язана із зародженням ідеї європейського інтеграційного об'єднання.

**Робер Шуман –
фундатор європейської інтеграції,
один із засновників
Європейського Союзу
і Ради Європи**



Робер Шуман (*Robert Schuman*) – європейський політик, прем'єр-міністр та міністр закордонних справ Франції, один із засновників Європейського Союзу та Ради Європи.

Народився 29 червня 1886 р. у Люксембурзі. Його родина (батько Жан-П'єр Шуман та мати Євгенія Дюрен) походила з м. Евранж у Лотарингії. Мав німецьке громадянство й під час Першої світової війни перебував на службі в Німеччині, хоча не був військовозобов'язаним за станом здоров'я. Після того як у 1918 р. Лотарингія відійшла до Франції, обрав французьке громадянство.

Отримав юридичну освіту в Боннському, Мюнхенському та Берлінському університетах.

Політична кар'єра Р. Шумана розпочалася в 1919 р., коли він був обраний депутатом від департаменту Мозель у Національні Збори Франції.

Після Другої світової війни брав участь в організації Народного республіканського руху.

У 1946–1947 рр. був Міністром фінансів в урядах Бідо та Рамад'є. З листопада 1947 р. по липень 1948 р. та протягом серпня-вересня 1948 р. обіймав посаду Прем'єр-міністра Франції. У 1948–1952 рр. працював Міністром закордонних справ Франції, а в 1955–1956 рр. — Міністром юстиції Франції.

З 1958 р. по 1960 р. був Головою Асамблеї (після 1962 р. перейменована в Європейський парламент), був п'ятим Президентом Європейського парламенту.

У 1958 р. отримав Міжнародну премію ім. Карла Великого (*Charlemagne Prize*), що є престижною європейською нагородою за внесок в об'єднання Європи.

Важливим внеском Р. Шумана у процес європейської інтеграції став «план Шумана» — декларація, що була ним проголошена 9 травня 1950 р. у Парижі. Відповідно до плану Шумана передбачалося об'єднання національних ринків у єдиний, деякі функції суверенних держав передавались наднаціональним інститутам. Франція, яка виступала ініціатором запровадження плану, розраховувала утримати Велику Британію, яка виступала про-

ти принципу наднаціональності в європейській інтеграції, поза межами утворюваного угруповання, доки не будуть достатньо зміцнені позиції Франції в ньому. План Шумана був також спрямований на якнайшвидше залучення до західноєвропейської інтеграції ФРН та Італії. План Шумана ліг в основу створення першого європейського співтовариства — Європейського об'єднання вугілля та сталі, договір про заснування якого був підписаний 18 квітня 1951 р. Саме із планом Шумана пов'язують зародження та практичне втілення принципу наднаціональності в Європейському Союзі.

Р. Шуман був також глибоко релігійною людиною. На підтвердження цього вказують документи, які були зібрані після його смерті прихожанами єпархії французького міста Мец. Документи, що були відіслані до Ватиканської комісії по канонізації, вказували, що франко-німецькі мирні відносини після Другої світової війни є чудом, створеним Р. Шуманом. Однак процедура беатифікації так і не була завершена, приставка «блаженний» не була додана до прізвища Р. Шумана.

Помер Р. Шуман у віці 77 років у м. Сі-Шазель (департамент Мозель, Лотарингія, Франція) 4 вересня 1963 р.

КОНСТИТУЦІЙНА РЕФОРМА В УКРАЇНІ: ПОТРЕБА НАУКОВОЇ КОНЦЕПЦІЇ



А. СЕЛІВАНОВ

*доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України*

Конституційні перспективи України закономірно привертають неабияку увагу суспільства, стають у центрі гострих політичних дискусій, визначають головну сферу застосування наукових знань і теоретичних досліджень у вітчизняному правознавстві й особливо в конституційному праві. Діалектичне протиріччя, що відразу виникає між завданнями охорони чинної Конституції і потребами прискорення конституційного розвитку України, не може не породжувати у громадян сумніви у конституційній реформі, якщо не буде правильним обраний нею шлях. Треба наперед передбачати, що ініціаторам конституційної реформи не можна допустити ані політичних помилок чи науково-професійних, легковажних оцінок щодо об'єктивних тенденцій в управлінні державою або нехтування заради кон'юнктури влади конституційними принципами щодо прав і свобод людини чи конституційними цінностями, здобутими у процесі побудови демократичного суспільства.

Останній приклад — Угорщина, в якій прийняття парламентом оновленої Конституції викликало протести громадян і суспільне несприйняття. Євросоюз відзначив обмеження Угорською Конституцією навіть повноважень Конституційного Суду («День», 20 квітня 2011 р.). Здавалося б, що нова Конституція — це благо! Історія з нещодавно прийнятим Податковим кодексом має бути застереженням для владних суб'єктів — як слід організації продумано і соціально виважено чинити конституційну реформу.

Які передумови треба враховувати?

Найперше, важливо визначити суспільні домінанти. До них належать незмінні пріоритети: права і свободи людини та громадянина, конституційний лад і територіальна цілісність держави, народний суверенітет і поділ влади на основі їх збалансованої компетенції та інші. Це слід завжди пам'ятати з однією важливою причиною — суспільство досягло певного рівня національної свідомості, самоповаги і самозахисту.

Якщо буде відкинуто здоровий консерватизм, а виконавці запропонують ініціаторам реформ привабливі масштабні або радикальні деформації досягнутого рівня конституціоналізму, який відображається, насамперед, у Конституції, це неминуче вплине на конституційний правопорядок, викличе конституційну неузгодженість між суспільством і державою. Тому необхідність збереження суспільно-політичних досягнень чинної Конституції України (йдеться про текст Основного Закону) визнається значною кількістю вчених і політичних діячів. Разом з тим усе ще лунають легковажні заклики до розробки нової Конституції, перегляду принципово важливих для громадян і суспільства конституційних засад функціонування механізму держави тощо. Створюється небезпечний «політологічний меседж» (а може, і підготовка суспільної свідомості) про те, що начебто чинна Конституція гальмує важливі процеси ефективного управління державою та суспільством, її текст містить багато суперечностей та колізій, а конституційні гарантії не можуть забезпечуватися державою і не відповідають економічним і соціальним реаліям.

Постає запитання — чи можна піддаватися таким небезпечним закликам «написати нову Конституцію», якщо ніким поки що не доведено, що в Україні сформовано якісно новий етап розвитку нашого суспільства та держави? Тоді заради чого політизацією питань про конституційний розвиток суспільства деякі політики і вчені намагаються підмінити об'єктивний процес, який має історичну і логічну природу? Ми повинні чітко розуміти, що, оголосивши початок конституційного процесу, який має на меті конституційну модернізацію, Президент України своїм указом визначив

тільки організаційні орієнтири (науково-консультативна рада і конституційна асамблея поки що з невідомим статусом). Якщо хтось проголосить: «Чи варто надавати значення цим назвам?», тому слід нагадати, що реформ і тих, хто ними займався в Україні після введення Конституції 1996 р., було багато. Але цей процес був віддалений від суспільства, адже широкі наукові кола, політичні об'єднання, громадяни були потрібні як статисти на завершальному етапі схвалення сумнівних проектів, написаних під політичну кон'юнктуру (згадаймо адміністративну реформу 1992 р., яка завершилася без початку).

Суспільна і науково-професійна думка для конституційного правотворення завжди є умовою його легальності, а відтак і легітимності. Для Президента України важливо, образно кажучи, бути арбітром, вийти за межі науково-конституційних спорів, отримати висновки вивченої проблеми з різних сторін, прислухатися до міркувань політичних сил у парламенті і спочатку запропонувати суспільству Концепцію, як науково обґрунтований «рецепт» вирішення конституційних проблем. Не можна втрачати дорогоцінний історичний час, коли вкотре закриється «вікно можливостей». Не можна з самого початку закладати руйнівний процес деформації конституційних цінностей, відступаючи і нехтуючи чинною Конституцією, оскільки відступ від них заради моментальної вигоди — програшна стратегія, яка не має історичної перспективи. Скільки разів про це нагадували політикам вчені-правознавці, коли заміна принципу конституційної законності виміром політичної доцільності безпосередньо загрожує конституційному правопорядку.

Але саме це і є відчуження влади від народу, держави від суспільства, що є найнебезпечнішим гальмом модернізації, зокрема конституційної реформи. Сьогодні ще не пізно прислухатися до суспільної думки і професійних «рецептів» вчених. Великий потенціал і навіть концептуальні позиції розроблені НАПрН України. Назрілим є проведення Всеукраїнської наради вчених-теоретиків та конституціоналістів.

Замислюючи реформи, реформатори намагаються змінити народне життя на краще, але неврахування реальності завжди спричиняє згубні наслідки. Неважко передбачити, що в такому разі можна очікувати блукання лабіринтами смуту і розчарування громадян внаслідок переоцінки конституційної модернізації всіх складових конституційного фундаменту держави і суспільства.

Розуміючи, що невдалою конституційною модернізацією 2004 р. була деформована не тільки політична система, виборче представництво в парламенті й органах місцевого самоврядування, не можна повторювати історичні помилки або шукати у невдачах модернізацій цих процесів нездоланну перешкоду у бездарності політичних замовників реформ. Бажано нагадати, яким довгим і тяжким був реформаторський шлях західної правової системи, створення сильної та ефективної влади. За висловом німецького філософа-юриста М. Вебера, перед «санкціями держави» повинні бути «санкції суспільства» і тоді конституційна модернізація буде проводитися в ім'я громадянського суспільства, побудови правової, демократичної держави.

Науковці вкрай занепокоєні відсутністю концепції

Проте велике занепокоєння в наукових колах викликає відсутність

концепції конституційної модернізації. Адже ми всі усвідомлюємо, що науково-експертна група неспроможна без цього запропонувати доктрину конституційної модернізації. Більше того, Концепція конституційної модернізації виключає розробку нової редакції (по суті — нового тексту) Конституції, про що сьогодні вкрай важливо дізнатися суспільству.

Для країни, в якій значна частина населення перебуває за межею бідності, поняття «сильна влада» має бути за змістом наповнене відкритістю орієнтирів в економічній і соціальній сферах, визначенням пріоритету прав і свобод людини і громадянина. Сильна влада не може посягати на гарантії свободи і демократії, вона повинна бути прикладом конституційності у своїх діях і законодавстві. Для сильної влади, передусім, має бути порозуміння з народом, опора на широку суспільну підтримку всіх реформаторських ініціатив. Хіба в цьому є якась таємниця, що все має походити від народної волі, як єдиної суверенної влади, і тому саме народ повинен у процесі конституційної модернізації отримати нові механізми управління справами держави і суспільства, набутти статусу суб'єкта правотворчості. Тільки за таких умов громадяни краще сприймають конституційну модернізацію, як і всі реформи масової соціальної суб'єктності. Тільки у такому разі російський професор-конституціоналіст В. Зорькін вважає за можливе досягти того, щоб громадяни усвідомлювали свої потреби та інтереси як частину «*bonum publicum*» — «загального блага».

Але тут логічно поставити запитання: чому без концепції конституційної реформи (конституційної модернізації) не можна обійтися, коли і парламент, і суспільство мають побачити

в ній шлях і обсяг конституційних змін, які є продуктом наукової думки визнаних конституціоналістів, здатних теорію поєднувати з реальним життям? При цьому треба бути обережними до тих, для кого конституція менш вартісна, ніж бажання можна-владця... Про це зауважив академік НАН України В. Литвин, виступаючи перед правознавцями у м. Харкові. Він слушно підмітив: «Узагалі боюся людей, які пишуть Конституцію за один день, часом залишивши кальку конституцій інших країн» («Голос України», 5 березня 2011 р.). Мабуть, варто сьогодні продумати спочатку необхідність залучення учасників широкого соціально-політичного дискурсу. Хіба можна ігнорувати «гласність без права бути почутим»? Концепція необхідна в обсязі задумів реформаторів, який сприймається громадянами, і тут потрібна конкуренція проєктів, які потребують критичної оцінки експертами дорадчої структури при Президентові України. Що заважає організувати цей творчий процес, який принесе якість Концепції конституційної модернізації. Ось і виникає можливість інтелектуально-фахово проявитися науковим школам міст Києва, Харкова, Одеси, колективам вчених-конституціоналістів, тим, хто отримав докторську ступінь і атестат ВАКУ. За період існування незалежної держави було захищено 14 докторських і 247 кандидатських дисертацій з проблем конституційного права. Хіба не можна виявити новітні конституційні ідеї, якщо ми можемо їх знайти у дисертаціях. Конкурс ідей, моделей, новацій у конституційному праві виявить здатність увійти у робочі групи, щоб не було і натяку про політичну доцільність реформи, створюючи документ суспільного призначення.

Тепер саме час згадати видатного захисника і творця прав людини Ж.-Ж. Руссо, що причетність людини до створення закону або погодження з нею, є умовою існування такого закону. Для будь-якої іншої людини — це вже не закон, а заповідь або наказ. Цей історичний вислів цілком відповідає нашій реальності.

Звідси впливає шлях організації свідомої участі громадян (широких верств суспільства) у правотворчому процесі формування Концепції конституційної модернізації, отримання на завершальному етапі «суспільної згоди (санкції)». Як це можна організувати — окрема і непроста тема, якої я торкатися не буду. Не виключаю, що політики можуть висловити сумнів у намірах зайнятися створенням і затвердженням чергової «державної ідеології». Але Конституція як правова основа держави і суспільства завжди концентрувала в собі правову політику, виконуючи завдання ідеологічного документа розвитку суспільства. Варто звернути увагу, що при розробці чинної Конституції України, виділяючи розділ XIII для регламентації процесу конституційних поправок і перегляду окремих положень Конституції, законодавець намагався охопити всі варіанти змін до Конституції. У свою чергу передбачений механізм охорони Конституції покладає відповідальну місію на парламент і Конституційний Суд України, оскільки відсутність Концепції конституційної модернізації прямо залежить від конституційного моніторингу, якого поки що не було (не йдеться про висновки і рекомендації Венеціанської Комісії, які чомусь втрачають офіційне значення).

Мабуть, сьогодні не зайвим буде згадати, як під час підготовки тексту чинної Конституції України створю-

вались умови конституційного процесу і відбирались концептуальні ідеї за видами конституційних проблем керівником великого творчого колективу вчених і практиків видатним професором Л. Юзьковим. Тоді перед 1996 р. було натхнення і право розробляти і обстоювати вченими свої конструктивні ідеї, нові конституційні моделі перед конституційною комісією. Що ж заважає це повторити в умовах проголошення конституційної реформи? Чому не чути дискусійних «круглих» і «квадратних» науково-публічних столів? Отже, конкуренція ідей поки що невідома суспільству, а воно має право почути, а це означає — і зрозуміти позиції усіх зацікавлених сторін, щоб виробляти розумний компроміс. Хіба не існує зацікавленість у тому, щоб зняти відчуження, яке виникає між владою і суспільством, надати рішенням органів влади характеру руху до «загального блага», у чому і закладений саме правовий характер? Неможливо лише в пенсійній реформі шукати згоди між державою і суспільством і навіть передбачати, як пропонують учені з земельного права, винесення на всеукраїнський референдум питання початку вільного обігу землі як об'єкта приватної власності.

Коли хтось індивідуально розробляє моделі змін...

Якщо шлях конституційної модернізації буде сприйнятий суспільством як діалог із владою, бажання держави широко використати інтелектуальний потенціал наявних структур громадянського суспільства, то це буде надійною основою стратегічної згоди в суспільній свідомості, а не черговою ситуацією в нашій історії — величезного ризику суспільного несприйняття. Першим, начебто невеликим кроком за своїми результатами

мала б стати організація процесу професійної наукової дискусії щодо змісту Концепції конституційної модернізації, вироблення загального правового дискурсу, послідовне застосування якого створить цілісне уявлення щодо обсягу конституційних змін, обґрунтованості та теоретичної прийнятності для конституційного права з позицій практичної реалізації. Існуючі наукові та вузівські колективи теоретиків права і конституціоналістів ніколи не відмовляться проявити свій потенціал знань, а це призведе до вироблення доктрини конституційного розвитку. У протилежному випадку, коли хтось індивідуально розробляє моделі конституційних змін, а потім текстуально бажає освятити це, претендуючи на творця конституційних ідей і право авторства, всі розмови про модернізацію позбавляються сенсу. Нам здається, що такий підхід є конструктивним, оскільки ми пропонуємо починати з невеликого, але розумного і зрозумілого порядку побудови практично діючого механізму запровадження конституційної модернізації. Необхідно починати проявляти політичну волю, послідовно просуватися шляхом конституційної реформи.

Отже, поставивши головне запитання: «конституційна модернізація чи нова конституція?», ми не заперечуємо окремі недоліки чинної Конституції, але заклики до негайного проведення конституційної реформи означало б надмірну політизацію і кон'юнктуру необачливих реформаторів у текстуальному вимірі своїх уявлень про чинну Конституцію. Конституційні моделі запропонованих текстів нової Конституції вже були і їх доля теж відома. Коли і силою влади не вдалося «переконати» суспільство у необхідності введення двопалатного

парламенту, у безапеляційності існування пропорційної виборчої системи тощо — це є свідченням про реальну свідомість суспільства, яке вже розбирається у таких категоріях не гірше за політиків. Сьогодні як ніколи актуально визначити парадигму конституційної модернізації як планомірного, програмного забезпечення політико-правового процесу, ґрунтованого на взаємодії наукових і практичних складових механізму вдосконалення тексту (правової визначеності) кожної

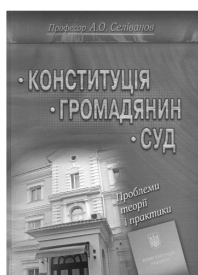
конституційної ідеї, принципу, норми, їх узгодженості у системному конституційному розумінні.

Таким чином, шлях до конституційної модернізації — це можливо реально прийнятний для суспільства шлях боротьби за конституційні принципи та цінності, їх збереження як право. У ньому поєднуються власне суспільні, державні та індивідуальні інтереси і за такої умови Основний Закон стає реально діючою основою державного і суспільного життя.

Пропонується видання:

Селіванов А. О.

Конституція. Громадянин. Суд. Професійні та суспільні погляди. — К. : УАІД «Рада», 2009. — 560 с.



Наукові й практичні статті автора складають за своїм змістом оригінальну роботу з конституційної, судової, адміністративної та публічно-правової проблематики, яка також торкається прав і свобод громадянина стосовно органів влади. Окремо сформований розділ конституційної юрисдикції відображає актуальні питання дослідження верховенства права як принципу праворозуміння і правозастосування. Широкий діапазон наукових поглядів автора привертає увагу до найбільш складних питань правової політики, що безпосередньо стосуються формування законодавства у сфері діяльності органів місцевого самоврядування, банківських установ, а також інших питань правового регулювання суспільних відносин.

Полемічний характер роботи посилює інтерес до автора та його наукової праці, що сприятиме приверненню уваги широкого кола не тільки правознавців і політологів, а й допитливих читачів, які цікавляться сучасними проблемами права та держави.

Замовляйте видання за телефоном:

0(44) 537-51-11

або електронною поштою:

sales@inyure.kiev.ua

<http://shop.inyure.kiev.ua>

ТРИАДА ЄВРОПЕЙСЬКИХ ЦІННОСТЕЙ — ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА, ДЕМОКРАТІЯ, ПРАВА ЛЮДИНИ — ЯК ОСНОВА УКРАЇНСЬКОГО КОНСТИТУЦІЙНОГО ЛАДУ



С. ГОЛОВАТИЙ

*доктор юридичних наук,
член-кореспондент НАПрН України*

У зв'язку з офіційно проголошеним главою держави наміром започаткувати новий етап конституційного процесу [1] перед вітчизняною юридичною наукою постає не одне завдання. Але не виключено, що в рамках цього зусилля політичних учасників такого процесу буде скеровано (а погляди вчених — звернуто) передовсім на творення «нової конституції», тоді як Конституція України 1996 р. — історично перший український Основоположний Закон — може так і залишитись недостатньо поцінованою. Щонайперше, її цінність слід вбачати в тім, що вона є політико-юридичним наслідком *вже здійсненого* українським народом *акту установчої влади* [2], і як юридичний факт це сталося у «момент оголошення результатів голосування за проектом Конституції України в цілому на пленарному засіданні Верховної Ради України» [3]. Понад те — Основоположний Закон України 1996 р. загалом відповідає критеріям та принципам сучасного європейського конституціоналізму, бо в ньому втілено осно-

воположні європейські цінності. Тому вже сама постановка питання про творення «нової конституції для України» ставить під сумнів не тільки легітимність самого українського основоположного акта 1996 р., а й — що найтривожніше — легітимність власне новопосталої у 1991 р. української незалежної держави, юридична повноцінність якої була конституційно оформлена у 1996 р.

Ніхто не заперечує, що Конституції України 1996 р. як акту позитивного права властиві певні вади. Вона дійсно містить чимало недоліків, про що, власне, і йдеться у висновку Венеціанської Комісії — «декілька положень Конституції залишаються незадовільними з юридичної точки зору». Але Комісія водночас зазначила і те, що «принципи верховенства права добре відображено у тексті Конституції» [4]. Тому наявність недоліків у тексті не повинна бути зачіпкою для спроб перекреслити ті позитивні надбання документа, які мають фундаментальне значення. Текстуальні недоліки та нездійснена (унаслідок низки причин

об'єктивної і суб'єктивної природи) імплементація нових для України принципів не є підставою для того, щоб починати все з нуля, вдаючи, що п'ятнадцятирічного періоду існування незалежної держави нової якості, збудованої на конституційній архітектоніці європейського зразка, так і не було. Адже п'ятнадцять років — це тест для українського конституціоналізму, а не чорна діра.

П'ятнадцять років — це період випробування Конституції 1996 р. часом і практикою, в тому числі й у теоретичній площині. І особливо це стосується такого аспекту, як теоретичне осмислення тих принципів українського основоположного акта, що виступають як відтворення в ньому тих цінностей, на яких постала і розвивається сучасна Європа і якими є: верховенство права, демократія, права людини. Їх закріплено відповідно у ст. 8, ст. 1 та ст. 3 Конституції. Це ті фундаментальні принципи, які безумовно залишаться у тексті Конституції України на увесь подальший період. Саме вони мають становити основу для процесу текстуального оновлення українського основоположного акта, що має розпочатися невдовзі. Проте теоретичне осмислення сутності цих принципів та їх практичне втілення за останні п'ятнадцять років ніяк не можна вважати задовільним. Свідчення сказаного — напрацювання українських вчених, викладені упродовж цього періоду передовсім у науково-практичних коментарях до Конституції України [5] та підручниках з конституційного права для студентів вищих навчальних закладів [6]. Подані у цих працях наукові тлумачення принципів верховенства права, демократії та прав людини істотно різняться від сприйняття європейських цінностей у вигляді

тріади «*верховенство права — демократія — права людини*» західною науковою доктриною і юридичною практикою. Звідси випливає потреба в переосмисленні українськими вченими сутності кожного із складових компонентів цієї тріади в перебігу оновлення українського основоположного акта. Українському загалові науковців пропонується власний і дещо відмінний від існуючого виклад змісту тріади принципів спільної спадщини європейських народів, до якої належать: принцип верховенства права, принцип плюралістичної демократії та принцип прав людини.

Частина перша: верховенство права (ст. 8 Конституції України)

Принцип верховенства права — це один із системи основоположних принципів, що визначають новітній конституційний лад України, і який є юридично обов'язковою нормою найвищого рівня сучасного українського правопорядку. Його дія поширюється на усі органи державної влади, органи регіонального і місцевого самоврядування та їх посадових осіб у усіх сферах нормотворчої, правоохоронної та правозастосовної діяльності.

Принцип верховенства права як основоположний принцип сучасного українського конституційного права є наслідком впровадження в національну систему права кращих здобутків європейської конституційної спадщини, її норм і стандартів, здійсненого в рамках процесу лібералізації політичних режимів шляхом переходу від тоталітаризму до демократії, який видався можливим у країнах Східної та Центральної Європи після падіння комуністичної системи влади. Цей процес припадає на період кінця 1980-х — початку 1990-х років, коли історично склалися сприятливі умови для «зве-

дення Європейського Дому» як «європейського юридичного простору» шляхом «зміцнення верховенства права», що має прямий стосунок до «конституційного і міжнародного права», а також до «національних систем правопорядку відповідних держав» (див. ухвалену з цього приводу резолюцію Парламентської Асамблеї Ради Європи [7]). Принцип верховенства права — це невід’ємний елемент системи цінностей, покладених в основу становлення і розвитку європейського правопорядку після Другої світової війни, і які є спільним надбанням європейських народів, незалежно від їх національних правничих культур і традицій чи національних систем права країн Європи. Принцип верховенства права є одним із тріади принципів спільної спадщини європейських народів, до якої належать також принцип плюралістичної демократії та принцип прав людини. Як тріада, вони взаємно доповнюють один одного і перебувають у взаємній і нерозривній єдності. Свою відданість цій тріаді принципів підтвердила кожна держава, що набула членства у Раді Європи. Україна здобула статус повноправного члена Ради Європи 9 листопада 1995 р., ратифікувавши перед тим — 31 жовтня 1995 р. — Статут Ради Європи, чим поклала на себе обов’язок *визнати* принцип верховенства права [8]. Надалі Україна як держава-член Ради Європи визнала для себе обов’язковість принципу верховенства права, ратифікувавши 17 липня 1997 р. Європейську конвенцію з прав людини, з чого випливає визнання Україною юрисдикції Європейського суду з прав людини обов’язковою в усіх питаннях, що стосується тлумачення і застосування Конвенції (включно з питанням тлумачення і застосування принципу верховенства права) [9].

Уперше принцип верховенства права набув статусу конституційного принципу українського права завдяки закріпленню його у Конституційному Договорі 1995 р., ст. 1 якого визначила, що «в Україні діє принцип верховенства права» [10]. Тогочасний конституційний правопорядок в Україні був досить специфічним: його зміст визначали три акти конституційної природи, що діяли одночасно: 1) Акт про незалежність України від 24 серпня 1991 р., ратифікований народом як суб’єктом установчої влади 1 грудня 1991 р. (чим було проголошено та затверджено незалежність України як самостійної держави, де чинність мали виключно Конституція та закони України); 2) Конституційний Договір від 8 червня 1995 р. (головне призначення якого, за оцінкою Венеціанської Комісії, полягало в тому, щоб «виконувати роль тимчасової конституції» [11]); 3) частково положення Конституції України (УРСР) 1978 р., зокрема лише ті, що не суперечили самому Конституційному Договору (легітимність же самої Конституції 1978 р. загалом не відповідала принципам демократії, бо цей акт ніколи не був ухвалений двома третинами голосів демократично обраних представників народу і його юридична чинність в умовах незалежної України була збережена простою більшістю голосів народних депутатів). Конституційний Договір 1995 р. є унікальним явищем не тільки української, а й усієї європейської конституційної практики другої половини XX ст. Суто в українському контексті його особливе значення пояснюється тим, що саме завдяки такому своєрідному за політико-юридичною природою акту розпочалося внесення до українського конституційного правопорядку цінностей європейської конституційної

спадщини і конституціоналізму загалом. Йдеться, зокрема, про ст. 1 Конституційного Договору, а також про ті його положення, які визначали межі повноважень президента і парламенту (чим було започатковано процес впровадження в майбутню нову українську конституцію принципу поділу влади). До найвагоміших здобутків національної практики новітнього конституцієтворення належить юридична формула, застосована у ч. 1 ст. 8 Конституції України 1996 р.: «В Україні визнається і діє принцип верховенства права». Відтоді принцип верховенства права — це наріжний камінь сучасного конституційного правопорядку в Україні.

Україномовне словосполучення «верховенство права» є перекладом з англійської поняття *«the rule of law»*. Синонімічними до цього англійського терміна в українській правничій мові виступають терміносполуки на кшталт «правління права», «панування права», «влада права», «владарювання права», застосування яких дозволяє рівною мірою відтворювати філософсько-юридичну сутність поняття *«the rule of law»*. Попри те, що термін *«the rule of law»* вперше був застосований в англійській правничій мові ще у середині XVII ст., його активний вжиток та узвичаєння цілком виправдано пов'язують з ім'ям одного з найвидатніших теоретиків англійського конституційного права, професором Оксфордського університету Албертом Вен Дайсі (*Albert Venn Dicey*), який наприкінці XIX ст. видав збірку лекцій з конституційного права [12] та класичну й понині працю «Вступ до вивчення конституційного права» (1885) [13]. У цих працях А. Дайсі досить чітко у сутнісному відношенні наповнив це поняття концептуальним змістом, завдяки чому воно

набуло якостей класичної доктрини та одного з основоположних принципів англійського конституційного права з цілком конкретним юридичним значенням.

Складниками доктрини та принципу, означених як *«the rule of law»*, відповідно до концепції А. Дайсі, були: 1) «верховенство права» як протиставлення кожній системі державної влади, в основі якої лежать дії свавільного характеру (заперечення свавільної влади), з тим, щоб виключити для влади загалом та її посадових осіб зокрема можливість діяти інакше, ніж на підставі повноважень, визначених приписами права; 2) «верховенство права» як рівність усіх членів суспільства перед законом, де виключено ідею будь-якого звільнення посадових осіб від відповідальності за свої дії та передбачено поширення на посадових осіб такої ж рівної дії законів і такої ж однакової юрисдикції звичайних судів, як і на простих громадян; 3) «верховенство права» як верховенство духу права, яке означає, що свободи людини не є наслідком проголошених в офіційному документі (писаній конституції) гарантій, а навпаки — сама конституція в англійському суспільстві є наслідком прав особи, бо ці права існували ще до виникнення і закріплення положень права, що складають конституцію, а свій конкретний зміст ці положення дістали в результаті витлумачення суддями сутності цих прав упродовж тривалого процесу розгляду конкретних справ у звичайних судах.

Сформульована А. Дайсі доктрина — це концентрований вираз ідей, концепцій, теорій, конструкцій та формул, напрацьованих упродовж багатьох віків: мислителями античних часів (Платон, Аристотель, Цицерон); авторами видатної пам'ятки права до-

би Середньовіччя, якою постала Велика Хартія 1215 р.; філософами епохи Просвітництва (Джон Локк, Жан-Жак Руссо, Шарль-Луї Монтеск'є); укладачами політико-юридичних та суто юридичних документів, породжених Американською і Французькою революціями XVIII ст. у вигляді Декларації незалежності США 1776 р., Конституції США 1787 р., Декларації прав людини і громадянина 1789 р. Доктрина А. Дайсі — це так само філософсько-юридичний згусток провідних ідей, присутніх також у працях авторів цього самого напрямку правничої думки, якими зокрема виступають — найвидатніший представник українського Провітництва Станіслав Оріховський-Роксоланин (праця про суть і природу держави під назвою «*Напучення польському королеві Сигізмунду Августу (1543)*»; голландський юрист і філософ, засновник класичних теорій природного права і природних прав Гуго Гроцій (праця «*De iure belli ac pacis libri tres*» (1625); найвидатніший представник німецького Просвітництва Самуель Пуфендорф (праця «*De officio hominis et civis (1763)*»; співвітчизник А. Дайсі — англійський парламентарій Томас Пейн (праця «*The rights of Man (1791)*». Загалом же вся ця багатовікова творча спадщина витворила єдину тканину того напрямку політико-юридичного вчення, що відомий як інтегрована доктрина лібералізму, який став провідним та панівним у сучасному демократичному світі, передовсім у Європі.

Доктрина А. Дайсі не стала догматичним вченням. У другій половині XX ст. цікавість до поняття «*the rule of law*» вийшла за межі світу англосаксонського права (*common law*). У першу чергу це було зумовлено трагічними наслідками Другої світової війни, пам'яттю про небачені масштаби смер-

тей, принесені нею людству — чи то внаслідок бойових дій, чи внаслідок масових убивств у концентраційних таборах, чи внаслідок просто позбавлення життя своїх же співгромадян фашистськими або тоталітарними режимами, коли взагалі не визнавалися елементарні людські права. Відтак на порядку денному постало питання про визнання людської гідності й поваги до людини як створіння Природи. Цим пояснюється виникнення першого в світі спеціального універсального акта міжнародного права — Загальної декларації прав людини (10 грудня 1948 р.), а також її спрямування на досягнення чітко визначеної мети шляхом закріплення у її преамбулі такої формули: «[...] аби людина не була змушена вдаватися до повстання як до останнього засобу порятунку від тиранії та гніту, надзвичайно важливо, щоб права людини були захищені верховенством права [*by the rule of law*]» [14]. Саме цей міжнародно-правовий акт універсального рівня засвідчив кульмінаційний момент в еволюції ще маловідомої на той час у світі фрази «*the rule of law*», запозиченої з однієї з національних — англійської — доктрини і системи права. 1948 рік став точкою відліку перетворення цієї суто англійської доктрини і відповідного їй англійського принципу права на поняття загальносвітового значення, себто — універсального вжитку, із таким його змістом, який було б припасовано до інших систем права і до різних систем державної влади.

Поняття (принцип) «*the rule of law*» отримали визнання на регіональному рівні у документах, якими було закладено підвалини для побудови нової Європи по Другій світовій війні, а також на основі яких триває процес євроінтеграції: вперше — у Брюссельському договорі (17 березня 1948 р.),

яким було засновано Західноєвропейський Союз; у подальшому — в Статуті Ради Європи (5 травня 1949 р.), у Європейській конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (4 листопада 1950 р.), у Маастрихтському договорі, яким Європейські Співтовариства було перетворено на Європейський Союз (7 лютого 1992 р.), у Копенгагенських критеріях щодо набуття членства у Європейському Союзі (22 червня 1993 р.), в Амстердамському договорі, яким було доповнено Договір про Європейський Союз та інші установчі договори стосовно Європейських Співтовариств (2 жовтня 1997 р.), у Хартії основоположних прав Європейського Союзу (7 грудня 2000 р.), у Лісабонському Договорі (набув чинності 1 грудня 2009 р.).

Відтоді як поняття *«the rule of law»* увійшло до міжнародно-правових актів універсального і регіонального рівнів, постала потреба у такому його концептуальному опрацюванні, завдяки якому можна було б насамперед охопити особливості як різних систем права, так і різних політичних систем, а у підсумку — отримати узгоджене його розуміння. Це, у свою чергу, мало б надати йому і практичної значимості, неодмінної для можливості поширення його у світі як нормативного ідеалу, впровадження його у реальне життя через політичний процес та забезпечення його дієвості як юридичного принципу. Розпочатий ще 1955 р. Міжнародною комісією юристів (ООН) пошук його формального визначення — притаманного методології юридичного позитивізму, заснованого на кельзенівській «теорії чистого права» із серцевинним її елементом у вигляді вчення про «норму права» — дав негативний результат. На цей час західна правнича думка дійшла за-

гально визнаного висновку: це поняття не піддається формальному визначенню. Головне пояснення — тому що воно у сучасному його розумінні є суть продуктом доктрини природного права, а не протилежної їй доктрини юридичного позитивізму, відкинutoї практикою світового юридичного досвіду XX ст. І лише доктрина природного права (котра є джерелом розуміння того, що права людини і основоположні свободи — це не надані державою своїм громадянам права у вигляді створених нею норм права, котрі містяться у законах держави, а що це — природні права, властиві людині від природи і які належать їй як творінню Природи, а не як члену суспільства, і тому вони є невідчужуваними; а також є джерелом розуміння того, що конституція — це не «основний закон держави», а суспільний договір у вигляді основоположного акта, котрий становить єдино можливу легітимність самої держави як наслідкового інституту установчої влади народу) дає відповіді на усі запитання щодо практичної значущості та дієвості того юридичного принципу, який, пройшовши тривалий процес формування на основі дайсієвого поняття *«the rule of law»*, набув загально-визнаного сучасного змісту.

Негативний результат у спробах дати формальне визначення цьому поняттю в рамках діяльності Міжнародної комісії юристів надалі був підтверджений також і багаторічною та доволі розгалуженою практикою Європейського суду з прав людини, яка доводить, що це поняття — за висновком, зробленим ще на Делійському Світовому конгресі юристів у 1959 р. — є «живою і динамічною концепцією». За західними науковими джерелами, саме тлумачна діяльність Європейського суду з прав людини доводить, що це

поняття є «центральною концепцією» в усій структурі Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, і як «центральна концепція» вона «пронизує всю Конвенцію і зводить її до купи» [15]. Та обставина, що у напрацьованій Європейським судом практиці зовсім відсутнє визначення цього поняття, сприймається як велика перевага, бо вважається, що «затиснута у прямих криїх формального визначення, ця концепція могла б цілком втратити щось таке, що забезпечує їй внутрішню властивість життєдайності» [16].

Отже, незаперечний авторитет як Міжнародної комісії юристів, так і Європейського суду з прав людини, і застосована ними методологія обумовлюють необхідність для вітчизняної науки і практики сприймати поняття *«the rule of law»* не інакше як *термін*, придатний для передавання в узагальненому вигляді *поєднання ідеалів і досягнутого на практиці юридичного досвіду стосовно принципів, інститутів, механізмів і процедур, які є істотно важливими для захисту особи від свавільної влади держави і які надають особі можливість володіти людською гідністю*. Брак формального визначення цього поняття у текстах позитивного права міжнародного рівня (зокрема у Статуті Ради Європи, Європейській конвенції з прав людини, установчих актах Європейського Союзу тощо) чи у рішеннях Європейського суду з прав людини жодним чином не означає, що це поняття не є юридичним. Навпаки — воно надається тлумаченню власне як юридичне поняття, зокрема як юридичний принцип. Європейський суд сам кваліфікує його як юридичний принцип і наголошує, що це є «один із основоположних принципів демократичного суспільства, котрий власти-

вий усім статтям Конвенції» [17]. Розглядаючи співвідношення Конвенції та національного права європейських країн (зокрема національних конституцій), Суд зазначив, що у більшості випадків головними інструментами втілення «спільної спадщини» (до якої преамбула Конвенції, з-поміж іншого, відносить і *«the rule of law»*), по суті, виступають національні конституції. Що ж стосується Конвенції, то «завдяки своїй системі *колективного забезпечення* встановлених нею прав, вона — відповідно до принципу субсидіарності — *підсилює* захист, наданий на національному рівні, але *ніколи* його не обмежує» [18].

Отже, суть питання слід зводити не до проблеми формального визначення цього поняття, а до проблеми його розуміння як принципу, що дістав своє закріплення у різних юридичних текстах. Тому застосована у ч. 1 ст. 8 Конституції формула «В Україні визнається і діє принцип верховенства права» вимагає розкриття змісту таких її трьох складових, що мають конкретне юридичне навантаження: 1) в Україні визнається принцип верховенства права; 2) в Україні діє принцип верховенства права; 3) присутній зміст власне самого поняття, означеного як *принцип верховенства права*.

Що стосується першої складової, яка містить імператив *визнання* цього принципу з боку держави, то Україна визнала його у вигляді міжнародно-правового зобов'язання шляхом приєднання до Статуту Ради Європи та ратифікації Європейської конвенції з прав людини (про що вже йшлося вище), а також шляхом унормування його у тексті самої Конституції 1996 р., завдяки чому йому було надано статусу юридичного припису найвищого рівня — конституційного. Сукупно з іншими принципами того ж самого

рівня, що містяться у розділі I Конституції, він визначає сучасний конституційний лад в Україні. У подальшому його було закріплено в низці звичайних українських законів, зокрема і передовсім у тих, що стосуються сфери статусу і діяльності судових органів (судоустрою загалом) та окремих видів судочинства (конституційного, адміністративного, господарського), а також у деяких інших.

Що стосується другої складової, яка висуває імператив його *дієвості*, себто його ефективності, чим властиве і здобувається та забезпечується його практична значимість, то тут ідеться передовсім про той комплекс національних інститутів, механізмів та процедур, що є необхідними, аби особа мала можливість захистити себе від свавільної влади держави та які надають особі можливість володіти людською гідністю. Ця складова спрямована здебільшого на вимогу щодо наявності у політичній і юридичній системах держави тих відповідних інституційних (структурних) елементів, які у поєднанні з відповідними юридичними процедурами забезпечують інституційний та процесуальний механізми верховенства права. Друга складова української формули є по суті відображенням третього елементу дайсієвої класичної доктрини верховенства права, чим виступає юридична максима *ubi jus ibi remedium*. Вона неодмінно вимагає передовсім наявності в рамках будь-якої юридичної системи тієї сукупності відповідних юридичних інститутів і процедур, за допомогою яких створюється теоретична та інституційна основа дієвого захисту прав людини і основоположних свобод. Таким чином, вона охоплює відповідні вимоги: стосовно функціонування політичних інститутів демократичного правління — глави держави, парла-

менту та уряду; стосовно інститутів юридичної системи — судівництва та його незалежного функціонування, державного обвинувачення (прокуратури), незалежної та самоврядної правничої професії (адвокатури); стосовно органів забезпечення правопорядку — міліції, служби безпеки, системи слідства. Також вона стосується системи кримінальних покарань (матеріального кримінального права), системи в'язниць та інших місць позбавлення волі (слідчих ізоляторів), характеру кримінального процесу тощо. Слід мати на увазі, що коли у контексті другої складової йдеться про «відповідні інститути», «відповідні механізми», «відповідні процедури», «відповідні вимоги», то цим робиться наголос на тому, що формальна наявність інститутів, механізмів і процедур, необхідних для надання верховенству права *дієвості*, не є достатньою для того, аби частина конституційного припису, виражена як «в Україні діє принцип верховенства права», мала повноцінну практичну значимість. До формальної наявності таких інститутів, механізмів і процедур висувається обов'язкова вимога — всі вони мають бути «відповідними». Це означає, що всі вони мають відповідати тим нормам і стандартам, які є необхідними для того, аби ці інститути, механізми і процедури можна було вважати такими, що здатні у практичний спосіб забезпечити верховенство права. Частково такі стандарти напрацьовані на глобальному рівні в рамках діяльності ООН — здебільшого у вигляді рекомендацій Міжнародної комісії юристів. Певною мірою до визначення стандартів у цій ділянці останніми роками пристав і Європейський Союз. Але переважно норми і стандарти у цій сфері напрацьовано статутними органами Ради

Європи в рамках просування до мети формування єдиного європейського правопорядку. Такі норми і стандарти містяться у численних рекомендаціях Комітету міністрів РЄ, резолюціях Парламентської Асамблеї РЄ, рішеннях (практиці) Європейського суду з прав людини. Саме ці органи Ради Європи є тими, що встановлюють норми і стандарти стосовно прав людини загалом і стосовно верховенства права зокрема.

Що ж до третьої складової української формули — власне посутнього змісту поняття «верховенство права», то чи не найперше доктринальне його тлумачення в контексті української конституції містилося у висновку Венеціанської Комісії стосовно Конституції України 1996 р., де зазначалося, що в її тексті «добре втілено принципи верховенства права» [19]. Комісія розглядала «важливими принципами верховенства права» у цьому контексті окремі положення розділу VIII Конституції (Правосуддя), зокрема, які стосуються здійснення правосуддя виключно судами (ст. 124); незалежності та недоторканності суддів (ст. 126); основних засад судочинства (ст. 129). До «важливих елементів верховенства права» Комісія віднесла низку положень розділу I Конституції (Загальні засади), зокрема: те, що Конституцію наділено найвищою юридичною силою (ч. 2 ст. 8); те, що визнано принцип поділу влади (ч. 1 ст. 6) та що органи законодавчої, виконавчої і судової влади мають здійснювати свої повноваження в межах, визначених Конституцією, та відповідно до законів (ч. 2 ст. 6); те, що в Конституції знайшов своє чітке вираження принцип законності (ст. 19); те, що конституційні положення стосовно прав і свобод людини можуть судами застосовуватися безпосередньо (ч. 3 ст. 8) [20].

Прикметним є те, що у висновку Венеціанської Комісії йдеться не про «принцип верховенства права» (в однині), а про «важливі принципи верховенства права» (у множині) та про «важливі елементи верховенства права», які втілено у тексті Конституції України. Проте у цьому зв'язку не слід робити висновок, що між текстом українського основоположного закону і підходом Венеціанської Комісії існує якесь протиріччя. Адже і український конституцієдавець, і найавторитетніша у питаннях конституційного права європейська інституція спільно праві: юридичний принцип верховенства права слід сприймати як *інтегральний принцип права*, який у перебігу своєї еволюції, окрім закладених первісно ще у XIX ст. А. Дайсі принципу *nullum crimen sine lege* (що становить перший елемент його доктрини) та принципу *рівності всіх перед законом* (що є другим елементом доктрини А. Дайсі), надалі увібрав у себе добре відомі універсальні принципи права, які наразі виступають його складниками — як його «важливі принципи» та його «важливі елементи». Серед них, зокрема: принцип народовладдя (демократії); принцип поділу влади; принцип відповідальності держави і посадових осіб; принцип законності; принцип незалежності та безсторонності суду; принцип доступу до суду (право на справедливий суд); принцип поваги прав людини і основоположних свобод; принцип заборони дискримінації; принцип ієрархії юридичних норм; принцип заборони зворотної дії закону; принцип юридичної визначеності; принцип *res judicata*; принцип пропорційності тощо.

Перелік таких принципів не є вичерпним — передовсім через те, що верховенство права є «живою і динамічною концепцією». Зміст кожного

з цих принципів розкривається та їх дія забезпечується завдяки похідним від кожного з них додатковим структурним одиницям. У тексті Конституції України міститься переважна більшість «важливих принципів» («важливих елементів»). Вони, сукупно з чималою кількістю закріплених тут же їх похідних (додаткових) структурних одиниць, наповнюють конкретним змістом верховенство права як інтегральний принцип українського конституційного права. У контексті Конституції України такими структурними одиницями є: принцип демократії (ст. 1), принцип прав людини та відповідальності держави перед людиною за свою діяльність (ч. 2 ст. 3), принцип народовладдя (статті 5 та 7), принцип поділу влади (ч. 1 ст. 6), принцип законності (ч. 1 ст. 6; ст. 19), принцип незалежності суду та суддів (ч. 1 ст. 124; ст. 126; ч. 1 ст. 129; ст. 130 та ін.), принцип доступу до суду (ч. 3 ст. 8, ч. 2 ст. 55), принцип поваги до прав людини і основоположних свобод (ч. 2 ст. 3; ст. 21; ч. 3 ст. 22), принцип рівності перед законом (ч. 1 ст. 24), принцип заборони дискримінації (ч. 2 ст. 24), принцип *nullum crimen sine lege* (ч. 2 ст. 29), принцип заборони зворотної дії закону (ч. 1 ст. 58), принцип *nulla poena sine lege* (ч. 1 ст. 62), принцип презумпції невинуватості (ч. 2 ст. 62) та ін.

Показовим прикладом сутності верховенства права як інтегрального принципу українського конституційного права виступає, зокрема, і ч. 2 ст. 8 Конституції України, де закріплено принцип ієрархії юридичних норм. Він як складова принципу верховенства права скерований на забезпечення узгодженого характеру всієї юридичної системи, що є надто важливим для ситуації, коли правопорядок наповнюють також і норми, які не

завжди узгоджуються поміж собою, тобто суперечать одна одній. Зміст принципу ієрархії юридичних норм полягає в тому, що Конституція України наділена найвищою юридичною силою, тобто вона стоїть понад: а) звичайними законами; б) іншими нормативно-правовими актами — підзаконними, що їх ухвалюють чи видають Верховна Рада України, Президент України, Кабінет Міністрів України, міністри та різні центральні органи виконавчої влади; в) актами органів місцевого самоврядування та місцевих державних адміністрацій; г) понад актами, що їх ухвалюють представницький орган і уряд Автономної Республіки Крим.

За своєю юридичною силою Конституція України стоїть також вище і стосовно міжнародних договорів України: лише ратифіковані Верховною Радою України міжнародні договори є частиною національного законодавства України. Найвища юридична сила Конституції у цьому випадку забезпечується її особливою вимогою, за якою укладення міжнародних договорів, що суперечать Конституції, є можливим лише тоді, коли Конституцію буде відповідно змінено (ч. 2 ст. 9). Прикладом у цьому випадку є ситуація, котра до цього часу унеможлиблює ратифікацію підписаного від імені України 20 січня 2000 р. Римського Статуту Міжнародного кримінального суду. Як визначив Конституційний Суд України, Статут не відповідає Конституції в частині, що стосується положень абзацу 2 преамбули та ст. 1 Статуту, за якими Міжнародний кримінальний суд «доповнює національні органи кримінальної юстиції». Виходячи з того, що положеннями Конституції України не допускається делегування функцій судів України іншим органам (що впливає,

зокрема, із ч. 1 та ч. 3 ст. 124) та створення судів, не передбачених Конституцією України (що впливає, зокрема, із ч. 5 ст. 125), а також враховуючи те, що Міжнародний кримінальний суд доповнює систему національної юрисдикції, Конституційний Суд дійшов висновку, що приєднання України до Римського Статуту — відповідно до ч. 2 ст. 9 — можливе лише після внесення до Конституції відповідних змін [21].

Завдання забезпечити узгоджений характер усієї юридичної системи в умовах співіснування суперечливих норм (а тим самим — досягти ефективності верховенства права, себто його дієвості) покладається передовсім на інститути судової влади. Тому особлива роль у системі інституційного забезпечення верховенства права відведена конституційному та адміністративному видам судочинства. У випадках співіснування суперечливих норм різного ієрархічного рівня на орган конституційної юрисдикції покладено функцію перевіряти, чи відповідають Конституції звичайні закони або окремі підзаконні акти (завдяки чому визначається їх конституційність/неконституційність), а на органи адміністративного судочинства — функція перевіряти адміністративні акти (будь-який нормативний акт чи акт індивідуальної дії), дії або бездіяльність влади та її посадових осіб на відповідність Конституції і законам України (чим визначається законність або незаконність акта/акту — дії чи бездіяльності). Проте завдання забезпечити узгоджений характер усієї юридичної системи не обмежується лише ситуацією, обумовленою співіснуванням суперечливих норм різного ієрархічного рівня. Принцип верховенства права вимагає судівської дії також і в ситуаціях, за яких співісну-

ють суперечливі норми одного ієрархічного рівня. Тоді до судів різних видів юрисдикції висувається вимога застосовувати вже класичні для юридичної практики формули: *lex posterior derogat priori* — *lex specialis derogat generali* — *lex posterior generalis non derogat speciali priori*. Незастосування судом таких формул за обставин, що вимагають цієї дії, позбавляють принцип верховенства його дієвості.

До похідних (додаткових) структурних одиниць, котрі наповнюють конкретним змістом верховенство права як інтегральний принцип українського конституційного права, належать так само і положення ч. 3 ст. 8 Конституції України, де складовими верховенства права виступають, зокрема: принцип поваги до прав людини та принцип доступу до суду. Ці положення скеровані передовсім на те, щоб надати принципові верховенства права додаткових механізмів його дієвості, що забезпечується конституційною гарантією права кожного звернутися до суду для захисту прав людини і основоположних свобод.

Інституційним механізмом забезпечення дієвості верховенства права у цьому випадку виступає судова система як незалежна гілка влади. Тому саме на судову владу Конституцією покладено обов'язок захищати права і свободи людини (ч. 1 ст. 55). Відповідно, Конституцією встановлено, що в Україні кожному гарантовано право звертатися до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина (ч. 3 ст. 8). А на підсилення такої гарантії ще й окремим конституційним положенням визначено, що кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб (ч. 2 ст. 55).

Принцип поваги до прав людини та принцип доступу до суду є істотно важомими для забезпечення дієвості верховенства права. Права людини, не будучи складовою частиною верховенства права (як і верховенство права не є складовою частиною прав людини), виступають особливим інститутом, без якого верховенство права не існує взагалі. Своєю чергою, верховенство права виступає тим найдієвішим інструментом, завдяки якому права людини з теоретичної концепції перетворюються на практичну дійсність. Доброю ілюстрацією того є застосована у преамбулі Загальної декларації ООН прав людини 1948 р. формула, відповідно до якої «[...] аби людина не була змушена вдаватися до повстання як до останнього засобу порятунку від тиранії та гніту, надзвичайно важливо, щоб права людини були захищені верховенством права» [22]. У цьому контексті йдеться не лише про права людини і основоположні свободи, зазвичай відомі як класичний «каталог прав і свобод людини», тобто той клас природних прав людини, що міститься чи у самій Декларації ООН, чи у Європейській конвенції з прав людини і відповідно у національних конституціях, а також і про права людини, що мають особливий — процесуальний — характер і відомі як так звані «судові права людини». Клас «судових прав людини» розлого представлений практикою Європейського суду з прав людини як наслідок тривалого і динамічного тлумачення ст. 6 Конвенції (право на справедливий суд). Він включає в себе, зокрема: а) право на гарантований доступ до суду; б) право на законного і компетентного суддю; в) право викласти свою позицію в суді; г) право на ефективні засоби юридичного захисту в суді; г) право на справедливий судовий розгляд;

д) право на презумпцію невинуватості у кримінальних справах; е) право на розумний строк розгляду справи; є) право на відкрите слухання справи та ін.

Принцип поваги до прав людини та принцип доступу до суду як дві взаємопов'язані складові верховенства права відіграли істотну роль у розвитку інституційних механізмів його забезпечення, серед яких чи не найвагоміше місце посіло адміністративне судочинство. За оцінкою Європейського суду з прав людини, якраз «запровадження та існування адміністративних судів можна вітати як одне з найпомітніших досягнень держави, закладеної на підвалинах верховенства права» [23]. Запровадження в Україні системи адміністративного судочинства беззастережно можна вважати одним із найбільших досягнень на шляху утвердження верховенства права у нашій державі. Проте найпомітніший позитивний наслідок цього процесу поки що лежить у площині законодавчого забезпечення утвердження верховенства права — передовсім завдяки тому, що у Кодексі адміністративного судочинства України [24] вперше за увесь новітній період вітчизняної законодавчої практики доволі системно і докладно було виписано ті елементи, що у цій сфері судочинства виступають як структурні одиниці принципу верховенства права (вони містяться, зокрема, в окремих положеннях статей 8, 9, 10, 11, 12, 13, 16, 235, 237 КАСУ). Особливе практичне значення для забезпечення дієвості принципу верховенства права в системі українського правопорядку — і завдяки чому наш національний правопорядок може набувати узгодженого характеру з європейським правовим простором — належить положенням, передбаченим ст. 235, ч. 2

ст. 236 і п. 2 ст. 237 КАСУ: саме ці положення утворюють справді дієвий механізм виконання рішень Європейського суду з прав людини в рамках національної юридичної системи відповідно до вимог принципу *restitutio in integrum*, як це передбачено однією з рекомендацій Комітету міністрів Ради Європи [25].

Аби інституційний механізм забезпечення дієвості верховенства права (у особі судівництва), зі свого боку, мав відповідні засоби, то Конституцією України чітко визначено практичний інструментарій на досягнення цієї мети. Інструментальним механізмом забезпечення дієвості верховенства права в українській юридичній системі у цьому контексті виступає конституційний припис (перше речення ч. 3 ст. 8), відповідно до якого: норми Конституції є нормами прямої дії. Із цього припису логічно випливає такий припис (друге речення ч. 3 ст. 8): звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується. Те, що обидва конституційні приписи поєднано в одній частині ст. 8, і що другий припис логічно випливає з першого — зовсім не випадково. Третю частину ст. 8 слід розглядати як єдине ціле, з якого випливають такі наслідки: 1) нормами прямої дії у Конституції є винятково лише ті норми, що стосуються прав і свобод людини і громадянина; 2) звернення до суду безпосередньо на підставі конституційних норм прямої дії гарантовано лише для захисту прав і свобод людини і громадянина, а не для їх обмеження; 3) звертатися до суду на підставі конституційних норм прямої дії можуть лише приватні особи, а не органи державної влади чи їх посадові особи; 4) на суд покладено обов'язок захища-

ти права і свободи людини і громадянина, а не обмежувати їх; 5) суд зобов'язаний взяти до розгляду справу стосовно захисту прав і свобод людини і громадянина навіть за умови, якщо у системі національного законодавства відсутній нормативний акт (чи норма) нижчого від Конституції рівня з цього предмета; 6) у разі відсутності у системі національного законодавства нормативного акта (чи норми) нижчого від Конституції рівня суд зобов'язаний захищати права і свободи людини і громадянина безпосередньо на підставі конституційних норм прямої дії, які є відтворенням у національній конституції положень Європейської конвенції з прав людини, застосовуючи практику Європейського суду з прав людини у цих питаннях; 7) до переліку прав і свобод людини, що можуть бути предметом судового захисту на підставі конституційних норм прямої дії, належать ті права людини і основоположні свободи (природні права), які входять до класичного «каталогу прав людини», передбаченого Європейською конвенцією з прав людини; 8) органи державної влади та місцевого самоврядування, їх посадові особи не можуть застосовувати будь-які інші норми Конституції як норми прямої дії, окрім тих, що стосуються «конституційних прав і свобод людини і громадянина»; 9) заборона органам державної влади та місцевого самоврядування при здійсненні ними своїх повноважень застосовувати інші конституційні норми (інші, ніж ті, що стосуються «конституційних прав і свобод людини і громадянина») як норми прямої дії випливає із іншого складника принципу верховенства права — принципу законності, котрий зобов'язує такі органи та їх посадові особи діяти лише на підставі, у межах та у спосіб, що перед-

бачені Конституцією та законами України (ст. 19).

Отже, спроба дати формальне визначення поняттю «верховенство права», до чого свого часу вдався Конституційний Суд України, виявилася безуспішною. Повна безнадійність будь-якої такої спроби обумовлена, як зазначалося вище, тим, що досі загальноновизнано: це поняття не піддається формальному визначенню. Окрім того, застосована Конституційним Судом формула «верховенство права — це панування права в суспільстві» [26] не відповідає загальноновизнаним (передовсім у Європі) уявленням про сутність верховенства права, бо вона побудована на доктрині юридичного позитивізму, тоді як концепція верховенства права і присутній зміст юридичного принципу верховенства права є продуктом протилежного вчення — вчення про природне право. Формула Конституційного Суду України неодмінно скеровує на потребу передовсім з'ясувати сутність власне поняття «право», а за тим — перейти до з'ясування сутності вже буцімто похідного від нього поняття «верховенство права». Методологія юридичного позитивізму у цьому випадку є цілковито неприйнятною і хибною, бо позитивне право будь-якої національної юридичної системи саме по собі не становить того, що визначає сутність верховенства права як такого. Позитивне право може лише засвідчи-

ти або ж наявність, або ж відсутність у національній політичній чи юридичній системах загальноновизнаних інституційних і процедурних елементів (складників) верховенства права.

Одну із причин, що скеровує вітчизняну наукову думку в бік методології юридичного позитивізму, можна вбачати у певній недосконалості перекладу англomовного словосполучення «*the rule of law*» українською шляхом поєднання двох окремих слів «верховенство» і «право». Цим, власне, пояснюється також і присутній у вітчизняній доктрині метод «поелементного аналізу» поняття «верховенство права», коли пропонується його сутність розкривати через зміст окремо взятих слів «право» і «верховенство». Тому вдалішим у цьому випадку було б застосування українського однослівного терміна «правовладдя» як відповідника англomовного виразу «*the rule of law*». Бо правовладдя — це і є суть заперечення свавільної влади людини взагалі. Сказане нами отримало своє підтвердження у найновішому документі Венеціанської Комісії — спеціальній доповіді [27], де зокрема наголошується на тому, що верховенство права — це «практична юридична концепція», яка «направду становить фундаментальний і спільний європейський стандарт, призначення якого — скеровувати і обмежувати здійснення демократичної влади»*.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Модернізація України* — наш стратегічний вибір : Щорічне Послання Президента України до Верховної Ради України. — К., 2011. — С. 16.
2. *Рішення Конституційного Суду України у справі щодо конституційності тлумачення Верховною Радою України статті 98 Конституції України від 11 липня 1997 року (справа № 1/1909-97).*
3. *Рішення Конституційного Суду України у справі про набуття чинності Конституцією України від 3 жовтня 1997 року (справа № 18/183-97).*
4. *Opinion on the Constitution of Ukraine adopted by the Commission at its 30th Plenary meeting in Venice on 7–8 March 1997 on the basis of the contributions submitted by : Mr S. Bartole (Italy), Mr*

*Доповідь Венеціанської Комісії з цього питання українською мовою буде надруковано у найближчих номерах журналу «Право України».

- G. Batliner (Liechtenstein), Mr J. Klucka (Slovakia), Mrs A. Milenkova (Bulgaria), Mr H. Steinberger (Germany), Mr A. Delacamp (CLARE). — Strasbourg, 11 March 1997. Doc. CDL-INF (97) 2.
5. *Коментар до Конституції України* / ред. кол. : В. Ф. Опришко (голова), Л. Є. Горьовий, М. І. Корнієнко та ін. — К., 1996; *Коментар до Конституції України*. — 2-ге вид., випр. і допов. — К., 1998; *Конституція України* : наук.-практ. комент. / В. Б. Авер'янов, О. В. Батанов, Ю. В. Баулін та ін. ; ред. кол. : В. Я. Тацій, Ю. П. Битяк, Ю. М. Прошевой та ін. — Х., 2003; *Мучник А. Г.* Коментарій к Конституции Украины. — 2-е изд., исправ. и доп. — К., 2003; *Телішко В. Е.* Науково-практичний коментар Конституції України. Станом на 1 грудня 2010 р. / за ред. В. Л. Мусіяки. — К., 2011.
6. *Конституційне право України* : підруч. для студ. вищ. навч. закл. / за ред. акад. АПрН України, д-ра юрид. наук, проф. Ю. М. Тодики, д-ра юрид. і політ. наук, проф. В. С. Журавського. — К., 2002; *Кравченко В. В.* Конституційне право України : навч. посіб. — 3-тє вид., випр. та допов. — К., 2004; *Конституційне право України* : підруч. для студ. вищ. навч. закл. / за ред. В. П. Колісника та Ю. Г. Барабаша. — Х., 2008.
7. *PACE Recommendation 1112 (1989)*. Text adopted by the Assembly on 25 September 1989 (14th Sitting).
8. *Закон України про приєднання до Статуту Ради Європи* // Відомості Верховної Ради України. — 1995. — № 38. — Ст. 287.
9. *Закон України про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції* // Відомості Верховної Ради України. — 1997. — № 40. — Ст. 263.
10. *Конституційний Договір між Президентом України та Верховною Радою України про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України (від 8 червня 1995 року)* // Відомості Верховної Ради України. — 1995. — № 18. — Ст. 133.
11. *Doc. CDL (95)*, para. 1. Strasbourg, 9 September 1995.
12. *A. V. Dicey. Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*. — London, 1885.
13. *A. V. Dicey. Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. — 10th ed., 1959 / with introd. by E. C. S. Wade. — London ; New York, 1961 (Reprinted).
14. *Universal Declaration of Human Rights* // G. A. Res. 217A (III), U.N. Doc A/810, at 71 (1948).
15. *John J. Cremona. The Rule of Law as a Fundamental Principle of the European Convention of Human Rights* // A Council for all Seasons: 50th anniversary of the Council of Europe. — [Valetta] : Ministry of Foreign Affairs (Malta), 1999. — P. 124.
16. *Ibidem*. — P. 120.
17. *Case of Conka v. Belgium*, no. 51564/99, February 2002.
18. *Case of The Communist Party of Turkey v. Turkey*, 30 January 1998, reports of Judgments and Decisions 1998-I, para 28.
19. *European Commission for Democracy through Law : Opinion on the Constitution of Ukraine*, adopted by the Commission at its 30th Plenary meeting in Venice, on 7–8 March 1997. Doc. CDL-INF (97)2. — Strasbourg, 11 March 1997. — P. 13.
20. *Ibidem*. — P. 2, 9.
21. *Висновок Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України про надання висновку щодо відповідності Конституції України Римського Статуту Міжнародного кримінального суду (справа про Римський Статут) від 11 липня 2001 року № 3-в/2001 (справа № 1-35/2001)*.
22. *Universal Declaration of Human Rights* // G. A. Res. 217A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948).
23. *Case of Kress v. France*, no. 39594/98, 7 June 2001, para. 69.
24. *Кодекс адміністративного судочинства України* // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 35–36, 37. — Ст. 446.
25. *Recommendation № R (2000) 2 of the Committee of Ministers on the reexamination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights*. Adopted by the Committee of Ministers on 19 January 2000 at the 694th meeting of the Minister's Deputies.
26. *Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення більш м'якого покарання) від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004*. — Справа № 1-33/2004.
27. *Report on the Rule of Law*. Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25–26 March 2011) on the basis of comments by Mr Pieter van Dijk (Member, Netherlands), Ms Gret Haller (Member, Switzerland), Mr Jeffrey Jowell (Member, United Kingdom), Mr Kaarlo Tuori (Member, Finland). Doc. CDL-AD (2011)003rev.

(продовження статті — у наступних номерах журналу)

Головатий С. П. Тріада європейських цінностей — верховенство права, демократія, права людини — як основа українського конституційного ладу

Анотація. Стаття загалом присвячена аналізу сутності тріади принципів спільної спадщини європейських народів, до якої належать принцип верховенства права, принцип демократії та принцип прав людини. У першій частині статті запропоновано авторське тлумачення принципу верховенства права в рамках тлумачення усієї ст. 8 Конституції України.

Ключові слова: конституція, конституційний лад, конституційне право, верховенство права (правовладдя), «судові права людини».

Головатий С. П. Триада европейских ценностей — верховенство права, демократия, права человека — как основа украинского конституционного порядка

Аннотация. Статья в целом посвящена анализу сути принципов общего наследия европейских народов, к которому относятся принцип верховенства права, принцип демократии и принцип прав человека. В первой части статьи предложено авторское толкование принципа верховенства права в рамках толкования всей ст. 8 Конституции Украины.

Ключевые слова: конституция, конституционный порядок, конституционное право, верховенство права (правовластие), «судебные права человека».

Holovaty S. The triad of the european values — the rule of law, democracy, human rights — as the foundation of the Ukrainian constitutional order

Annotation. The article as a whole contains an analysis of the substance of the principles belonging to the common heritage of the european nations: the principles of the rule of law, democracy and human rights. The first part of the article contains the interpretation of the rule of law principle within the framework of the interpretation of the whole article 8 of Constitution of Ukraine.

Key words: constitution, constitutional order, constitutional law, rule of law, «judicial human rights».

Пропонується видання:

Стрижак А. А.

Конституція України в актах Конституційного Суду України (аналіт. огляд та комент.) / А. Стрижак. — К. : Ін Юре, 2010. — 631 с.



Видання містить результати аналітичного дослідження практики конституційного судочинства (рішення, висновки та процесуальні ухвали за 1997–2009 роки) щодо реалізації Конституційним Судом України його головного завдання — гарантування верховенства Конституції як Основного Закону держави. Виокремлено правові позиції Конституційного Суду України, а також авторські коментарі з питань конституційності законів та інших правових актів, тлумачення Конституції й законів України, інших питань, вирішення яких належить до конституційних повноважень Суду. Мета праці — популяризація діяльності єдиного органу конституційної юрисдикції в Україні, поширення наукових знань у галузі конституційного права, що сприятиме формуванню правосвідомості громадян та розвитку юридичної освіти.

Розраховане на працівників органів законодавчої, виконавчої та судової влади, органів місцевого самоврядування, науковців та студентів юридичних факультетів вищих навчальних закладів.

Замовляйте видання за телефоном:

0(44) 537-51-11

або електронною поштою:

sales@inyure.kiev.ua

http://shop.inyure.kiev.ua

ПРИНЦИП ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА ТА НАЙВИЩА ЮРИДИЧНА СИЛА КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ



С. ШЕВЧУК

*доктор юридичних наук,
член-кореспондент НАПрН України,
професор кафедри загальнотеоретичних
та державно-правових наук
(Національний університет
«Києво-Могилянська академія»)*

Визнання принципу верховенства права в Україні є одним із найбільш складних завдань. Належному розумінню цього принципу заважає важка спадщина радянської правової системи, в основу якої було покладено принцип верховенства закону, правовий формалізм та позитивізм, який, по суті, прикривав свавілля державної влади щодо своїх громадян. З верховенством права пов'язано чимало понять, явищ та ідей, особливо у сучасний період в Україні. При характеристиці цього принципу слід також брати до уваги те, що коли певний ідеал починає «вкорінюватися» у масову свідомість, його значення відходить від значення, яке закладалося спочатку. В умовах сьогодення цей ідеал англосаксонського права «наклався» на традицію політико-правового будівництва радянського періоду, яка, як це не парадоксально, продовжує впливати на сучасну правову систему України. Не слід також забувати, що й у дорадянський період розвитку вітчизняного права принцип верховенства права не визнавався та не діяв.

З цієї перспективи правильне розуміння ст. 8 Конституції України є

визначальним. Не потребує доведення думка, що правопорядок у сучасному розвиненому демократичному суспільстві скеровується не тільки нормативно-правовими актами, а й правовими принципами фундаментального рівня, які відображують та втілюють у життя ціннісні та моральні якості права, що можуть слугувати, у певних випадках, критерієм розрізнення права та закону та відображати дію природного права в сучасних умовах. Серед цих принципів чільне місце посідає принцип верховенства права. Завдяки визнанню та дії цього принципу право вже не може бути ототожнене лише з сукупністю нормативно-правових актів, а розглядається як явище, яке безпосередньо пов'язане такими цінностями природного права, як справедливість, розумність, рівність, цілеспрямованість, пропорційність тощо.

Принцип верховенства права у правовій системі завжди відповідає за справедливість, особливо у сфері правозастосування (правосуддя), оскільки метою правового регулювання у суспільстві є досягнення справедливості не тільки абстрактно, а й з урахуванням конкретних життєвих обста-

вин. Іноді гарантувати цю справедливість неможливо лише шляхом застосування формальних правових приписів (норм права), оскільки посилений режим законності (так звана диктатура закону) завжди веде до встановлення авторитарного режиму. Але це правило спрацьовує не лише в умовах відсутності демократії, а й за умов ненормального функціонування правової системи, коли нормативні приписи стають настільки формальними, що вже неспроможні забезпечувати справедливість та захищати права людини. Отже, застосування принципу верховенства права відбувається у тих випадках, коли необхідно відійти від вузького розуміння вимог формального нормативного припису з метою захисту справедливості, або прийняти рішення всупереч цим вимогам.

Одним із найбільш відомих історичних прикладів відображення цієї ідеї є рішення суду лорда-канцлера — найвищої посадової особи держави після короля, який розглядав скарги на рішення судів королівства згідно з правом справедливості (повноваження на розгляд яких було надане лорду-канцлеру Вестмінстерським статутом 1285 р.), яке ніде не було зафіксоване у нормативному акті, проте становило сукупність вимог милосердя, розумності, доброчесності, совісті. Особи, які подавали скарги, прохали короля розглянути їхні справи по суті та виявити милосердя «за совістю та за сутністю». Хоча право справедливості і було додатком до загального або статутного права, проте воно мало суттєву ознаку: право, гарантоване загальним та статутним правом, вважалося недійсним, якщо воно суперечило однозначному за силою та змістом праву справедливості.

Наведемо історичний приклад. Особа позичає гроші та віддає під за-

ставу свою землю кредитору. За умовами договору, якщо боржник вчасно повертає гроші, він повертає свою землю; якщо ні — то ніколи він не зможе повернути землю. Уявімо собі, що помилка кредитора у часі або нещасний випадок не дозволили вчасно повернути гроші. Загальне право Англії та укладений договір надає право кредитору забрати у свою власність землю боржника. Право справедливості встановлює протилежне положення — виходячи з цілей договору застава землі є лише гарантією повернення суми позики, а не передачею права власності на землю.

У випадках такого роду право справедливості (природне право) було вищим за позитивне право, та існувало не лише у вигляді науково-теоретичних абстракцій, а було чинним правом. Поступово юрисдикція щодо застосування права справедливості переходить до судів загальної юрисдикції країн англо-саксонського права, а фундаментальні принципи природного права (верховенство права, пропорційність, рівність тощо) починають використовуватися при здійсненні ординарного судочинства. Вже у ч. 1 розділу 2 ст. III Конституції США 1787 р. зазначається, що «судова влада розповсюджується на всі справи, що вирішуються по закону та й по праву справедливості».

Так, суд м. Нью-Йорку у 1889 р. розглянув справу *Riggs v. Palmer*, зміст якої полягав у тому, чи може внук, згаданий у заповіті свого діда, отримати спадщину, якщо він навмисно вбив діда, щоб її отримати? У рішенні у цій справі суд зазначив: «Це є абсолютною правдою, що закони, які регулюють складання заповітів та передачу власності, не можуть дозволяти передачу власності вбивці. Всі закони так само, як і договори, контролюються як

за змістом, так і за наслідками їх виконання, фундаментальними максимами загального права. Нікому не може бути дозволено отримувати перевагу від своїх поганих вчинків, або отримувати власність шляхом скоєння злочину» [1].

Прикладом аналогічної діяльності в сенсі застосування права справедливості у сучасних умовах слугує практика Європейського суду з прав людини. Так, у справі *Ivanov v. Ukraine (2006)* заявник стверджував, що підпискою про невіїзд, яка взята у заявника у межах розслідування кримінальної справи проти нього, держава порушує право на свободу пересування, оскільки він мав обов'язок постійно доповідати судді або слідчому про зміну свого місця перебування. Держава заперечила позицію заявника на підставі того, що цей запобіжний захід відповідав закону. Суд визнав порушення ст. 2 Протоколу № 4 (права на свободу пересування) державою, оскільки період перебування під цією підпискою був занадто довгим (10 років та 4 місяці), тому ці обмежувальні заходи вже не відповідали принципу пропорційності. Хоча в аналогічній справі *Antonenko and Others v. Ukraine (2005)* Суд не знайшов порушення ст. 2 Протоколу № 4, але у цьому випадку часовий період становив 4 роки та 10 місяців. Іншими словами, на певному етапі застосування легітимних законодавчих положень може виявитися несправедливим (непропорційним) та порушити сутність фундаментального права.

Дотримання принципу верховенства права у процесі здійснення правосуддя при вирішенні кожної конкретної справи, стороною якої є людина, становить основну ідею правової системи. Отже, можна стверджувати, що принцип верховенства права є ілюзор-

ним у тій країні, де держава не забезпечує повною мірою право на доступ до суду, в якому людина захищатиме свої права, де відсутні гарантії права на справедливий суд, починаючи від права на доступ до суду, його безсторонності та незалежності, справедливості та належної обґрунтованості його рішень і належного їх виконання. Те саме стосується країн вибіркового застосування правосуддя. На це звертає увагу і Європейський суд з прав людини: «Принцип верховенства права та поняття справедливого судового розгляду, визначене в статті 6, унеможливають будь-яке втручання на підставі закону у здійснення правосуддя, що має на меті вплинути на судові вирішення спорів» [2]. Тому гарантії, що містяться у ст. 6 «Право на справедливий суд» Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, є невід'ємними від принципу верховенства права, оскільки ця стаття призначена оберігати цей фундаментальний принцип [3].

Це саме стосується поширення юрисдикції судів на всі правовідносини, що виникають у державі. Як зазначає Європейський суд з прав людини, «було б несумісним із принципом верховенства права у демократичному суспільстві або основоположним принципом, що лежить в основі частини 1 статті 6 — щодо цивільних позовів має існувати можливість подання на розгляд суду, — якби, наприклад, держава могла без обмежень чи контролю з боку установ Конвенції виключати з юрисдикції судів цілі види цивільних вимог або надавати імунітет від цивільно-правової відповідальності великим групам чи категоріям осіб» [4].

Посиланням на принцип верховенства права просякнута практика Суду й по інших статтях Конвенції. Так, у

контексті застосування ст. 5 Конвенції, Суд зазначав, що затримання особи на невизначений та непередбачуваний період без обґрунтування такого затримання конкретними положеннями законодавства або судовими рішеннями не відповідає принципу правової визначеності, є свавільним і таким, що суперечить основоположним аспектам верховенства права [5]. Тим, що порушує принцип верховенства права, на думку Суду, є позбавлення доступу до засобів правового захисту [6], відсутність проведення ефективного, незалежного та швидкого розслідування злочинів по статтям 2, 3 Конвенції тощо.

Отже, незважаючи на те, що принцип верховенства права отримав своє найвище позитивне закріплення у Конституції України та міжнародних договорах, стороною яких є Україна, його зміст повинен отримати додаткове розкриття через діяльність органів судової влади, оскільки саме через правозастосування у процесі судового захисту прав людини та основних свобод стає зрозумілим величезний потенціал цього принципу для забезпечення справедливості судових рішень. Отже, справедливість є головною умовою та сутністю правосуддя.

Важко надати якесь одне, чітке визначення цього принципу, адже головний його зміст полягає у забезпеченні пріоритету панування права у суспільстві над іншими суспільними нормативними регуляторами, яке розглядається з позицій доктринальних поглядів різних шкіл права (тобто розуміння права є плюралістичним, а тому й не може містити лише одну та «єдину правильну» дефініцію), унеможливорює прояв свавілля державної влади, забезпечує дотримання вимог справедливості, а також реалізацію основних прав та свобод та їх відповідні

гарантії. У будь-якому випадку принцип верховенства права не може бути ототожнений із принципом верховенства нормативно-правових актів держави (законів), передбачає більш активну роль судової влади та не може розглядатися тільки абстрактно, тобто окремо від діяльності судової влади та інших органів державної влади щодо застосування цього принципу.

Визначення принципу верховенства права (*the rule of law*) було вперше запропоновано англійським вченим та політичним діячем Д. Гаррінгтоном у 1656 р. як правління законів, а не людей, що є інтерпретацією аналогічної думки Арістотеля про те, що держава, яка керується законами, є вищою за державу, яка керується людьми. Але справжні історичні витоки цього принципу слід шукати у природному праві та у християнській доктрині. Так, київській митрополит Іларіон у період княжіння Ярослава Мудрого у своєму творі «Слово про закон і благодать» вважає «благодать» вищим ступенем розвитку людства, засобом досягнення спасіння, свободи та справедливості. Отже, такі поняття, як «благодать», «істина» та «божественне веління» можна вважати на той час фактично тотожними принципу верховенству права. У середньовічний період концепції, з яких розвинувся принцип верховенством права, здебільшого оперували ідеями універсального закону, що керує Всесвітом та слугує юридичним засобом обмеження державної влади, тобто під верховенством права розумілося верховенство природного права над правом, яке походить від суверена.

Пізніше під верховенством права стали розумітися не тільки правові обмеження влади монарха, а й свобода індивідів від державного втручання в їх приватні справи, тобто, сучасною

мовою, стає невід'ємним від прав людини. Ця характеристика принципу верховенства права була встановлена судовим прецедентом у справі *Entick v. Carrington*, яка була розглянута у 1765 р. судом Сполученого Королівства. Суд вирішив, що якщо немає закону або судового прецеденту, які підтверджують законність видачі ордеру на обшук та арешт, відповідна практика є незаконною.

Останнім часом визначення принципу верховенства права намагаються дати не скільки вчені та практики у межах національних правових систем, а міжнародні організації та їх представники. Так, Європейська Комісія за демократію через право (Венеціанська Комісія) на пленарному засіданні, яке відбулося 25–26 березня 2011 р., прийняла доповідь про верховенство права [7], де досить докладно дослідила це питання. Організація з економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР) також зробила спробу надати визначення принципу верховенства права, відповідно до якого верховенство права становлять такі фундаментальні окремі елементи, які повинні розглядатися разом: 1) існування основних правил та цінностей, що поділяють люди, які погоджуються їм слідувати (конституціоналізм); це стосується не тільки писаних, а й неписаних конституцій; 2) держава повинна керуватися законом; 3) тлумачать закон незалежні та неупереджені судді; 4) той, хто застосовує закон, діє згідно з ним без дискримінації; 5) закон є прозорим та доступним для всіх, особливо для тих, хто знаходиться у вразливому становищі та потребує його захисту; 6) застосування закону є ефективним та вчасним; 7) закон захищає права, особливо права людини; 8) закон може бути змінений лише відповідно до встановленої процеду-

ри, яка є прозорою, відповідальною та демократичною [8].

У сучасний період, з огляду на аналіз доктринальних джерел та практики конституційних судів та Європейського суду з прав людини, можна стверджувати, що принцип верховенства права охоплює такі складові: 1) він відображає спосіб організації життя суспільства на правових основах, на відміну від анархії, а також є засобом унеможливлення свавільного та антидемократичного правління, й у цьому сенсі він збігається з визначенням конституціоналізму; 2) він відображає моральні основи права, тобто є проявом природного права у сучасних правових системах разом з принципами справедливості, пропорційності, рівності, цілеспрямованості, розумності тощо, й у цьому сенсі є основним критерієм визнання законів неправовими та слугує своєрідним гарантом справедливості правових актів держави; 3) є засобом організації належної правової системи (принцип правової визначеності, стабільності та довіри до права, принцип «немає покарання без закону», принцип законності, заборона неправомірної дискреції та зворотної дії нормативно-правових актів, незалежна судова влада та судовий контроль, принцип єдності судової практики та *res judicata* тощо); 4) слугує основою процесу обмеження та «зв'язування» держави правами людини та основними свободами; сутність цієї ідеї найбільш точно передається у ч. 1 ст. 8 Кодексу адміністративного судочинства України, зміст якої полягає у тому, що суд при вирішенні справи керується принципом верховенства права, відповідно до якого, зокрема людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст та спрямованість діяльності держави.

Принцип верховенства права не заперечує принципу законності, який є його складовою частиною з урахуванням того, що закони повинні бути правовими та відповідати основним правам та свободам. З цієї перспективи у юридичній літературі зазначається, що принцип верховенства права має формальний та матеріальний (органічний) аспект. Формальний аспект принципу верховенства права означає, що держава має діяти згідно з правом та підпадати під його дію, а матеріальний (органічний) аспект полягає у тому, що існують стандарти, які визначають сутність, ціннісну та моральну характеристику позитивного права, походять від конституційних прав людини й основних свобод та від принципів природного права.

До формальної характеристики принципу верховенства права можна віднести такі елементи: притягнення до юридичної відповідальності лише на підставі порушення правових норм; затримання чи позбавлення волі має бути здійснене відповідно до процедури, встановленої законом, прийняття правових актів згідно з нормативно встановленими повноваженнями та процедурами; діяльність державних органів на підставі правових норм та у правових формах; діяльність виконавчої влади відповідно до закону, відсутність дискреційних повноважень у державних органів, що застосовують кримінальний закон; реалізація дискреційних повноважень повинна обмежуватись законом; дія органів виконавчої влади щодо громадян уповноважується правом та здійснюється у правовій формі; гарантія процесуальних прав людини; принцип чіткості правових норм та законності; заборона зворотної дії законів, закони повинні прийматися відповідно до встановленої процедури та відповідати кри-

теріям чинності, у тому числі бути офіційно оприлюдненими, стабільними та чіткими для розуміння, логічно узгодженими та діяти перспективно. Застосування права повинно відповідати критеріям безсторонності та незалежності суду, при цьому сторонам у справі повинна бути надана можливість бути заслуханими, а судові рішення повинні бути обґрунтованими та узгодженими з існуючою практикою. Крім того, у правовій системі повинні існувати ефективні засоби правового захисту порушених прав та інтересів осіб.

Принцип законності як формальна характеристика принципу верховенства права передбачає також і те, що закони є не номінальними, а реально діючими, особливо у сфері боротьби держави зі злочинністю, а розслідування злочинів — ефективним. Те саме стосується й судової системи, особливо у справах призначення покарання за скоєні злочини, для того, щоб громадськість була впевнена у дієвості принципу верховенства права.

За певних умов принцип законності, зведений в абсолют, може суперечити принципу верховенства права, тобто можна припустити наявність суперечності між його формальною та матеріальною (органічною) характеристиками. Коріння цієї суперечності полягають у тому, що формальна характеристика принципу верховенства права не виключає того, що результатом здійснення державного управління або проведення державної політики може бути прийняття та реалізація правових норм, спрямованих на досягнення будь-яких державних цілей, у тому числі таких, які грубо порушуватимуть права людини.

Матеріальна (органічна) характеристика принципу верховенства права не обмежується формальними припи-

сами законодавства та оцінює правові норми та практику їх застосування з точки зору їх відповідності ціннісним та моральним критеріям, а також правам людини та основним свободам. Як зазначається з цього приводу у вітчизняній юридичній літературі (зокрема О. Петришиним), верховенство права має передбачати необхідність та можливість виходу за межі формальної законності, інакше питання про верховенство права позбавляється будь-якого самостійного сенсу і будь-які держави, зокрема й авторитарні, будуть вважатися такими, що застосовують принцип верховенства права.

Конституція України має найвищу юридичну силу. Цим конституційним положенням фактично закріплюється принцип верховенства Конституції України щодо законів та інших нормативно-правових актів, а також міжнародних договорів, стороною яких є Україна. Ця найвища юридична сила пов'язана з тим, що Конституція України є результатом здійснення народом України установчої влади. Прийняття Конституції України Верховною Радою України було безпосереднім актом реалізації установчої влади народу, який тільки одноразово уповноважив Верховну Раду України на її прийняття. Це підтверджується п. 1 ст. 85 Конституції України, яка не передбачає права Верховної Ради України на прийняття Конституції України, а також ст. 156 Конституції України, згідно з якою законопроект про внесення змін до розділів, які встановлюють засади конституційного ладу в Україні, після його прийняття у Верховній Раді України має затверджуватись всеукраїнським референдумом.

У пункті 2 мотивувальної частини рішення у справі за конституційним зверненням О. Барабаша щодо офіційного тлумачення ч. 5 ст. 94 та

ст. 160 Конституції України від 3 жовтня 1997 р., Конституційний Суд України знову ж таки звернув увагу на цей момент: «Конституція України як Основний Закон держави за своєю юридичною природою є актом установчої влади, що належить народу. Установча влада по відношенню до так званих встановлених влад є первинною: саме в Конституції України визнано принцип поділу державної влади на законодавчу, виконавчу і судову (частина перша статті 6) та визначено засади організації встановлених влад, включно законодавчої. Прийняття Конституції України Верховною Радою України означало, що у даному випадку установча влада була здійснена парламентом».

Найбільш відомим органом, який здійснює установчу владу народу, є Конституційна Асамблея (з французької мови *assemblée constituante*, російською — *Учредительное собрание*). Він є тимчасовим представницьким органом, який збирається з метою визначення форми держави (форми правління, державного устрою тощо) після державно-правових катаклізмів, коли легітимність попередньої державної влади фактично повністю зруйнована у результаті революції, громадянської війни, іноземної окупації, або для забезпечення права народу на самовизначення (позбавлення від колоніальної залежності).

Після прийняття відповідних рішень Конституційна Асамблея повинна саморозпуститися та передати владу органам вже встановленої державної влади. Як правило, система органів державної влади, фундаментальні принципи права, права і свободи закріплюються у конституціях, які приймаються Конституційною Асамблеєю, або виносяться на референдум. Тобто мета Конституційної Асамб-

леї — це реалізація установчої влади народу (*pouvoir constituant*), у результаті чого приймається нова Конституція. У конституційній теорії розрізняють установчу владу (*pouvoir constituant*) як найвищу владу та владу встановлену (*pouvoir constitué*), тобто державну владу, яка є похідною від установчої влади. Звідси походить принцип найвищої сили Конституції (ст. 8 Конституції України) щодо законів та інших нормативно-правових актів, оскільки вона прийнята установчою, а не державною владою.

Перша Конституційна Асамблея була скликана у Франції внаслідок буржуазної революції 1789 р., а потім, за французьким зразком, і в інших європейських країнах, у яких проходили революції (Веймарська конституційна асамблея, Установчі збори Латвії 1920–1922 рр., Установчі збори Росії 1917–1918 рр.). Своєрідною Конституційною Асамблеєю (Установчими зборами) у сучасній Російській Федерації є відповідно до ст. 135 Конституції РФ Конституційні Збори, які або підтверджують незмінність Конституції РФ, або розробляють проект нової Конституції РФ, який приймається двома третинами голосів від загальної кількості їх членів, або виноситься на всенародне голосування.

Необхідно звернути увагу, що термін конституція походить від латинського дієслова *constituere*, яке складається з *con* (тобто «разом») та *statuere* («встановлювати», «засновувати»), літературно це означатиме «засновувати разом». Отже, концептуально установча влада є владою народу. Тобто з огляду на це латинське визначення установча влада є владою демократичною і вимагає демократичної прозорості, відкритості та участі громадян як безпосередньо, так і через

своїх представників. Логічно узгоджена демократична теорія, як зазначав К. Шмітт, не знає іншої легітимної конституції, ніж конституції, яка заснована на установчій владі народу.

На думку Д. Ролза, автора таких відомих праць, як «Теорія справедливості» та «Політичний лібералізм», прийняття «демократичної конституції» слід розуміти як реалізацію установчої влади народом шляхом закріплення на конституційному рівні раз та назавжди певних невід'ємних конституційних цінностей та принципів, які лежать в основі функціонування державних органів (принцип поділу влади тощо), а також основних прав і свобод, які парламентська більшість повинна поважати, та принципу верховенства права [9]. Ці цінності, принципи, права та свободи повинні сприйматися як такі, що мають найвищу юридичну силу, та повинні домінувати над результатами діяльності «Конгресу та електорату» [10], тобто є вищими за закони та інші нормативно-правові акти. Власне, цей видатний американський політичний філософ обґрунтовує ідею дуалістичної демократії, що пов'язана з дуалізмом влади: вищої (установчої) та встановленої (державної).

Такі ідеї розвиваються і європейськими органами конституційної юрисдикції у контексті перевірки конституційних змін на предмет відповідності фундаментальним конституційним правам, принципам та цінностям (так звані «вічні конституційні гарантії» у конституційному праві ФРН), та, у випадку встановлення їх невідповідності, визнання їх неконституційними (неконституційна поправка до конституції). Так, на думку Конституційного Суду ФРН, будь-які конституційні зміни можуть бути визнані неконституційними, якщо вони

не відповідають основним, органічним конституційним цінностям та духу Основного Закону у цілому [11].

Крім того, найвища юридична сила конституції знаходить свій прояв у таких ознаках:

1. Конституція є найвищим та фундаментальним позитивним правом. Вона є не тільки зразком, концентрованим відображенням політичних, моральних і філософських поглядів або політичною декларацією, а й, передусім, позитивним та чинним правом, яке є обов'язковим для всіх суб'єктів права, з вищою та стабільною юридичною сутністю порівняно з іншими нормативно-правовими актами.

2. Принцип найвищої юридичної сили конституції передбачає жорсткість конституції, що означає своєрідний «конституційний імунітет» від втручання законодавчої влади. Це означатиме підвищену юридичну стабільність конституції, що передбачає складний порядок внесення змін до неї. В основі сучасного конституціоналізму лежить концепція визнання конституції як нормативної позитивної реальності, а не випадкового політичного компромісу партій і суспільних груп, яка змінюється слідом за зміною такого хиткого балансу. У цьому сенсі конституція стає ефективним правовим актом, що є надійним засобом належного функціонування державного (політичного) механізму та надає легітимності та юридичної чинності існуючому правопорядку.

У будь-якому випадку судовий контроль за конституційністю законодавства має повний і завершений вигляд за наявності писаних та жорстких конституцій, поправки до яких додаються шляхом спеціальних процедур, а не через закони, що прийняті простою парламентською більшістю.

3. Принцип найвищої юридичної сили конституції передбачає визнання конституційних принципів фундаментального рівня (принципів природного права) у правотворчій та правозастосовній діяльності, на що вказує також і принцип верховенства права. Ці принципи захищають моральні та ціннісні основи правової системи та є основою здійснення судочинства, особливо з питань захисту прав людини та основних свобод. Вони відображують категорію «дух конституції», розширюють її зміст, але можуть бути й неписаними, тобто попередньо незакріпленими у тексті, й тому для їх здатності регулювання суспільних відносин потребують визнання державою, зокрема — конституційними судами.

Так, наприклад, більшість конституційних прав та свобод передбачають їх обмеження законом, але одного факту наявності закону є недостатнім: необхідно, щоб цей закон відповідав принципу верховенства права та пропорційності. Принцип пропорційності, на відміну від принципу верховенства права, не є закріпленим у тексті Конституції України, а визнаний Конституційним Судом України. Так, у параграфі 4.2 рішення у справі про призначення судом більш м'якого покарання від 2 листопада 2004 р. за № 15-рп/2004, Суд зазначає, що правова держава, вважаючи покарання, передусім, виправним та превентивним засобом, має використовувати не надмірні, а лише необхідні та зумовлені метою заходи. Обмеження конституційних прав обвинуваченого має відповідати принципу пропорційності: інтереси забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку та безпеки тощо можуть виправдати правові обмеження прав і свобод тільки у

разі адекватності соціально зумовленим цілям.

З найвищою юридичною силою конституції пов'язані конституційні вимоги прийняття всіх нормативно-правових актів на конституційній основі, що дозволить також забезпечити їх відповідність конституції (конституційність). Це означатиме, що при здійсненні нормопроектувальної та законопроектувальної роботи необхідно не тільки дотримуватись конституційних вимог, а й узгоджувати тексти проектів нормативно-правових актів з конституційними нормами, принципами та цінностями, а також з практикою Конституційного Суду України, зокрема з тими рішеннями, де надається офіційне тлумачення конституційних положень, та (або) сформульовані правові позиції щодо їх розуміння. Залишається ще невирішеним питання узгодження цих проектів з усталеним прецедентним правом Європейського суду з прав людини щодо тлумачення тих норм про права та свободи, які є схожими з конституційними нормами. Крім того, на основі Конституції України повинні видаватися два види нормативно-правових актів: ті нормативно-правові акти, необхідність прийняття яких прямо вказана у тексті Конституції України (наприклад Закон про регламент Верховної Ради України), та ті, необхідність прийняття яких зумовлена належною та ефективною реалізацією положень Конституції України. У правовій системі також повинні існувати належні та ефективні механізми виявлення невідповідності нормативно-правових актів Конституції України та притягнення винних осіб до політичної та юридичної відповідальності.

Норми Конституції України є нормами прямої дії. Це означатиме, що конституційно-правове регулювання є

не декларативним, а реальним, тобто конституційні норми мають насамперед юридичне, а не політичне значення, та є безпосередніми регуляторами суспільних відносин. Крім того, для їх належної реалізації не потрібно очікувати прийняття інших нормативно-правових актів, а органи судової влади не можуть відмовитись від їх застосування з посиланням на необхідність прийняття якихось додаткових «конкретизуючих» норм законів. Вони застосовуються безпосередньо незалежно від того, чи прийнято на їх розвиток відповідні закони або інші нормативно-правові акти (абзац 2 п. 2 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 19 квітня 2001 р. за № 4-рп/2001). Особливо це стосується реалізації конституційних норм про права людини та основні свободи. Так, при тлумаченні ч. 1 ст. 59 Конституції України «кожен має право на правову допомогу», Конституційний Суд України зазначив, що це є нормою прямої дії (ч. 3 ст. 8), і навіть за умови, якщо це право не передбачене відповідними законами України чи іншими правовими актами, особа не може бути обмежена у його реалізації (п. 4 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 30 квітня 2009 р. за № 23-рп/2009).

Ця правова позиція Конституційного Суду України передає сутність прямого звернення до суду для захисту конституційних прав та свобод безпосередньо на підставі Конституції України. Особа, яка вважає, що її конституційні права та свободи порушено, має право доступу до суду з метою захисту цих прав та свобод, а суд не може відмовляти у здійсненні правосуддя з посиланням на те, що відповідний закон, який конкретизує або деталізує ці права, не прийнятий. Суд також не може застосовувати ті поло-

ження законів, які є чинними, але їх зміст суперечить органічній (матеріальній) сутності конституційних прав та свобод, оскільки принцип верховенства права вимагає наявності відповідності цій сутності, що найбільш всього проявляється у контексті фактичних обставин справи, що розглядається судом.

Ще одним аспектом коментованої ст. 8 Конституції України залишається питання співвідношення принципу верховенства права та Конституції України. Невипадково, що положення про те, що Конституція України має найвищу юридичну силу, міститься у ч. 2 цієї статті. Це означатиме, що юридична сила принципу верховенства права не може бути вищою, ніж Конституції України. При цьому треба врахувати, що конституція містить не тільки позитивні (писані) принципи та норми, а й неписані принципи та

цінності, які походять з природного права та органічно зв'язані з конституційним текстом. Це означатиме також, що Конституційний Суд України має юрисдикцію щодо визнання конституційних змін (конституційних поправок) неконституційними, якщо вони порушують або скасовують фундаментальні конституційні принципи та цінності.

Для належного застосування Конституції як системи писаних та неписаних норм, принципів та цінностей, у тому числі й принципу верховенства права, необхідна нова, «творча» роль Конституційного Суду України у процесі її застосування та тлумачення. Надійним орієнтиром у цьому процесі повинна слугувати практика застосування принципу верховенства права судами конституційних демократій та Європейським судом з прав людини.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506, 22 (1889).
2. *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece* (1994), § 49.
3. *Salabiaku v. France* (1988), § 28.
4. *Fayed v. United Kingdom* (1994), § 65.
5. *Assanidze v. Georgia* (2004), § 175.
6. *Melnik v. Ukraine* (2006), § 30.
7. <http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD%282011%29003rev-e.pdf>
8. *Equal Access to Justice and the Rule of Law*, OECD Development Assistance Committee (DAC). Mainstreaming Conflict Prevention (2005).
9. *Rawls J. Political Liberalism*. — New York, 2005. — P. 232.
10. *Ibid*, 231.
11. *Article 77 Case*, 3 BVerfGE 225, 234 (1953).

Шевчук С. В. Принцип верховенства права та найвища юридична сила Конституції України

Анотація. У статті надається науковий коментар до ст. 8 Конституції України, яка закріплює фундаментальний принцип правової системи — верховенства права. Автор надає стислу характеристику принципу верховенства права, його історичне походження, зміст, формальну та матеріальну характеристику. Крім того, розкривається зміст положення про найвищу юридичну силу Конституції України, а також положення про те, що норми Конституції є нормами прямої дії.

Ключові слова: Конституція України, принцип верховенства права, установча влада, вища юридична сила Конституції, пряма дія конституційних норм, безпосереднє звернення до суду для захисту конституційних прав та свобод.

Шевчук С. В. Принцип верховенства права и высшая юридическая сила Конституции Украины

Аннотация. В статье предоставляется научный комментарий к ст. 8 Конституции Украины, которая закрепляет фундаментальный принцип правовой системы — верховенства права. Автор дает краткую характеристику принципа верховенства права, его историческое происхождение, содержание, формальную и материальную характеристику. Кроме того, раскрывается

содержание положения о высшей юридической силе Конституции Украины, а также положение о том, что нормы Конституции являются нормами прямого действия.

Ключевые слова: Конституция Украины, принцип верховенства права, учредительная власть, высшая юридическая сила Конституции, прямое действие конституционных норм, непосредственное обращение в суд для защиты конституционных прав и свобод.

Shevchuk S. Principle of rule of law and the greatest legal efficacy of constitution of Ukraine

Annotation. In the article the scholarly commentary is provided to the article 8 of the Constitution of Ukraine which fixes the fundamental principle of legal system — the rule of law. The author gives concise characteristic to the rule of law principle, its historical origin, content, formal and substantial facets. In addition, it is analyzed the content of the provision on the highest legal force of the Constitution of Ukraine including the provision that the norms of the Constitution of Ukraine are norms of direct effect.

Key words: Constitution of Ukraine, the rule of law principle, constitutive power, the highest legal force of Constitution, direct effect of constitutional norms, direct appeal to a court in defense of the constitutional rights and freedoms.

Пропонується видання:

Селіванов А. О.

Конституційна юрисдикція: поняття, зміст, принцип верховенства права, правові позиції по справах прав людини і конституційних конфліктів у сфері публічної влади / А. О. Селіванов. — К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2008. — 120 с.



В аналітичному збірнику розкривається поняття, зміст, застосування, розуміння принципу верховенства права в конституційному правосудді, наведено науково-пояснювальний та практичний матеріал щодо вирішення єдиним органом конституційної юрисдикції питань захисту гарантованих Конституцією України прав і свобод людини і громадянина, а також викладаються правові позиції у розгляді спорів між суб'єктами публічної влади, які були предметом дослідження Конституційного Суду України за весь період його діяльності. Систематизований аналіз рішень Конституційного Суду України дає можливість оцінити важливу роль конституційного правосуддя, яке сприяє утвердженню конституціоналізму в країні.

Науково-практична праця стане у нагоді суддям, працівникам прокуратури, адвокатам, народним депутатам України, викладачам і студентам-юристам, а також усім, хто зацікавлений ознайомитися з практикою роботи Конституційного Суду України.

Замовляйте видання за телефоном:

0(44) 537-51-11

або електронною поштою:

sales@inyure.kiev.ua

http://shop.inyure.kiev.ua

КОНФЛІКТИ У КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІЙ СФЕРІ: ПРОБЛЕМА НАЙМЕНУВАННЯ ТА ВИЗНАЧЕННЯ



А. ЄЗЕРОВ

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри конституційного права
(Національний університет
«Одеська юридична академія»)*

Сучасна правова наука, особливо конституційне право, потребує фундаментальних досліджень, що мають містити поряд із теоретичними відомостями узагальнення і осмислення практики конституційно-правового будівництва аналіз історії та перспектив розвитку національної політико-правової системи. Становлення України як суверенної правової держави, а також динамізація державно-правових процесів останнім часом стають суттєвим чинником активізації досліджень у сфері конституційного права. Це пов'язано насамперед зі збільшенням попиту з боку органів державної влади на якісні наукові конституційно-правові дослідження та висновки, із підвищенням експертної та прогностичної функції науки конституційного права, із необхідністю подолання правового нігілізму у суспільстві. Одним із питань, на яке конституційно-правова теорія дотепер не давала однозначної відповіді, є питання конфліктності у сфері конституційно-правових відносин. Ця сфера характеризується особливою важливістю для науки конституційного права, оскільки стосується, по суті,

всіх норм та інститутів конституційного права як галузі національного права. Конфліктність конституційно-правових відносин, необхідність удосконалення конституційного законодавства відповідно до світових стандартів конституціоналізму актуалізують дослідження конфліктів у конституційно-правовій сфері. Вивчення в рамках науки конституційного права явища конституційної конфліктності вимагали виділення в її системі конституційної конфліктології як підсистеми.

Ще у 1996 р. професор Ю. Тодика — основоположник вітчизняної конституційної конфліктології — поставив на порядок денний вивчення конфліктів у конституційно-правовій сфері, визначивши державно-правову конфліктологію важливим напрямом наукових досліджень [1]. З того часу до цієї проблематики (більшою або меншою мірою) долучилися різні вітчизняні науковці, серед яких К. Бабенко, С. Бобровник, Г. Волянська, Л. Герасіна, О. Євсєєв, В. Кафарський, Г. Клімова, І. Кресіна, В. Кривцова, С. Корецький, Д. Лилак, В. Литвин, А. Лобанова, П. Любченко, С. Макси-

© А. Єзеров, 2011

мов, М. Панов, А. Портнов, А. Селіванов, О. Тодика, І. Тубольцева тощо. Найбільш знаковою подією для розвитку цього напрямку конституційно-правової науки став захист докторської дисертації Ю. Барабашем у 2009 р. [2]. Така увага науковців до явища конфліктності у конституційно-правовій сфері заактуалізована передусім станом суспільних відносин та практикою державотворення останніх років. Розмаїття авторських позицій та наукових підходів зумовило зростання неузгодженостей у найменуванні та визначенні основних понять, якими оперує ця нова галузь конституційної науки. Тому в межах цієї статті здійснюється спроба узагальнення підходів до найменування та визначення основної категорії у цій проблематиці — категорії конфлікту у конституційно-правовій сфері.

Напевно, таке його найменування — «конфлікт у конституційно-правовій сфері» — є найменш вразливим та найменш дискусійним. Тому така назва є загальною для всіх тих найменувань, яких набуло це явище. Слід зауважити, що на цей час сформувалися два основні підходи до найменування. Так, харківська правова школа (Ю. Тодика [3], Ю. Барабаш [4] та ін.) традиційно називає конфлікти у конституційно-правовій сфері державно-правовими. Представники одеської школи права (М. Орзіх [5], А. Єзеров [6] та ін.) застосовують термін «конституційний конфлікт», який також зустрічається у працях інших представників вітчизняної правової науки — зокрема К. Бабенка [7], А. Селіванова [8] тощо.

Обстоюючи правильність назви «конституційний конфлікт», зауважимо, що найменування цього явища прямо пов'язане із його сутністю, із тим змістом, що в нього вкладається

дослідниками. Конституційний конфлікт є необхідною формою розвитку конституційно-правової реальності, що поєднує в різних пропорціях деструктивні та конструктивні компоненти, які збагачують людей новим соціальним досвідом як негативного, так і позитивного характеру [9]. Він розглядається як вид юридичного конфлікту та становить протистояння у політико-правовій взаємодії суб'єктів конституційних відносин, яке відображається в інституційно-норматизованих взаємоспрямованих діях цих суб'єктів щодо визнання, задоволення, захисту своїх інтересів, потреб, цілей, що являють собою цінність з точки зору їхньої соціальної значущості.

Тобто у загальному вигляді конституційний конфлікт є конфронтаційним типом взаємодії суб'єктів конституційно-правових відносин. Такими суб'єктами, як відомо, є й органи державної влади, й об'єднання громадян, окремі громадяни тощо. З цих та інших позицій недостатньо обґрунтованим уявляється вибір категорії «державно-правовий конфлікт», що визначається її прихильниками як «найбільш прийнятною для конституційно-правових досліджень» [2, 10]. Ю. Барабаш вважає, що «цей термін більш точно відображає зміст *основної* (курсив мій. — А. Є.) маси конфліктних протистоянь, які виникають у сфері відносин, що регулюються конституційним правом». І в цьому він, звичайно, має рацію, але термін «конституційний конфлікт» відображає більш точно зміст *всієї* (курсив мій. — А. Є.) маси конфліктних протистоянь, що виникають у конституційно-правовій сфері, а тому є більш прийнятним. Термін «державно-правовий конфлікт», уживаний Ю. Барабашем у його наукових працях, є абсолютно правильним, коли йдеться про конф-

лікти за участю суб'єкта публічної влади. Так, він зазначає, що «суб'єктами державно-правових конфліктів найчастіше виступають органи публічної влади та їх посадові особи. В окремих випадках державно-правові конфлікти можуть виникати між політичними партіями і державою в особі її органів чи посадових осіб або між групами людей... та владними інституціями» [2, 11]. Крім того, автор визначає державно-правові конфлікти «як протистояння, що виникають із приводу реалізації суб'єктами публічної влади» [2, 12], «між декількома владними інститутами, владним інститутом (інститутами) та інститутами суспільства, соціальними спільнотами» з приводу здійснення публічної влади або заволодіння нею [2, 4]. Отже, завжди у державно-правовому конфлікті однією зі сторін є «владна інституція». Така категорія конфліктів у конституційно-правовій сфері дійсно має називатися державно-правовими. Але ще існують конфлікти, що виникають між суб'єктами конституційного права, що не наділені публічно-владними повноваженнями (між громадянами, виборцями, політичними партіями, громадськими організаціями тощо) — це не державно-правові конфлікти, але конфлікти конституційні.

Тим не менше, термін «державно-правові конфлікти» є досить усталеним у науці. Так, Є. Степанов під державно-правовим конфліктом розуміє типологічну групу *політичних* (курсив мій. — А. Є.) конфліктів, що виникають у самій системі державної влади [10]. В. Кривцова, відносячи державно-правові конфлікти до розряду *юридичних* (курсив мій. — А. Є.), все ж вказує на те, що вони «походять від сфери політичних відносин» [11]. Ці твердження не викликають заперечень,

оскільки, як зазначає Т. Пряхіна, «межі між політикою і правом у конституційних конфліктах рухомі і залежать від конкретних історичних умов, в яких вони розгортаються» [12], тому, дійсно, державно-правові конфлікти є різновидом як політичних, так і юридичних конфліктів.

Отже, державно-правові конфлікти є різновидом конституційних конфліктів, а останні можуть виникати і в інших сферах, які регулюються конституційним правом, не пов'язаних із публічним владарюванням. Крім того, конституційні конфлікти можуть виникати і між суб'єктами, не наділеними публічно-владними повноваженнями. Крім того, виходячи з того, що назву видам юридичних конфліктів дають відповідні галузі права, більш правильним буде вживати назву «конституційний конфлікт», що відповідає назві відповідної галузі українського права. До речі, у співвідношенні цих двох найменувань конфлікту проглядається аналогія щодо найменування самої галузі — конституційне або державне право.

Деякі автори для позначення цього терміна використовують назву «конфлікти у державно-адміністративній сфері», чим вносять ще більшу невизначеність у розглядуване питання [13]. Натомість деякі автори не вбачають у найменуванні конфліктів у конституційно-правовій сфері жодних проблем, однаково вживаючи різні їх назви як рівнозначні. Так, О. Тодика, досліджуючи питання конфліктів у сфері відносин народовладдя, називає їх то «державно-правовими», то «конституційно-правовими», то «конституційними», не вбачаючи різниці між ними [14]. Інші, навпаки, ставлять під сумнів вживання терміна «конституційний конфлікт», аргументуючи це тим, що «оскільки йдеться про сферу

конституційного права, доцільно було б говорити про конституційно-правовий конфлікт як вид юридичного конфлікту»*. Не заперечуючи проти вживання терміна «конституційно-правовий конфлікт» та вважаючи його досконалим із точки зору подальшого наукового обігу, слід визнати, що термін «конституційний конфлікт» також є усталеним та широко вживається як українськими, так і іноземними науковцями, крім того, вживання цього терміна ніяк не применшує його правову природу та не заперечує належність до юридичних конфліктів. Тому слід визнати за можливе одночасне використання цих двох термінів як тотожних, на відміну від терміна «державно-правовий конфлікт». Отже, у науці конституційного права у найближчій перспективі має бути усунена конкуренція цих двох найменувань — «конституційний (конституційно-правовий) конфлікт» і «державно-правовий конфлікт» — та приділена увага співвідношенню цих понять, визначенню місця державно-правових конфліктів у системі конституційних.

За твердженням Ю. Тихомирова, «конституційний конфлікт, зважаючи на свою значущість, частіше за все породжується політичними причинами та ніби виростає з політичного конфлікту» [15], тому за своїми елементами та формами прояву конституційний конфлікт може збігатися (і часто саме так відбувається) з політичним конфліктом. Але політичний конфлікт при збігові всіх зазначених параметрів все одно зберігає свій неформалізований, неупорядкований характер, що ускладнює його розв'язання цивілізованими правовими засобами. Для подолання таких труднощів політичний конфлікт потребує надання йому юри-

дичних властивостей. Таке «перетворення (звісно, тільки там, де це можливо і необхідно) політичного конфлікту на правовий конфлікт — це своєрідне юридичне логарифмування (юридизація) конфлікту, приведення його до вигляду, що припускає правовий спосіб його тлумачення, кваліфікації, розв'язання і подолання» [16, 50].

Така юридизація конфлікту (у цьому випадку — політичного конфлікту), за твердженням В. Кудрявцева, можлива і реалізується за таких умов: 1) правовий підхід до відповідних конфліктів; 2) розгляд, кваліфікація і оцінка учасників конфлікту як вільних, незалежних і рівних суб'єктів права зі своїми інтересами; 3) розуміння, вираження, трактовка і вирішення фактичного конфлікту у вигляді спору про право між встановленими суб'єктами права; 4) наявність належного правопорядку (з необхідними юридичними інститутами, нормами, процедурами тощо) як основи, механізму і гаранта правового конфлікту і додержання прийнятого рішення всіма [16, 50].

Отже, можна дійти висновку, що юридизований політичний конфлікт є конституційним конфліктом. Тому справедливим є твердження Т. Пряїної про те, що конституційні конфлікти — політичний тип соціальних конфліктів, які через конституційні процедури можуть бути трансформовані на юридично значимі, такі, що породжують правові наслідки [17]. В. Кривцова, розвиваючи це твердження, вказує на те, що «сутність і природа державно-правових конфліктів безпосередньо походять від сфери політичних відносин, наприклад, через установлення нових принципів держа-

* Така позиція висловлена професором О. Ющиком у відгуку на автореферат дисертації автора цієї статті.

вотворення, укріплення політико-економічної незалежності, відтворення нових політичних інститутів... тощо» [11].

Однією з ознак конституційно-правового характеру конфлікту виступає його предмет — фактичні відносини протистояння, тобто проблема, яка становить основну суперечність і є причиною зіткнення сторін, або, навпаки, спричинена таким зіткненням, а також дії, які здійснюються або повинні (можуть) здійснюватися по відношенню до об'єкта конституційного конфлікту. Кожна зі сторін намагається вирішити цю проблему на свою користь за рахунок інтересів іншої сторони, «конституювати власні потреби, забезпечити визнання їх особливої значущості і цінності, закріплення на вищому рівні правового регулювання, що передбачає заходи гарантування, забезпечення та правового захисту» [18]. Предметом конституційного конфлікту може стати проблема поділу влади, збереження існуючого конституційного ладу або його оновлення, захист прав і свобод особистості, визначення пріоритетів державної політики тощо. Конституційно-правова природа предмета юридичного конфлікту завжди вказує на те, що це конфлікт конституційний і остаточно зумовлює його сутність. І в цьому випадку не має значення, які у цьому конфлікті учасники, який його об'єкт, причини тощо. Так, наприклад, протистояння будь-яких суб'єктів (парламентські фракції, лобістські групи, суб'єкти законодавчої ініціативи, громадяни, що страйкують) з приводу прийняття будь-якого закону є конституційним конфліктом, оскільки відносини щодо законотворчості є сутю конституційно-правовою матерією. Тому для визначення у цьому випадку конфлікту конституційного неважли-

вою є навіть сфера регулювання цього закону.

Об'єкт конституційного конфлікту не завжди має конституційно-правовий, або взагалі правовий, характер. Це може бути влада, державний суверенітет, національно-культурна автономія тощо, а може бути й земля, інвестиції, експортно-імпорتنі операції, приватизація тощо. Тобто серед об'єктів конституційних конфліктів можуть бути цінності матеріального, соціального, духовного характеру, а сутність конституційного конфлікту в такому разі зумовлюється іншими чинниками — суб'єктивним складом, наприклад. Так, під визначення конституційного конфлікту цілком підпадає протистояння між парламентськими фракціями з приводу прийняття закону про перегляд митних тарифів, який запропонований урядом. Сторонами цього конституційного конфлікту є уряд, що запропонував проект закону, і парламентські фракції, що його підтримують, з одного боку, та парламентські фракції, які, виходячи зі своїх інтересів, виступають проти прийняття такого закону. Предметом конфлікту тут є фактичні конституційні відносини щодо розгляду певного законопроекту, а об'єктом — митно-тарифна політика. І хоча об'єкт цього конфлікту не є конституційно-правовою цінністю, суб'єктивний склад і предмет конфлікту надають йому конституційно-правової сутності.

У будь-якій конфліктній взаємодії протистояння розгортається навколо двох речей — з приводу життєво важливих ресурсів (матеріальних, духовних, соціальних тощо) та контролю над ними [19]. Погоджуючись із цим твердженням, Т. Пряхіна визначає владу єдиним об'єктом конституційного конфлікту, оскільки саме вона «може розглядатися і як життєво не-

обхідний ресурс, і як найбільш ефективний засіб контролю» [18]. Така позиція може призвести до ототожнення конституційно-правового конфлікту з політичним, що є невиправданим, бо конституційний конфлікт має більш широкий діапазон об'єктів не тільки владного характеру. Але слід визнати, що природі конституційного конфлікту властиві відносини щодо здійснення, перерозподілу та участі в організації публічної влади. На цьому особливо зосереджують увагу вчені. Зокрема, О. Ющик зазначає, що практика реалізації ст. 6 Конституції України про поділ державної влади «свідчить, що незалежна Україна потерпає не так від узурпації влади одним суб'єктом, як від безвладдя, точніше від дезорганізації влади через постійні конфлікти між «гілками» влади, потерпає від браку єдності влади...» [20].

Отже, об'єктом конституційного конфлікту виступають певні цінності, на які спрямовані дії сторін конфлікту, та/або прагнення контролю над ними. А предмет — фактичні відносини, що виникли з приводу цього об'єкта та породили певну проблему. Підґрунтя конституційних конфліктів часто знаходиться за межами конституційного права та права взагалі і зумовлене передусім станом економіки, соціально-політичних відносин. Але переважна більшість конституційних конфліктів пов'язана зі станом конституційного законодавства (наявність колізій, прогалів, дефектів) та практикою його застосування.

Обов'язковою умовою визнання конфлікту конституційно-правовим є наявність у його предметі спірного юридичного факту конституційно-правового характеру і можливість припинення протистояння сторін за допомогою конституційно-правових процедур.

Сторони конституційного конфлікту завжди мають правові характеристики і одночасно виступають суб'єктами конституційних правовідносин, їхні мотиви та інтереси теж мають правову форму, а об'єкт конфлікту перебуває під правовим захистом. Конституційному конфлікту властива наявність специфічних закономірностей, що характеризують його розвиток, і він завжди має певні юридичні наслідки. Сказане дає змогу дійти висновку, що саме право і, головним чином, норма права, впливаючи на елемент (елементи) конфлікту, надає йому статус юридичного і, крім цього, виступає першочерговою підставою для класифікації юридичних конфліктів, що дозволяє називати юридичні конфлікти у сфері конституційного права конституційними конфліктами.

Ще одним важливим елементом характеристики конституційного конфлікту є його соціальна характеристика, що становить аналіз соціальних (політичних, економічних) чинників, що його детермінували, соціальних наслідків його протікання та розв'язання, а також соціальних явищ, що мали місце одночасно (паралельно) з ним. Наявність соціальної характеристики зумовлена тим, що в «чистому» вигляді конституційних (як і будь-яких інших) конфліктів немає.

Враховуючи, що конституційний конфлікт — явище соціально-правове, поряд із його соціальною характеристикою існує й правова характеристика, яка має прояв у тому, що конституційний конфлікт, по-перше, співвідноситься з інститутами, структурами і механізмами держави і громадянського суспільства; по-друге, у предметі конституційного конфлікту простежуються реальні конституційно-правові відносини або окремі кон-

ституційно-правові аспекти; по-третє, учасники конституційного конфлікту розглядаються не просто як індивіди, соціальні групи, а сприймаються з огляду на їх правовий статус як суб'єкти права; по-четверте, поведінка учасників конфлікту набуває правової оцінки; по-п'яте, конституційний конфлікт є унормованим явищем, або явищем, яке підлягає унормуванню з огляду на інституційність форм взаємодії опонентів та їх зацікавленості у правових результатах протистояння.

Отже, у сутність категорії «конфлікт» включені поняття «взаємодія», «протистояння», «конфронтація». Саме вони мають бути покладені в основу його визначення. Тому конституційний конфлікт слід розглядати як протистояння у політико-правовій взаємодії суб'єктів конституційних відносин, яке відображається у взаємоспрямованих діях цих суб'єктів щодо визнання, задоволення, захисту своїх інтересів, потреб, цілей. Однак Ю. Барабаш вважає «неможливим вживання терміна «взаємодія» через те, що у багатьох ситуаціях саме відсутність будь-якої взаємодії і є свідченням наявності конфліктного протистояння» [4, 14]. Але ж, по суті, конституційний конфлікт не є сталим, застиглим явищем: дії суб'єктів конфлікту спрямовані один на одного; дії однієї сторони конфлікту кореспондують з діями іншої сторони, але не для досягнення спільного погодженого результату, а саме навпаки — для досягнення взаємовиключних цілей. У цьому випадку звичне розуміння терміна «взаємодія» як погодженої діяльності суб'єктів доповнюється трактовкою взаємодії у від'ємному значенні. Це зумовлено сутністю конфлікту, який є низкою послідовних дій, що здійснюються сторонами, та у цьому розумінні є їх взаємодією. Повністю уникнути

застосування терміна «взаємодія» при визначенні конституційного конфлікту є дуже складним завданням. Так, обґрунтовуючи свою позицію щодо оптимальності терміна «конфронтація» для визначення сутності конфліктів у конституційно-правовій сфері, Ю. Барабаш все ж таки назвав її «формою взаємодії» [4, 14]. Тому слід визнати, що Ю. Барабаш добрав абсолютно влучний термін для визначення конституційних конфліктів — «конфронтація», але це не виключає визначення їх через термін «взаємодія», оскільки конфронтація — також форма взаємодії. Тим більше що конституційні правовідносини, як і будь-які інші правові відносини, мають характер взаємодії між своїми суб'єктами. Реально правові відносини виникають лише під час взаємодії сторін — учасників правовідносин, залежать від їхньої ініціативи, соціальної (правової, політичної) активності, і тому конституційні правовідносини — завжди продукт взаємодії їх сторін. Лише їх діяльність наповнює правовідносини реальним змістом, поза взаємодією учасників правовідносини втрачають будь-який сенс. Тому коли у сфері суспільних відносин діяльність суб'єктів конституційного права набуває конфліктного характеру і у конфліктній ситуації, що виникла, норми права вказують на взаємні права та обов'язки учасників відносин і умови їх реалізації, надаючи їм статусу правовідносин, можна говорити про конституційний конфлікт. Отже, конституційний конфлікт є правовідносиною, в якій беруть участь суб'єкти, діяльність яких спрямована на можливість набуття чи втрати суб'єктивних прав та обов'язків стосовно певного об'єкта [21]. У цьому правовідношенні конституційне право здійснює безпосередній вплив на конфліктну

ситуацію в цілому і включає в себе вплив на сам конфліктний інцидент, поведінку взаємодіючих суб'єктів та на засоби, що застосовуються ними у процесі взаємодії [22]. При цьому обов'язковою ознакою такої діяльності, і, відповідно, правовідношення є те, що його суб'єкти виступають як носії протилежних інтересів.

На думку К. Бабенка, методологічна доцільність застосування такого науково-теоретичного конструкту як «конституційний конфлікт» полягає в можливості за його допомогою «ґрунтовно описати конституційно-правовий вимір державно-політичних реформ в Україні... чітко й системно

описати як форму, так і зміст тих процесів, які нині відбуваються в конституційному полі України» [7].

Таким чином, у процесі розвитку конституційної конфліктології як перспективної доктринальної концепції у рамках науки конституційного права за участю різних вітчизняних наукових шкіл формуються різні підходи до застосування спеціальних термінів та їх визначення. Проведений аналіз продемонстрував, що розбіжності у розумінні сутності категорії «конституційний конфлікт» та його найменуванні можуть бути подолані у результаті наукової дискусії, тим більше що суттєвих перешкод для цього не існує.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Тодика Ю. М. Державно-правова конфліктологія як важливий напрямок наукових досліджень // Вісник Академії правових наук України. — 1996. — № 6.
2. Барабаш Ю. Г. Державно-правові конфлікти на сучасному етапі державотворення : конституційно-правовий аспект : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.02. — Х., 2009. — 415 с.
3. Государственно-правовые конфликты и проблемы обеспечения стабильности конституционного строя Украины // Ю. Н. Тодика. Основы конституционного строя Украины : учеб. пособие. — Харьков, 1999. — С. 264–283.
4. Барабаш Ю. Г. Державно-правові конфлікти в теорії та практиці конституційного права : моногр. — Х., 2008. — 220 с.
5. Орзих М. Ф., Крусян А. Р. Конституционное право Украины : пособие. — Изд. 3-е, доп. — Одесса — Кировоград, 2006. — С. 50, 121–123.
6. Єзеров А. Конституційний конфлікт як феномен та процес в Україні : моногр. — О., 2008. — 240 с.
7. Бабенко К. А. Теоретично-методологічні проблеми дослідження основних сфер конституційного регулювання // Часопис Київського університету права. — 2009. — № 2. — С. 67.
8. Селіванов А. О. Конституційна юрисдикція : поняття, зміст, принцип верховенства права, правові позиції по справах прав людини і конституційних конфліктів у сфері публічної влади. — К., 2008. — 120 с.
9. Бачинин В. А. Энциклопедия философии и социологии права. — СПб., 2006. — С. 389.
10. Конфликты в современной России (проблемы анализа и регулирования) / под ред. Е. И. Степанова. — М., 1999. — С. 134.
11. Кривцова В. М. Юридичний конфлікт як феномен правової дійсності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.12 / Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. — Х., 2005. — С. 11.
12. Пряхина Т. М. Конституционная доктрина Российской Федерации. — М., 2006. — С. 281.
13. Соловьев А. И. Конфликты в государственно-административной сфере // Полис. — 1997. — № 4. — С. 154–165.
14. Тодика О. Ю. Народовладдя на трансформаційному етапі розвитку держави і суспільства : моногр. / за ред. О. В. Петришина, д-ра юрид. наук, проф., акад. АПРН України. — Х., 2007. — С. 412, 413, 414.
15. Тихомиров Ю. А. Юридические конфликты : природа, виды, преодоление // Социальные конфликты : экспертиза, прогнозирование, технологии разрешения. — 1994. — № 6. — С. 56.
16. Юридический конфликт : процедуры разрешения / В. Н. Кудрявцев. — М., 1995. — С. 50.
17. Пряхина Т. М. Конституционные конфликты // Государство и право. — 2004. — № 11. — С. 20.
18. Пряхина Т. М. Конституционная доктрина современной России : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.02. — Саратов, 2004. — С. 367.
19. Бабосов Е. М. Конфликтология : учеб. пособие. — 2-е изд., стереотип. — Минск, 2001. — С. 93.
20. Ющик О. І. Конституційні проблеми законотворчого процесу в Україні // Конституційні засади державотворення і правотворення в Україні : проблеми теорії і практики : до 10-річчя

- Конституції України і 15-ї річниці незалежності України : зб. наук. ст. / за ред. Ю. С. Шемшученка. — К., 2006. — С. 33.
21. Чечот Д. М. Субъективное право и формы его защиты. — Ленинград, 1968. — С. 37.
22. Чулюкин И. Л. Социальные конфликты и применение права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Казань, 2001. — С. 13.

Езеров А. А. Конфлікти у конституційно-правовій сфері: проблема найменування та визначення

Анотація. У процесі розвитку конституційної конфліктології як перспективної доктринальної концепції у рамках науки конституційного права за участю всіх вітчизняних наукових шкіл формуються різні підходи до застосування спеціальних термінів та їх визначення. Проведений у статті аналіз продемонстрував, що розбіжності у розумінні сутності категорії «конституційний конфлікт» та його найменуванні хоч і мають місце, але можуть бути подолані у результаті наукової дискусії.

Ключові слова: конституційний конфлікт, державно-правовий конфлікт, взаємодія суб'єктів конституційно-правових відносин.

Езеров А. А. Конфликты в конституционно-правовой сфере: проблема наименования и определения

Аннотация. В процессе развития конституционной конфликтологии как перспективной доктринальной концепции в рамках науки конституционного права при участии всех отечественных научных школ формируются различные подходы к применению специальных терминов и их определению. Проведенный в статье анализ продемонстрировал, что различия в понимании сущности категории «конституционный конфликт» и его наименовании хоть и имеют место, но могут быть преодолены в результате научной дискуссии.

Ключевые слова: конституционный конфликт, государственно-правовой конфликт, взаимодействие субъектов конституционно-правовых отношений.

Yezerov A. A. Conflicts in constitutionally-legal sphere: a name and definition problem

Annotation. In development of the constitutional conflictology various approaches to application of special terms and their definition are formed. The analysis carried out in article has shown that distinctions in understanding of essence of a category «the constitutional conflict» and its name though take place, but can be overcome as a result of scientific discussion.

Key words: the constitutional conflict, the state-legal conflict, interaction of subjects constitutionally-legal relations.

Пропонується видання:

Конституційне право України : підруч. / В. І. Чушенко , І. Я. Заяць. — 2-ге вид., допов. і переробл. — К. : Ін Юре, 2009. — 548 с.

Авторський колектив акцентує на доктринальному тлумаченні конституційно-правових засад, норм та положень, які характерні сучасній правовій системі України. Проаналізовано тенденції імплементації міжнародно-правових стандартів у національному конституційному законодавстві та результати правових процесів, зумовлених входженням України у Європейське співтовариство.

Розглянуто політико-правові наслідки конституційно-правової реформи та положення пропонованої концепції реформування територіального устрою. У контексті аналізу конституційно-правової реформи досліджено тенденції розвитку системи органів публічної влади, їх компетенції та юрисдикції.

Для студентів, аспірантів, викладачів юридичних закладів, усіх тих, хто цікавиться проблематикою сучасного конституційного законодавства України.

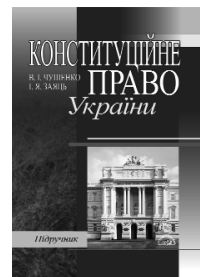
Замовляйте видання за телефоном:

0(44) 537-51-11

або електронною поштою:

sales@inyure.kiev.ua

http://shop.inyure.kiev.ua



ДЕРЖАВНА ВЛАДА ЯК ДЕТЕРМІНАНТ СОЦІАЛЬНОГО ПУБЛІЧНО-ПРАВОВОГО КОНФЛІКТУ



І. ЖАРОВСЬКА

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії держави і права
(Львівська комерційна академія)*

Формування, реконструкція міжнародного простору, інформатизація, регіоналізація, а також геополітичні процеси, що відбуваються сьогодні на терені глобалізації міжнародного простору, надають особливої гостроти проблемі суспільного значення явища влади. Поняття державної влади є одним із центральних. Воно дає ключ до розуміння суті та призначення політичних інститутів, організації публічної влади, взаємовідносин різних рівнів її організації. Метою дослідження є вирішення проблемного питання ролі, місця і значення феномену державної влади при виникненні та існуванні політико-правових конфліктів. З'ясування цих питань потрібне для науково-теоретичного усвідомлення і практичного застосування вирішення соціальних конфліктів сьогодення.

Вивчення феномену влади та пов'язаних з нею проблем має давню історію. Її дослідженням займалися такі філософи і правознавці, як Платон, Арістотель, Н. Макіавеллі, Ж. Боден, Т. Гоббс, Д. Локк, Ж.-Ж. Руссо, Ш.-Л. Монтеск'є, К. Маркс, В. Паретто, М. Вебер, Г. Ласуелл та ін. Сучасні

правові проблеми влади висвітлювались у працях Ю. Барабаша, О. Зайчука, А. Зайця, В. Журавського, А. Козловського, М. Козюбри, А. Колодія, І. Кресіної, М. Орзіха, В. Тація, Ю. Шемшученка та ін. Завдяки доробку цих вчених були розроблені сутність, види, функції, принципи влади. Поряд із цим у теорії права залишаються неврегульованими та потребують додаткового дослідження вагомі проблеми формування понятійного апарату у сфері регулювання соціальних конфліктів та місце в цьому процесі державної влади.

Влада як складний соціальний і правовий феномен існує з моменту утворення соціуму і характеризується реальною можливістю управляти діями людей, погоджуючи суперечливі індивідуальні або групові інтереси, підпорядкувавши їх єдиній волі за допомогою переконання або примусу. Політична влада виникає в суспільстві, де люди розділені різними інтересами. В основу виникнення і розвитку будь-якого соціального зіткнення покладено об'єктивні суперечності між суб'єктами. У цьому контексті конфлікт є однією з фаз розвит-

ку соціальних суперечностей, виникаючи у процесі його наростання, коли розбіжність не отримує своєчасного вирішення. Водночас конфлікт не є проста суперечність, під ним слід розуміти передусім специфічний тип взаємодії, що полягає в зіткненні інтересів суб'єктів громадських стосунків, якими можуть виступати як окремі особи, так і різні соціальні групи (класи, етнічні групи, релігійні конфесії тощо).

Особливе місце в теоретичному обґрунтуванні конфлікту в ХХ ст. належить Р. Дарендорфу, який створив теорію конфліктної моделі суспільства. Будь-яке суспільство, на його думку, спирається на примус. Для членів суспільства спочатку характерна нерівність соціальних позицій, що викликає взаємні тертя й антагонізми [1, 140]. Р. Дарендорф доходить висновку, що соціальна нерівність і породжені нею соціальні суперечності створюють соціальну напруженість і конфліктну ситуацію. Предмет конфлікту — це об'єктивно існуюча або уявна проблема, що служить основою суперечності. На його думку, в основі соціальних конфліктів найчастіше лежать політичні чинники: боротьба за владу, престиж, авторитет. Конфлікти можуть виникати в будь-якому співтоваристві, де є керівні структури і підпорядковані їм. Боротьба за володіння і розпорядження ресурсами, за лідерство, владу і престиж робить соціальні конфлікти неминучими, а їх головна функція визначалася як вирішення суперечностей [2, 15].

Сучасні науковці визначають соціальний конфлікт як зіткнення двох або більше сил, спрямованих на забезпечення своїх інтересів в умовах протидії [3, 134]. Публічний конфлікт — протистояння різних соціально-політичних сил, суб'єктів політики в їх на-

маганні реалізувати свої інтереси та цілі, пов'язані з владою і впливом на неї. Більшість соціальних конфліктів знаходять продовження у сфері владних відносин, тому що для вирішення суперечностей, що виникли, часто вимагається прийняття політичних рішень. Цей тип конфлікту має своїм змістом:

- боротьбу між групами за вплив в інститутах державної влади;
- боротьбу за доступ для прийняття значущих рішень;
- боротьбу за участь у розпорядженні ресурсами;
- боротьбу за пріоритетність своїх поглядів та ідей.

Найгостріші конфлікти відбуваються між індивідами і соціальними групами у сфері політики [4, 376]. Політичний конфлікт як один з різновидів конфліктів є гострим зіткненням протилежних сторін, зумовленим певними взаємовиключними політичними інтересами, поглядами та цілями у процесі здобуття, перерозподілу й використання політичної влади, опанування провідних (ключових) позицій у владних структурах та інститутах, завоювання права на вплив або доступ до ухвалення рішень з розподілу влади і власності в суспільстві.

У сучасному суспільстві влада є інституційно оформленою можливістю і здатністю визначати, направляти і контролювати зміст і форми соціальної поведінки різних соціальних груп і спільнот, окремих індивідів. Можливість одних соціальних груп або індивідів здійснювати владний вплив на інші випливає з диференціації всіх людей, що існують у цьому суспільстві, на дві великі групи, одна з яких володіє політичною владою і тому домінує над іншими людьми і групами, а останні, будучи позбавленими влади, вимушені підкорятися першим

і виконувати їх волю. Інтереси ж людей, що належать до цих груп, не тільки різні, а й протилежні: ті групи, які володіють владою, зацікавлені в її утриманні, збереженні та зміцненні, ті ж, які влади позбавлені й не мають до неї доступу, зацікавлені, щоб змінити існуюче становище, добитися перерозподілу влади. Саме тому вони і вступають у конкурентні взаємодії, усвідомленим втіленням яких є політико-правовий конфлікт.

Одна з особливостей політичного конфлікту полягає в тому, що він безпосередньо або опосередковано зачіпає інтереси великих соціальних груп, прошарків, класів, суспільства в цілому. Тому суб'єкти політичного конфлікту завжди виступають від імені певної соціальної спільноти. Для захисту своїх інтересів і цінностей деякі громадяни об'єднуються у співтовариства, створюють організації й інститути і таким чином стають суб'єктами політичного конфлікту. Це вказує на те, що політичний конфлікт завжди організований та інституційований.

Як вважають більшість конфліктологів, у класичному розумінні конфлікт призводить до негативних наслідків, однак конфлікт, у тому числі політико-правовий, є позитивним явищем, оскільки стимулює подальший розвиток системи, в якій він виник, сприяє переоцінці цінностей [5] та є рушійною силою соціальних змін. Конфлікти дають сигнал суспільству і владі про існуючі розбіжності, незбіг позицій, стимулюють дії, які сприяють подоланню збудження в політичному житті. Водночас неконтрольований конфлікт може мати деструктивні наслідки та призвести до знищення його суб'єктів.

Юридичний конфлікт — це інституційно норматизоване протиборство сторін, викликане протилежністю їх

соціально-правових інтересів чи різним ставленням до норм права й цінностей суспільного життя [6, 7]. Юридичний конфлікт дуже складний за своєю природою, оскільки має об'єктивну і суб'єктивну сторони. Об'єктивна складова юридичного конфлікту зумовлена чинниками, що його викликають. Це економіко-правові, соціально-економічні й інші чинники. До суб'єктивних чинників слід віднести соціально-психологічні, детерміновані нелінійними, випадковими чинниками, що виражаються в мотивації конфлікту.

Публічно-правові конфлікти, у свою чергу, припускають, що в конфлікті фігурують публічні (державні, громадські) інтереси. У зв'язку з цим державна влада зобов'язана втрутитися у процес врегулювання конфлікту і стати його суб'єктом. Публічно-правовими є й ті конфлікти, суб'єктами яких (одним із суб'єктів) виступають представники державної влади (державний орган, посадовець, держава в цілому).

Соціальна значущість феномену публічної влади визначається передусім її реальною здатністю, можливістю і прагненням здійснювати результативну управлінську дію на суспільство. Вказана властивість влади може бути охарактеризована як її дієздатність, яка багато в чому залежить від соціального визнання владних структур населенням, інтереси якого ці структури покликані забезпечувати і захищати. Як слушно зазначає професор В. Тацій, «всі гілки влади мають нести відповідальність за стан справ у державі й суспільстві» [7, 14]. Таке визнання, по суті, є основним, стратегічним ресурсом будь-якої державної влади, що багато в чому розкриває її соціальне призначення.

Легітимність публічної влади — це соціальне визнання її права на керівну роль у суспільстві. Державна влада не може розраховувати на тривале існування і ефективну діяльність, покладаючись тільки на насильство. Потрібна добровільна згода громадян, скріплена втіленням принципу законності. М. Козюбра слушно зазначає, що будь-який «соціальний нормативний інститут, навіть бездоганний за юридичною формою, який не втілює ідеї справедливості, не може бути названий правом» [8, 86]. Першою передумовою добровільної згоди є тверда упевненість народу в тому, що представники влади з правовим дозволом і в межах закону займають свої пости, встановлюють і втілюють у життя свої рішення у сфері законних державних інтересів, не зазіхаючи на те, що справедливо вважається приватним і особистим. Як стверджують науковці, там, де існує конфлікт легітимності влади, запанує беззаконня і небезпека революційних потрясінь [9, 78]. На підтвердження небезпечності юридичного конфлікту у владних відносинах пошлемося на погляди Ю. Барабаша: «конфлікт — це динамічне явище, яке характеризує не тільки стан взаємовідносин між суб'єктами конфлікту, але й їх подальші дії стосовно предмета конфлікту» [10].

Процес легітимації державної влади пов'язаний із формуванням відповідних владних інститутів і реалізацією ними своєї компетенції у встановлених сферах діяльності. Цей процес конфліктний за онтологією, оскільки практично ніколи увесь соціум, який би рівень суспільства ми не досліджували, не може дотримуватися однакових точок зору на якісні характеристики владних структур і персональних носіїв владних повноважень.

Державна влада набуває ознак нелегітимної в тому випадку, якщо відбувається психологічний процес неприйняття з боку народу, і залежить це від того, скільки у державній владі накопичується елементів, що відкидаються народною свідомістю, і наскільки значного поширення таке відкидання набуває в суспільстві. Легітимність державної влади не знаходиться під вагомою загрозою, якщо відкидаються певні державні діячі, їх акти й акції або навіть політика, що в цілому проводиться ними, оскільки усе це можна змінити у рамках цієї конкретної форми державного життя. Про дуже серйозну небезпеку правомірно говорити в тих випадках, коли широкі народні маси відкидають конкретну форму державного життя, її основні інститути, закони, процедури тощо. На фатальну небезпеку наражається державна влада, коли народ рішуче не приймає державність як апіорій існування суспільства.

Фактично усі соціальні публічно-правові конфлікти певною мірою пов'язані з неоднаковим доступом до різних ресурсів у соціально неоднорідному суспільстві. Державна влада як об'єкт конфліктних стосунків є обмеженим і неподільним ресурсом, тому різні соціальні сили постійно прагнуть до перерозподілу контрольних повноважень державно-владного характеру з тією метою, щоб мати можливість максимально задовольнити свої потреби. У зв'язку з цим юридичний конфлікт у сфері легітимації та легалізації державної політичної влади в найзагальнішому вигляді можна визначити як різновид соціально-політичного конфлікту в зв'язку з потребою встановлення контролю за ресурсами влади, що спричиняє юридичні наслідки. Щоб уникнути делегітимізації, державна влада повинна

діяти у правовому полі і, як слушно зазначив М. Орзіх, «має бути обмеженою владою права» [11, 9].

Початковою, базовою причиною аналізованих нами конфліктів і одночасно одним із критеріїв їх класифікації є прагнення суб'єкта владних відносин (індивідуального або колективного) законними або неправними методами легітимувати або делегітимізувати існуючі державні інститути або персоніфікованих носіїв владних повноважень для досягнення своїх інтересів у сфері володіння, перерозподілу, участі у формуванні та функціонуванні державної влади.

Іншою істотною ознакою цих конфліктів є те, що за своїм політико-правовим змістом вони є конфліктами конституційними, оскільки саме конституція (основний закон) встановлює юридичні основи легітимності та легальності публічної політичної влади, володіння, перерозподіл або участь в якій і є об'єктом юридичного конфлікту в цій сфері. Основний інтерес учасників цього виду конфліктів полягає в їх прагненні конституювати власні потреби, забезпечити визнання за собою соціальної значущості та цінності за допомогою юридичного протистояння.

Специфічною ознакою юридичного конфлікту у сфері державної влади є й те, що мотивація поведінки сторони має, як правило, правове обґрунтування. Річ у тому, що кожна із сторін конфлікту виправдовує обраний варіант поведінки необхідністю досягнення максимального захисту конституційних цінностей у сфері формування і реалізації державної влади, посиляючись на положення нормативно-правових актів, правові звичаї, презумпції, природне право, загальні принципи права, юридичну

доктрину, правові позиції органів конституційного контролю тощо.

Владно-примусова природа права розкриває специфіку його соціального призначення як особливого державного регулятора суспільних відносин будь-якого характеру — як стабільних, конструктивних, так і конфліктних. Саме дозволи і заборони є тим «будівельним матеріалом», з якого формується уся система державної влади, компетенція і предметні повноваження владних структур, права і обов'язки їх посадовців, порядок реалізації ними своїх повноважень. Тому, як правило, саме порушення дозволів і заборон, діючих у сфері формування і функціонування державної влади та її інститутів, лежать в основі їх делегітимації, виникнення правової суперечки і необхідності її вирішення. Реалізація правових заборон у сфері протидії юридичним конфліктам може здійснюватись як у межах правовідносин, так і поза ними. У першому випадку маємо справу з власне юридичним механізмом застосування правової заборони, суть якого полягає у визначенні міри належної поведінки і припускає невідворотність покарання у разі її порушення.

Характерно, що у сфері політико-правових конфліктів суб'єктивне право і законний інтерес несуть регулятивне навантаження, сприяють розвитку громадських стосунків, при цьому «суб'єктивне право бере участь як у механізмі прямого юридичного регулювання, так і в загальному механізмі дії. У першому випадку ця категорія визначає міру конкретної поведінки суб'єктів, а в другому може здійснити лише загальний стимулюючий і мотиваційний вплив» [12, 62].

Права людини органічно вплетені у громадські відносини, вони є нормативною формою взаємодії людей, впо-

рядкування їх зв'язків, координації їх вчинків і діяльності, запобігання суперечностям, протиборствам, конфліктам. Процес урегулювання конфліктних ситуацій у сфері політико-правових форм значною мірою залежить від обсягу прав і свобод народу, що визначає його соціальні можливості та блага, таким чином забезпечуючи характер життєдіяльності, систему зв'язків, взаємодій, стосунків людей у суспільстві. Тому права людини, що фіксували її становище в суспільстві, завжди були об'єктом найгостріших класових зіткнень, соціальних конфліктів.

На сучасному етапі розвитку суспільства, окрім конфлікту легітимності та легальності державної влади, простежується конфлікт участі, зумовлений тим, що процеси лібералізації сприяють розширенню доступності громадян у політико-правові процеси і легальному прояву різних ідеологічних течій. Нові політичні інститути, що народжуються (законодавчі органи, партії, місцеве самоврядування) не завжди бувають підготовленими до того, щоб висловити різноманітність цих інтересів [13, 78] та адекватно керувати державно-владними ресурсами. Характеризуючи сучасний стан відносин державної влади і суспільства, видатний український науковець Ю. Шемшученко зазначив: «Влада дедалі більше віддаляється від народу, а суспільство від держави» [14, 20].

Більшість дослідників наголошують на тому, що інституціональна організація влади не є чимось зовнішнім і стороннім, а є окремим виміром влади, що впорядковує владні відносини. Окрім упорядкування, додатковими аргументами на користь інституціоналізації владних відносин також виступають такі: влада завжди передбачає

обмеження свободи особистості, а інститут вносить елемент раціональності, чим знижує рівень соціальної напруги і зменшує можливість зловживання владою [15, 34]. Політичні інститути, організації, рухи, втягуючись у конфлікт, активно обстоюють певні соціально-владні інтереси. Відповідно, політичні конфлікти поділяють на два види:

- конфлікт між владою та громадськими силами, інтереси яких не представлені у структурі владних відносин;
- конфлікт усередині існуючої влади, який пов'язаний із внутрігруповою боротьбою за розподіл владних повноважень і відповідних позицій, зі спробами обґрунтування нового курсу в межах існуючого політичного ладу.

Підсумовуючи теоретико-правове дослідження, слід звернутися до практичного втілення зазначених догм у життя. Політико-правове конфліктне поле в державах з перехідною демократією не знівелюється, поки ініціатива не почне виходити від влади. Політичні конфлікти повинні бути обмежені не лише за інтенсивністю, а й за своєю тривалістю. Інакше механізми державного управління деформуються до такої міри, що не зможуть підтримувати баланс суспільних інтересів. Існує небезпека, що наслідком конфлікту може стати нова революція, яка призведе до зміни не лише форми правління та системи цінностей, а й до втрати державності [16].

Роль і місце державної влади у сфері суспільних конфліктів має двояку природу. З одного боку, державна влада через державні органи сама стає джерелом політико-правових конфліктів, оберігаючи здобуті нею ресурси влади. Позбавлені влади соціальні верстви і групи усвідомлюють протилежність своїх інтересів інтересам тих,

хто здійснює владу в суспільстві, шляхом формування політичних рухів, організацій, партій, націлених на боротьбу з пануючою соціальною групою. З другого боку, соціальним покликанням та першочерговим завданням державної влади є врегулювання виникаючих у суспільстві політико-правових конфліктів. Державна влада зобов'язана виступати «арбітром» при врегулюванні суспільних конфліктів і криз. Влада тут виступає як інтегруючий і регулюючий чинник, функцією мобілізації громадських сил для досягнення тієї або іншої соціальної мети.

Політико-правові конфлікти мають давню історію, існували на всіх етапах розвитку суспільства і, беззаперечно, існуватимуть і надалі. Першочерговим завданням державної влади є сприя-

ня побудові суспільства «відкритого типу», де утверджуються демократія, плюралізм думок, оцінок і позицій, політичні конфлікти набувають легітимного, інституціоналізованого характеру. Внаслідок цього в такій системі реалізуються можливості вирішення конфліктних ситуацій шляхом парламентської боротьби, зміни уряду тощо, не доводячи конфліктну ситуацію до абсурду, революції і краху самої державності. Країни, що мають розвинену систему соціально-політичного представництва, розроблені та втілені на практиці принципи врегулювання конфліктів мають можливість забезпечувати стабільну стійкість і динамічний розвиток політичної системи, її гнучку адаптацію до внутрішніх і зовнішніх умов, що змінюються.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Дарендорф Р. Элементы теории социального конфликта // Социологические исследования. — 1994. — № 5. — С. 140–145.
2. Дарендорф Р. Современный социальный конфликт : эссе о политике свободы // Социальный конфликт : современные исследования / отв. ред. Н. Л. Поляков. — М., 1991. — С. 15–17.
3. Городяненко В. Г. Соціологія : підруч. — К., 2003. — 560 с.
4. Політологія / за ред. О. І. Семківа. — Л., 1994. — 592 с.
5. Козер Л. Функции социального конфликта / пер. с англ. — М., 2000. — 208 с.; Фельдман Д. М. Политология конфликта. — М., 1998. — 348 с.
6. Кривоцова В. М. Юридичний конфлікт як феномен правової дійсності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.12 / Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. — Х., 2005. — 20 с.
7. Тацій В. Наукові засади конституційного реформування в Україні // Право України. — 2009. — № 11. — С. 12–18.
8. Козюбра М. Правовий закон : проблема критеріїв // Вісник Академії правових наук України. — 2003. — № 2–3. — С. 54–59.
9. Шаран. П. Сравнительная политология : в 2 т. / пер. с англ. — М., 1992. — Т. 1. — 226 с.
10. Барабаш Ю. Г. Державно-правовий конфлікт як категорія науки конституційного права // Форум права. — 2008. — № 2 // <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2008-2/08bygnkp.pdf>
11. Орзіх М. Рестарт політичної реформи в Україні : науково-прикладні підстави та конституційно-правові наслідки // Юридичний вісник. — 2010. — № 4. — С. 9–14.
12. Матузов Н. И. Личность. Права. Демократия. Теоретические проблемы субъективного права. — Саратов, 1972. — 290 с.
13. Юрій М. Ф. Політологія : підруч. — К., 2006. — 418 с.
14. Шемшученко Ю. Теоретико-методологічні проблеми сучасного конституціоналізму та державного управління в Україні // Право України. — 2009. — № 11. — С. 19–24.
15. Політика регіональних органів влади : теорія та практика : моногр. / за ред. В. П. Єлагіна. — Х., 2004. — 178 с.
16. Вавельский А. Failed state Ukraine? // Украинская правда. — 2009. — 19 мая.

Жаровська І. М. Державна влада як детермінант соціального публічно-правового конфлікту

Анотація. Розглянуто проблему ролі та участі державної влади у політико-правових сферах соціального конфлікту. Вказано концептуальні підходи до розуміння співвідношень цих дефініцій, проаналізовано конфлікт легітимності та легальності державної влади і конфлікт

участі населення у державно-владних відносинах. Встановлено роль права, приписів та заборон, прав та свобод людини при вирішенні політико-правових конфліктів суспільства.

Ключові слова: державна влада, громадянське суспільство, відкритість влади, соціальний конфлікт, політико-правовий конфлікт.

Жаровская И. М. Государственная власть как детерминант социального публично-правового конфликта

Аннотация. Рассмотрена проблема роли и участия государственной власти в политико-правовых сферах социального конфликта. Указаны концептуальные подходы к пониманию соотношения этих дефиниций, проанализированы конфликт легитимности и легальности государственной власти и конфликт участия населения в государственно-властных отношениях. Установлена роль права, предписаний и запретов, прав и свобод человека при решении политико-правовых конфликтов общества.

Ключевые слова: государственная власть, гражданское общество, открытость власти, социальный конфликт, политико-правовой конфликт.

Zharovska I. State authority as a determinant of the social, public and law conflict

Annotation. The problem of role and participation of state authority is considered at the political and legal spheres of social conflict. The conceptual fittings are specified for understanding of correlations of these definitions, the conflict of legitimacy and legality of state authority is analyzed and the conflict of participation of population in the state-imperious sphere. The role of law, orders and prohibitions, rights and freedoms of man, is set at the decision of political and legal conflicts of society.

Key words: state authority, civil society, openness of the authority, social conflict, political and legal conflict.

ВЕРХОВНА РАДА УКРАЇНИ ЯК СУБ'ЄКТ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ



І. СЛОВСЬКА

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри конституційного,
адміністративного і фінансового права
(Чернівецький навчальний центр
Національного університету
«Одеська юридична академія»)*

Формування правової держави і громадянського суспільства неможливе за умов безвідповідальної діяльності органів державної влади і, зокрема, Верховної Ради України. Нині, на відміну від радянського періоду, протягом якого заперечувалася сама ідея конституційно-правової відповідальності найвищого органу державної влади, якому влада делегована народом [1, 23–24], незаперечним є факт сприйняття народного представництва як явища, наскрізь пронизаного категорією відповідальності, оскільки вся система народного представництва будується на політичній і частково моральній довірі [2, 73]. Справді, від легітимності, компетентності та гарантованості настання відповідальності Верховної Ради України значною мірою залежать якість системи національного законодавства, прозорість формування вищих органів державної влади, здійснення ефективного парламентського контролю й реалізація інших парламентських функцій. Відкритість і бездоганність функціонування єдиного органу законодавчої влади є показником становлення і розвитку України як демократичної

держави, в якій панує принцип верховенства права.

Зі скасуванням політичної реформи 2004 р. згідно з Рішенням Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 р. № 20-рп/2010 [3], обговоренням чергових можливих змін конституційного статусу парламенту України, питання реальності настання конституційно-правової відповідальності Верховної Ради України, окремих народних депутатів знову обговорюється у середовищі політиків, юристів-практиків та науковців. Тривала дискусія з цієї проблематики свідчить про надзвичайну складність формалізації складу конституційного делікту, критеріїв юридичної та політичної оцінки поведінки суб'єктів конституційно-правової відповідальності, специфічність механізму реалізації санкцій. Проте, беручи до уваги особливу цінність об'єкта посягання конституційного делікту органу законодавчої влади — конституційний лад, права, свободи й обов'язки особи, здійснення народовладдя тощо, — варто найближчим часом законодавчо врегулювати можливість позбавлення чи обмеження державно-владних повноважень

специфічного суб'єкта неправомірної поведінки, що уособлює як державну владу, так і владу всього Українського народу.

Проблематику конституційно-правової відповідальності вивчали такі науковці, як: С. Авак'ян [1], В. Погорілко [2], М. Баймуратов, А. Батанов [4], А. Мішин [5], Т. Шон [6], О. Ярмиш [7] та деякі інші правники (автор перелічує лише тих конституціоналістів, доробки яких стали теоретичним підґрунтям у написанні цього дослідження). Зазначимо, що загалом послуговуватимемось вітчизняним законодавством з питань парламентської діяльності. Нині винятково важливою є розробка інституту конституційно-правової відповідальності окремих органів державної влади і, зокрема, парламенту України на рівні монографічних праць. Відсутність комплексного монографічного дослідження з питань теорії та практики застосування конституційно-правової відповідальності Верховної Ради України є суттєвою перешкодою удосконалення правового статусу єдиного органу законодавчої влади.

Запропоноване дослідження є спробою провести теоретичний аналіз специфіки конституційно-правової відповідальності Верховної Ради України, а саме — поняття, ознак, підстав та форм конституційно-правової відповідальності парламенту, парламентських органів та народних депутатів України.

Парламент — Верховна Рада України — може виступати суб'єктом конституційно-правової відповідальності, яка виникає внаслідок порушення конституційно-правової норми і реалізується у застосуванні до винного суб'єкта заходів державного впливу, стягнень нематеріального та/або організаційного характеру [7, 43]. У дечо-

му можна погодитися з висловленою у літературі позицією, що для застосування санкцій конституційно-правової відповідальності достатньою підставою є неспроможність органу державної влади та посадової особи впоратися з покладеним на них завданням виробити курс політики, який би відповідав інтересам суспільства [6, 38–39].

Напрямок, зміст і масштабність державотворчих процесів значною мірою залежать від діяльності парламенту України в особі його органів та народних депутатів. Тому, безперечно, санкції конституційно-правової відповідальності є своєрідною політичною оцінкою діяльності тих суб'єктів, до яких застосовуються. Засоби державного впливу виконують правовідновлюючу роль і забезпечують належне, згідно з конституційно-правовим статусом, функціонування Верховної Ради України.

За суб'єктами (в межах предмета аналізу цього дослідження) можна виділити конституційно-правову відповідальність Верховної Ради України як елемента державного апарату, її органів та народних депутатів. Доцільність такого виду класифікації обґрунтовують норми Конституції України, Регламенту Верховної Ради України (далі — Регламенту), Закону України «Про статус народного депутата України», рішення Конституційного Суду України. Згадані та деякі інші нормативні акти засвідчують той факт, що функціонування парламенту України нероздільно пов'язане з реалізацією конституційних повноважень його органів та посадових осіб, деяких народних депутатів.

Зокрема, Основний Закон надає право Президенту України припинити повноваження парламенту, якщо протягом 30 днів однієї чергової сесії пле-

нарні засідання не можуть розпочатися (ч. 2 ст. 90, п. 8 ч. 1 ст. 106 Конституції України) [8]. Словосполучення «протягом 30 днів» необхідно тлумачити як перебіг 30-денного строку поспіль, тобто термін обчислюється в календарних днях. Водночас обчислення строку розпочинається з дня, коли заплановані пленарні засідання однієї чергової сесії не змогли розпочатися. Якщо ж останній день строку припадає на вихідний, святковий або інший неробочий день, то днем його закінчення вважається наступний робочий день.

Що стосується словосполучення «пленарні засідання не можуть розпочатися», то його треба розуміти так: пленарні засідання Верховної Ради України не можуть розпочатися через недодержання встановленого Конституцією України і Регламентом порядку роботи парламенту. Саме ця причина унеможливує здійснення конституційних повноважень єдиним органом законодавчої влади в Україні [9, пункти 1–2 резолютивної частини].

Сказане означає: можлива підстава дострокового розпуску парламенту Президентом України — недотримання *процедурних (організаційних)* аспектів у діяльності Верховної Ради України. Парламент порушує норми законодавства, що регулюють порядок його функціонування. Тому не можна погодитися з висловленим у правовій літературі припущенням, що розпуск парламенту має виключно політичний характер [5, 174].

Гарантією попередження частих неконтрольованих розпусків є конституційна заборона дострокового припинення Президентом України повноважень парламенту протягом одного року з дня позачергових виборів чи в останні шість місяців строку повноважень Президента [8, ч. 3–4 ст. 90]. Такі

застереження в перспективі, можливо, дозволять стабілізувати діяльність органу законодавчої влади і налагодити його ефективне функціонування з новообраним Главою держави, уникнути незапланованих витрат державного бюджету на позачергові вибори та розбалансованості державного апарату впродовж виборчого і післявиборчого періодів. Часті вибори — своєрідний «стрес» для держави і суспільства, який не є запорукою майбутньої злагодженої співпраці вищих органів державної влади.

Іншим видом санкцій, що можуть застосовуватися до Верховної Ради України у випадку порушення нею матеріальних та процесуальних норм законодавства, є прийняття Конституційним Судом України рішення щодо неконституційності законів та інших правових актів парламенту повністю чи в їх окремих частинах унаслідок: невідповідності Конституції України; порушення встановленої Конституцією України процедури їх розгляду, ухвалення або набрання чинності; перевищення конституційних повноважень при їх прийнятті [10, ст. 15]. Закони та інші правові акти парламенту втрачають чинність із дня прийняття органом конституційного контролю рішення про їх неконституційність [10, ч. 2 ст. 73].

Формами конституційно-правової відповідальності парламенту України є повернення Президентом законів, прийнятих Верховною Радою України, із вмотивованими і сформульованими пропозиціями для повторного розгляду, тобто застосування Главою держави права вето [8, ч. 2 ст. 94] та скасування більшістю голосів народних депутатів від конституційного складу парламенту, якщо інше не передбачено Регламентом, результатів голосування за закон, постанову чи

інший акт Верховної Ради в цілому у разі порушення при їх прийнятті встановленої Регламентом процедури розгляду й голосування [11, ч. 3, 10 ст. 48].

Тобто санкціями конституційно-правової відповідальності, що можуть застосовуватися до парламенту в цілому як до колективного органу державної влади, є: 1) дострокове припинення повноважень (розпуск) Верховної Ради України; 2) скасування чи зупинення дії прийнятого закону чи іншого акта.

Суб'єктом конституційно-правової відповідальності може виступати не лише парламент України, а й окремі його органи. Вони також наділені конституційними правами, реалізують конституційні обов'язки і повинні відповідати за перевищення чи невиконання повноважень. Зокрема, у разі порушення вимог Регламенту головуючим на пленарному засіданні (відповідно Головою Верховної Ради України, Першим заступником чи заступником Голови Верховної Ради України) народний депутат має право звернутися до посадової особи із *зауваженням* про допущені порушення. У випадку грубого або систематичного порушення головуючим Регламенту Верховна Рада після скороченого обговорення може прийняти рішення про *відсторонення* головуючого від ведення пленарних засідань на строк до двох пленарних днів більшістю голосів народних депутатів від конституційного складу парламенту [11, ч. 1–2 ст. 29]. У разі відсторонення головуючого від ведення пленарних засідань три і більше разів протягом однієї чергової сесії, за висновком комітету з питань регламенту, парламент може розглянути питання про *відкликання* його з посади [11, ч. 5 ст. 29].

У зв'язку з незадовільною роботою за рішенням Верховної Ради України з

посад можуть бути відкликані Голова комітету, перший заступник, заступник голови та секретар комітету [11, ч. 1 ст. 83; 12, п. 2 ч. 3 ст. 7], а також керівник Апарату Верховної Ради України [11, ч. 4 ст. 8]. Тобто практична діяльність посадових осіб та парламентських органів повинна засвідчувати їх неспроможність виконувати обов'язки у зв'язку з безвідповідальним підходом до реалізації покладених на них функцій.

Конституційно-правова відповідальність комітетів Верховної Ради України, депутатських фракцій і депутатських груп чинним законодавством не передбачена. Лише встановлюються вимоги щодо їх мінімального кількісного складу. У випадку зменшення такого складу менше мінімально допустимої межі зазначені органи припиняють функціонування [12, ч. 1 ст. 8; 11, ч. 4 ст. 80].

Спеціалізованими органами у структурі Верховної Ради України, що реалізують функції парламентського контролю, є Уповноважений Верховної Ради України з прав людини і Рахункова палата. До зазначених органів у випадку порушення ними конституційних повноважень також можуть застосовуватися заходи конституційно-правової відповідальності. Зокрема, парламент більшістю голосів від конституційного складу приймає рішення про звільнення з посади Уповноваженого до закінчення строку, на який його було обрано, у разі: 1) порушення ним присяги; 2) порушення вимог щодо несумісності діяльності [13, пункти 1–2 ч. 2, ч. 5 ст. 9]. Висновок щодо наявності підстави для звільнення з посади Уповноваженого дає спеціально створена тимчасова слідча комісія Верховної Ради України [13, ч. 3 ст. 9].

За поданням Голови Верховної Ради України парламент може достро-

ково звільнити з посад у разі порушень законодавства України або допущення зловживань по службі Голову Рахункової палати, його Першого заступника і заступника, головного контролера, Секретаря Рахункової палати більшістю голосів народних депутатів від конституційного складу [14, п. 1 ч. 4, ч. 5 ст. 37].

Щодо конституційно-правової відповідальності народного депутата значимо таке. Оскільки народний депутат входить до складу органу державної влади — Верховної Ради України, то на нього поширюється встановлена ст. 3 Конституції України теза про відповідальність держави перед народом. Відповідно до кандидатури парламентарія пред'являються підвищені вимоги. Наприклад, за порушення конституційної вимоги скласти присягу, з моменту якої, власне, і починаються повноваження парламентарія, народний обранець втрачає депутатський мандат [8, ч. 5–6 ст. 79].

Згідно з ч. 3 ст. 7 Закону України «Про статус народного депутата України» парламентарій відповідальний за свою діяльність перед Українським народом як уповноважений ним представник у Верховній Раді України [15]. Ця норма-принцип конкретизується в позбавленні народного депутата за порушення дисципліни та норм етики на пленарному засіданні права на виступ чи, залежно від тяжкості скоєного проступку, можливості участі до п'яти пленарних засідань [11, ч. 1, 5 ст. 52].

Як суб'єкт законодавчої ініціативи народний депутат зобов'язаний при поданні законопроектів та проектів інших актів парламенту дотримуватися певних вимог, що пред'являються до такого виду документів. Згідно з ч. 2 ст. 94 Регламенту у випадку недотримання вказаних вимог законопро-

екти та проекти інших актів парламенту, без включення до порядку денного та розгляду на пленарному засіданні, повертаються народному депутату. Зокрема, такими підставами є: висновок комітету, до предмета відання якого належать питання конституційного права, про те, що законопроект суперечить положенням Конституції України, крім випадків, коли він стосується внесення змін до Основного Закону; висновок комітету з питань регламенту про те, що внесений законопроект, проект іншого акта оформлений та/або зареєстрований без дотримання вимог закону, Регламенту та прийнятих відповідно до них нормативно-правових актів; відсутність фінансово-економічного обґрунтування законопроекту, проекту іншого акта, якщо головний комітет чи відповідна тимчасова спеціальна комісія не вважають за можливе розглядати його без такого обґрунтування; наявність прийнятого в першому читанні законопроекту, щодо якого внесений проект є альтернативним; відхилення на поточній сесії парламенту законопроекту, положення якого дослівно або по суті повторюють поданий законопроект [11, ч. 2 ст. 94].

Найбільш сувора санкція конституційно-правової відповідальності, що може застосовуватися до парламентарія, — дострокове припинення повноважень у випадку набрання законної сили обвинувальним вироком суду щодо нього [8, п. 2 ч. 2 ст. 81] або порушення вимог щодо несумісності [8, ч. 4 ст. 81]. Інші підстави дострокового припинення повноважень народного депутата (пункти 1, 3–5 ч. 2 ст. 81 Конституції) не є конституційними деліктами і тому не є фактичними підставами конституційно-правової відповідальності. Рішення про дострокове припинення повноважень народного

депутата приймається більшістю від конституційного складу Верховної Ради України [8, ч. 3 ст. 81].

Підсумувавши сказане, зазначимо, конституційно-правова відповідальність є важливою складовою статусу Верховної Ради України як суб'єкта конституційного права. Володіючи конституційними правами та виконуючи конституційні обов'язки, парламент України, його органи та народні депутати є, відповідно, суб'єктами конституційно-правової відповідальності. Санкції конституційно-правової відповідальності — прояв офіційного визнання незадовільної діяльності суб'єктів і можуть застосовуватися у випадку порушення зазначеними суб'єктами не лише нормативних, а й моральних приписів.

Нині правові норми, що регламентують застосування конституційно-правової відповідальності Верховної Ради України, є розрізненими і безси-

стемними. Конституційно-правові санкції формуються як самостійні норми у вигляді диспозиції [4, 494]. Необхідно прийняти єдиний нормативно-правовий акт, який би: 1) визначив поняття та ознаки конституційно-правової відповідальності; 2) диференціював як суб'єктів конституційно-правової відповідальності парламент, його органи та народних депутатів; 3) уніфікував спеціальні правові процедури та санкції конституційно-правової відповідальності Верховної Ради України залежно від суб'єкта та характеру вчиненого конституційного делікту. Без цілісного законодавчого акту оптимізація механізму притягнення до конституційно-правової відповідальності парламенту, його органів та народних депутатів неможлива, оскільки такі реалії сприяють юридичній та політичній безвідповідальності вищих посадових осіб та державних органів.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Авакьян С. А. Государственно-правовая ответственность // Советское государство и право. — 1975. — № 10. — С. 16—24.
2. *Органи державної влади України* : моногр. / за ред. В. Ф. Погорілка. — К., 2002. — 592 с.
3. *Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 252 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про внесення змін до Конституції України» від 8 грудня 2004 р. № 2222-IV (справа про додержання процедури внесення змін до Конституції України) від 30 вересня 2010 р. № 20-рп/2010 / Верховна Рада України* // <http://zakon1.rada.gov.ua>
4. *Курс конституционного права Украины* : учеб. / под ред. М. А. Баймуратова, А. В. Батанова. — Х., 2008. — Т. 1. Общая часть : Основы теории конституционного права. — 672 с.
5. Мишин А. А. Конституционное (государственное) право зарубежных стран. — М., 1996. — 396 с.
6. Шон Т. Д. Конституционная ответственность // Государство и право. — 1995. — № 7. — С. 35—43.
7. *Парламентське право України* : навч. посіб. / кол. авт. ; за ред. О. Н. Ярмиша. — Х., 2007. — 500 с.
8. *Конституція України від 28 червня 1996 р. : станом на 5 лютого 2011 р.* / Верховна Рада України // <http://zakon1.rada.gov.ua>
9. *Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України про офіційне тлумачення положень частини другої статті 90, пункту 8 частини першої статті 106 Конституції України (справа про умови дострокового припинення повноважень Верховної Ради України) від 19 травня 2004 р. № 11-рп/2004 / Верховна Рада України* // <http://zakon.rada.gov.ua>
10. *Про Конституційний Суд України* : Закон України від 16 жовтня 1996 р. : станом на 5 лютого 2011 р. / Верховна Рада України // <http://zakon.rada.gov.ua>
11. *Про Регламент Верховної Ради України* : Закон України від 10 лютого 2010 р. : станом на 5 лютого 2011 р. / Верховна Рада України // <http://zakon.rada.gov.ua>
12. *Про комітети Верховної Ради України* : Закон України від 4 квітня 1995 р. : станом на 5 лютого 2011 р. / Верховна Рада України // <http://zakon.rada.gov.ua>
13. *Про Уповноваженого Верховної Ради України* : Закон України від 23 грудня 1997 р. : станом на 5 лютого 2011 р. / Верховна Рада України // <http://zakon.rada.gov.ua>

14. *Про Рахункову палату* : Закон України від 11 липня 1999 р. : станом на 5 лютого 2011 р. / Верховна Рада України // <http://zakon.rada.gov.ua>
15. *Про статус народного депутата України* : Закон України від 17 листопада 1992 р. : станом на 5 лютого 2010 р. / Верховна Рада України // <http://zakon1.rada.gov.ua>

Словська І. Є. Верховна Рада України як суб'єкт конституційно-правової відповідальності

Анотація. Проаналізовано підстави та форми конституційно-правової відповідальності Верховної Ради України. Доведено, що слід розрізняти конституційно-правову відповідальність самого парламенту, парламентських органів та народних депутатів України.

Ключові слова: конституційно-правова відповідальність, дострокове припинення повноважень, скасування чи зупинення дії актів.

Словская И. Е. Верховная Рада Украины как субъект конституционно-правовой ответственности

Аннотация. Проанализированы основания и формы конституционно-правовой ответственности Верховной Рады Украины. Доказано, что необходимо различать конституционно-правовую ответственность самого парламента, парламентских органов и народных депутатов Украины.

Ключевые слова: конституционно-правовая ответственность, досрочное прекращение полномочий, отмена или приостановление действия актов.

Slovska I. Supreme Soviet of Ukraine as subject of constitutional and legal responsibility

Annotation. Grounds and forms of constitutional and legal responsibility of Supreme Soviet are analyzed. It is proven that there is a need to distinguish constitutional and legal responsibility of parliament, parliament organs and people's deputies of Ukraine.

Key words: constitutional and legal responsibility, premature termination of full powers, cancellation or termination of acts validity.

НОВІ ВИДАННЯ З ПИТАНЬ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ

Головін А. С. Захист прав і свобод людини і громадянина при здійсненні правосуддя в рішеннях Конституційного Суду України. — К. : Логос, 2011. — 307 с.

Вийшла друком книга Голови Конституційного Суду України А. С. Головіна «Захист прав і свобод людини і громадянина при здійсненні правосуддя в рішеннях Конституційного Суду України». У ній йдеться про забезпечення гарантованих Конституцією України прав осіб, які притягуються до юридичної відповідальності за вчинення правопорушень, а також потерпілих та свідків за цими правопорушеннями під час проведення дізнання і досудового слідства та судового розгляду справи.

Мета праці — висвітлення ролі Конституційного Суду України у загальнодержавній справі утвердження та забезпечення прав і свобод людини і громадянина при здійсненні правосуддя.

Ці питання досить детально вивчалися вітчизняними та зарубіжними вченими-правознавцями, проте автор не дублює їх дослідження, а пропонує свій підхід до висвітлення зазначених проблем, а саме шляхом паралельного дослідження актів міжнародного права, вітчизняного законодавства та правових позицій Конституційного Суду України. При цьому головною темою книги є вивчення диспропорційності прав учасників кримінального, цивільного процесів, яка виникла після зміни суспільного устрою в нашої державі.

Видання розраховане на широке коло читачів, зокрема працівників органів законодавчої, виконавчої та судової влади, органів місцевого самоврядування, науковців та студентів юридичних факультетів вищих навчальних закладів.

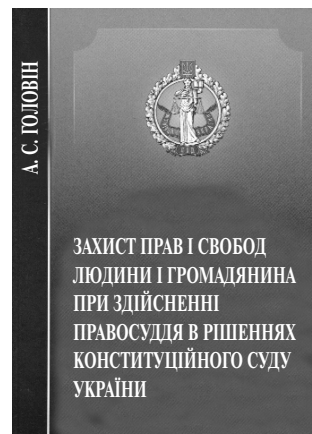
Годованець В. Ф., Головін А. С. Конституційне право України : навч. посіб. — К. : ДП «Видавничий дім «Персонал», 2011. — 384 с.

Вийшов у світ навчальний посібник «Конституційне право України» — спільне видання кандидата історичних наук, професора, заслуженого юриста України В. Ф. Годованця та Голови Конституційного Суду України, заслуженого юриста України А. С. Головіна.

У ньому розглядаються загальні засади конституційного ладу України, конституційні основи організації і діяльності законодавчої, виконавчої, судової влади, Президента України, органів місцевого самоврядування, територіального устрою України на базі прийнятої на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. Конституції України та відповідних законів, інших нормативно-правових актів (за станом на 11 квітня 2011 р.).

Книга «Конституційне право України» розрахована на студентів, викладачів юридичних навчальних закладів і факультетів, інших гуманітарних навчальних закладів та всіх, хто цікавиться питаннями конституціоналізму.

З питань придбання навчального посібника звертатися до ДП «ВД «Персонал» за тел.: 0(44) 490-95-17; 0(44) 490-95



ВІК ПРИ НАДАННІ МЕДИЧНОЇ ДОПОМОГИ: ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ



С. БУЛЕЦА

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного права
(Ужгородський національний університет)*

*«Всі ми, коли здорові, легко даємо хороші поради хворим»
Теренцій*

Серед особистих немайнових прав ЦК України у ст. 284 виділяє право на медичну допомогу, де зазначається, що фізична особа має право на надання їй медичної допомоги — первинну, екстрену тощо. Будь-яке суспільство характеризується тим, що забезпечує осіб правом на медичну допомогу, що свідчить про ступінь організованості та упорядкованості цивільно-правових відносин. Це зумовлено необхідністю узгодження потреб та інтересів окремої фізичної особи для забезпечення права на медичне обслуговування. Актуальність дослідження віку, з якого фізична особа має право на надання їй медичної допомоги, не викликає сумнівів, оскільки на практиці норма ч. 2. ст. 284 ЦК України не виконується. До закладу охорони здоров'я дитина до 14 років звертається з батьками, а не самостійно. Метою цієї статті є обґрунтування необхідності внесення змін до ЦК України про питання віку, з якого

особа може самостійно звертатися до медичних закладів охорони здоров'я. Серед науковців, які досліджують питання, пов'язані з нормативно-правовим регулюванням проблем у медичній сфері, слід виділити таких: С. Антонов, Т. Волинець, В. Галай, О. Смотров, І. Сенюта, С. Стеценко, З. Ромовська, Р. Стефанчук та ін.

Враховуючи, що фізична особа, якій надається медична допомога, є не предметом маніпуляції, а суб'єктом соціального відношення [1, 31], існує право фізичної особи, яка досягла 14 років і звернулася за наданням медичної допомоги на вибір лікаря і методів лікування в межах рекомендацій лікаря. Питання віку вважаємо спірним. Правовідносини, що складаються між закладами охорони здоров'я й фізичними особами із приводу надання медичної допомоги, мають складний характер. Суб'єктами такого правочину є специфічні учасники цивільного обороту. Сторонами дого-

вору на надання медичних послуг є пацієнт, з одного боку, і виконавець медичної послуги, з другого. Пацієнтом є будь-яка особа, що звернулася за медичною допомогою. Одержувачем (споживачем) медичної послуги може бути й іноземний громадянин, а також особи без громадянства й біженці, що постійно проживають на території України. Порядок надання медичної допомоги іноземним громадянам (особам без громадянства) закріплений в Основах законодавства України про охорону здоров'я громадян (ст. 11), куди, зокрема, увійшла медична допомога, надавана станціями швидкої медичної допомоги, а також допомога при раптовому розладі здоров'я тощо.

Слід зазначити, що пацієнтів можна класифікувати на пацієнтів — замовників послуги і пацієнтів — третіх осіб, на користь яких іншими замовниками укладений договір надання медичних послуг. Пацієнт — це завжди і лише фізична особа (дієздатна і недеєздатна), організм, орган або тканина якої є об'єктом медичних маніпуляцій, тобто це особа, яка безпосередньо контактує з закладами охорони здоров'я (приватними лікарнями) і звернулася до них за наданням діагностичної, лікувальної, профілактичної тощо допомоги або добровільно погодилася на проведення медико-біологічного експерименту. Отже, пацієнт — особа, яка лікується у лікаря [2, 87]. «Неповнолітні у віці від 14 до 18 років», згідно зі статтями 31–32 ЦК України, мають право вчиняти правочин за письмовою згодою батьків (усиновлювачів), піклувальника. Якщо в подальшому правочин буде схвалений письмово батьками, піклувальниками, усиновлювачами, то він визнається дійсним. Навіть у цьому випадку потрібна згода батьків чи хоча б їх схвалення, це підтверджує

те, що дитина в 14 років не здатна приймати компетентні рішення, а особливо у сфері медицини, де навіть дорослим важко визначитися в діагнозі, маніпуляціях чи інших методах лікування.

Через особливу складність медичних послуг (пластична хірургія), що надаються, і можливі незворотні наслідки надання медичної послуги, заборонити без письмової згоди законних представників вчиняти маніпуляції стосовно неповнолітнього і внести зміни до ст. 32 ЦК України через відсутність письмової згоди законних представників при звертанні за отриманням медичної послуги є підставою для відмови у наданні медичної послуги.

Щоб стати учасником цивільно-правових відносин, необхідно мати цивільну правоздатність і дієздатність. Одержання медичної допомоги (її доступність) законодавець не пов'язує з жодними обмеженнями, крім прямо передбачених законом. Цивільною правоздатністю фізична особа наділяється з моменту народження, тобто одночасно з виникненням права на життя й здоров'я. Держава забезпечує громадянам охорону здоров'я незалежно від статі, раси, національності, соціального походження, посади, ставлення до релігії, а також інших обставин (ст. 1 Основ законодавства про охорону здоров'я). Цивільна дієздатність у повному обсязі виникає з досягненням повноліття, тобто з 18 років. Психологи вважають, що дитина повністю здатна розуміти значення своїх дій з 18 років. У Великій Британії, наприклад, щодо пацієнтів, які досягли 18 років, діє презумпція дієздатності, для спростування якої необхідно довести неможливість для особи одержувати й запам'ятовувати отриману інформацію,

розуміти, оцінювати, зіставляти необхідність і ризики, здійснювати правильний вибір. Підлітки від 16 до 18 років вважаються дієздатними (хоча й спростувати таку презумпцію трохи простіше, ніж у дорослих), а щодо осіб, молодших 16 років, діє презумпція недієздатності [3, 150]. Діти у віці 16 років і більше, як правило, вважаються *Gillick*-компетентними. *Gillick*-компетенція є терміном, що виник в Англії, використовується в медичному праві й вирішує питання: чи може дитина, молодша 16 років, дати згоду на медичну допомогу без дозволу батьків? Стандарт заснований на рішенні Палати лордів у справі *Gillick* в Уест Норфолк і Вісбех району Управління охорони здоров'я (1985 р.). Цей стандарт є обов'язковим в Англії та Уельсі й був схвалений в Австралії, Канаді та Новій Зеландії.

Аналогічні положення містяться у праві Шотландії. Слід зазначити, що Вікторія *Gillick* потрапила у заголовки газет у 1980-х роках, коли вона заперечувала право лікарів призначати контрацепції для дітей до 16 років без дозволу батьків. Місіс *Gillick* подала в суд на управління охорони здоров'я і вимагала визнати незаконним призначення контрацепції для дітей у віці до 16 років. Справа була успішно вирішена в апеляційному суді. Однак коли справа нарешті досягла Палати лордів у 1985 р. більшість вирішила питання на користь управління охорони здоров'я та Міністерства охорони здоров'я.

Лорд Фрейзер наголосив, що необхідно діяти обачно в інтересах своїх пацієнтів. Лікар повинен спробувати переконати пацієнта погодитися інформувати батьків. На сьогодні термін *Gillick* (компетенція) може бути застосований взагалі для будь-якого пацієнта віком до 16 років, стосовно яко-

го визначають здатність давати згоду на лікування [4].

Gillick-компетентний означає: молода людина розуміє проблеми та наслідки конкретного рішення; розуміє ризики і переваги лікування; розуміє наслідки відмови від лікування; розуміє альтернативні варіанти; розуміє наслідки для сім'ї; у стані зберегти (запам'ятати) інформацію; у стані зважити всі «за» і «проти»; у стані висловити й обґрунтувати свої побажання [5].

Обґрунтовуючи положення, що дитина в 14 років не може приймати важелі рішення при звертанні до лікаря та обрати методи лікування, слід звернутися до медичної психології, психіатрії. Психіатрію підліткового віку нині практично виділено в окремий розділ психічної патології, що зумовлено фізіологічними, соціально-педагогічними, юридичними особливостями проблем підлітково-юнацького віку й обґрунтовано наукою [6, 109; 7, 13; 8; 9; 10]. Взагалі підлітковий вік пов'язаний із перебудовою організму дитини — статевим дозріванням. Останній аспект визначається на основі поняття пубертатності (від лат. *pubeszere* — покриття волоссям). Пубертатний період — це стадія, коли людина досягає статевого дозрівання. Лінії психічного і фізіологічного розвитку не йдуть паралельно, через що індивідуальні межі вступу в пубертат значно варіюють. Одні діти вступають у пубертатний період раніше, інші — пізніше. У середньому пубертат триває 3–4 роки. Пубертатний період або криз — найбільш значний і відповідальний період онтогенезу. Під час цього короткотривалого (всього за 6 років) етапу розвитку людського організму проходять бурхливі процеси статевого та психічного дозрівання з відповідною психологічною та ендо-

кринною перебудовою. У розвитку дитини ця критична фаза (перша настає у віці 3–4 роки, друга — 7–8 років) є найбільш тяжкою і складною. Весь цей період характеризується окремими, властивими лише йому закономірностями клініки, патогенезу клінічних розладів, в основі яких є дуже інтенсивне, але нерівномірне дозрівання різних органів і систем, що зумовлює підвищену реактивність і вразливість нервово-психічної організації.

Особливе правове становище неповнолітніх у законодавчому порядку закріплене у ст. 22 КК України, ст. 284 ЦК України та інших кодексах. Підлітки 14–16 років притягаються до кримінальної відповідальності лише за тяжкі злочини; особам такого віку хоча й можуть інкримінуватися всі статті КК України, але при невеликій суспільній небезпечності кримінальних вчинків щодо них застосовуються заходи не пенітенціарного, а примусово-виховного характеру в спеціальних виправно-трудових установах.

Вказане правове становище неповнолітніх пов'язане переважно з наявністю в них природної вікової психічної та соціальної незрілості, яка визначає недостатність правових знань і вміння ними користуватися, незрілість вольових функцій і несформованість критичних здатностей. Процес психічного дозрівання може перебігати більш спокійно чи бурхливо, залежно від багатьох додаткових факторів (патологічної спадковості, органічних та інфекційних захворювань у дитячому віці, важких умов життя і виховання дитини, психічних травм тощо). На етапі пубертатного кризу інтелектуальна незрілість органічного походження стає більш парціальною, поєднується з підсиленою в цей час психоорганічною симптоматикою, афективними коли-

ваннями, віковими реакціями. Інтелектуальна незрілість виявляється в недостатній здатності до обмірковування, внутрішній переробці подій, імпульсивності рішень без боротьби мотивів, нездатності до прогнозування своїх вчинків. Навіть при формальному розумінні караності тих чи інших дій та усвідомленні узаконених норм поведінки здатність критично оцінювати ситуацію та вчиняти відповідно до цього виявляється недостатньою. Незрілість вольових функцій із характерними явищами навіюваності підвищує ризик випадкових рішень, що продиктовані негайними бажаннями.

Слід зазначити, що основні структурні та функціональні зміни в головному мозку завершуються до 14 років, коли він досягає свого остаточного об'єму і ваги. Співвідношення ж між сірою речовиною та нейронами набуває свого остаточного рівня розвитку приблизно у 18 років [11]. У період пубертатного кризу психічний інфантилізм виступає у двох формах: 1) як етап його вікової динаміки, якщо він виявляється з дитинства; 2) як «кризовий» варіант, коли є результатом асинхронного протікання пубертату. Остання форма характеризується довготривалим збереженням особливостей підліткової психіки; в її структурі переважає гротескне загострення рис і тенденцій молодшого підліткового віку з опозиційністю та критицизмом, зниження здатності до соціально схвалюваної діяльності при виразній схильності до збагачення негативним досвідом, прагнення до ювенільного самоствердження, затримка у формуванні почуття відповідальності і критичної самооцінки. Цей варіант інфантилізму особливо тісно корелює з порушеннями поведінки й адаптації [12]. Плавне поліпшення мозкових процесів у підлітків

порушується по мірі вступу їх у період статевого дозрівання — у дівчаток в 11–13 років, у хлопчиків у 13–15 років. Цей період характеризується ослабленням гальмівних впливів кори і «буйством» підкірки, що викликає сильне збудження по всій корі і посилення емоційних реакцій у підлітків. Зростає активність симпатичного відділу нервової системи і концентрація адреналіну в крові. Погіршується кровопостачання мозку.

Такі зміни ведуть до порушення тонкої мозаїки збуджених і загальмованих ділянок кори, порушують координацію рухів, погіршують пам'ять і відчуття часу. Поведінка підлітків стає нестабільною, часто невмотивованою й агресивною. У півкулях також виникають істотні зміни — тимчасово посилюється роль правої півкулі в поведінкових реакціях. У підлітка погіршується діяльність другої сигнальної системи (мовні функції), підвищується значущість зорово-просторової інформації. Порушуються всі види внутрішнього гальмування, умовні ре-

флекси, закріплення і переробка динамічних стереотипів.

Необхідно законодавчо визнати за неповнолітніми здатність вступати в правовідносини, що виникають при наданні медичних послуг, і давати згоду з 16 років, коли людина повністю усвідомлює значення наслідків та розуміє поставлений діагноз.

Враховуючи викладене, необхідно підвищити вік, при якому дитина може приймати ті чи інші рішення у сфері медицини до 16 років та внести зміни в ч. 2 та ч. 3 ст. 284 ЦК України та ст. 43 Основ законодавства про охорону здоров'я стосовно пацієнта віком до 16 років (малолітнього пацієнта), а також пацієнта, визнаного в установленому законом порядку недієздатним, тобто медичне втручання має здійснюватися за згодою їх законних представників.

Таким чином, при прийнятті рішень у медичній сфері дитина повинна усвідомлювати та розуміти наслідки таких дій без впливу будь-яких внутрішніх чи зовнішніх чинників.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Малеина М. Н.* Гражданско-правовой договор на оказание медицинской помощи // Правоведение. — 1999. — № 2. — С. 31.
2. *Булеца С. Б.* Право фізичної особи на життя та здоров'я (порівняльно-правовий аспект) : моногр. — Ужгород, 2006. — 172 с.
3. *Афанасьева Е. Г.* Право на информированное согласие как основа юридического статуса пациента. Современное медицинское право : сб. науч. тр. — М., 2003. — С. 150.
4. *Dr Emma Cuzner.* Medico-legal — Understanding Gillick competence. — 3 March 2011 // <http://www.gponline.com/Education/article/1057179/medico-legal-understanding-gillick-competence>
5. *Robert Wheeler.* Gillick or Fraser? A plea for consistency over competence in children // <http://www.bmj.com/content/332/7545/807.full&rurl=translate.google.com.ua&usg=ALkJrhj47gv0RiDuCvO4190pzM06VQ4KkA>
6. *Антропова М. В.* Анализ некоторых методик изучения общей умственной работоспособности школьников в возрастном аспекте // Новые исследования возрастной физиологии. — 1977. — № 9. — С. 109.
7. *Криволапчук И. А., Сухецкий В. К.* Психофизиологическая характеристика функционального состояния подростков на разных стадиях полового созревания в условиях напряженной информационной нагрузки // Физиология человека. — 2005. — Т. 31. — № 6. — С. 13.
8. *Фарбер Д. А.* Физиология подростка. — М., 1988. — 167 с.
9. *Судаков К. В.* Эмоциональный стресс // Новое в физиологии. — 1983. — № 11. — С. 34.
10. *Дубровинская Н. Е., Фарбер Д. А., Безруких М. М.* Психофизиология развития : психофизиологические основы детской психологии. — М., 2000. — 144 с.
11. *Вікова та педагогічна психологія* : навч. посіб. / О. В. Скрипченко та ін. ; Національний педагогічний ун-т ім. М. П. Драгоманова. — К., 2001. — 416 с.
12. *Левенець І. В.* Судова психіатрія : навч. посіб. — Тернопіль, 2005. — 328 с.

Булеца С. Б. Вік при наданні медичної допомоги: цивільно-правовий аналіз

Анотація. Обґрунтовано необхідність зміни віку дитини при виборі лікаря і методів лікування та при наданні медичної допомоги у зв'язку з незрілістю вольових функцій із характерними явищами навіюваності, що підвищує ризик випадкових рішень, які продиктовані негайними бажаннями. Охарактеризовано поняття Gillick-компетенції, коли дитина розуміє проблеми та наслідки конкретного рішення.

Ключові слова: медична допомога, пубертатний період, вік, дитина, Gillick-компетенція.

Булеца С. Б. Возраст при предоставлении медицинской помощи: гражданско-правовой анализ

Аннотация. Обоснована необходимость изменения возраста ребенка при выборе врача и методов лечения и при предоставлении медицинской помощи в связи с незрелостью волевых функций с характерными явлениями внушаемости, которая повышает риск случайных решений, продиктованных немедленными желаниями. Охарактеризовано понятие Gillick-компетенции, когда ребенок понимает проблемы и последствия конкретного решения.

Ключевые слова: медицинская помощь, пубертатный период, возраст, ребенок, Gillick-компетенция.

Buletsa S. Age at a grant medicare: civil legal analysis

Annotation. The necessity of change of child's age at the choice of doctor and methods of treatment and at the grant of medicare in connection with immaturity of volitional functions with the characteristic phenomena of suggestibility, which promotes the risk of casual decisions which are dictated by immediate desires are grounded. The concept of Gillick competence is described, when a child understands problems and consequences of concrete decision.

Key words: medicare, pubertat period, age, child, Gillick competence.

Пропонується видання:

**Практика застосування окремих норм Цивільного кодексу України :
практ. посіб. / кол. авт. — К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2008. — 256 с.**

Авторами підготовлено практичний посібник для проведення семінарів, що мають на меті поглиблене вивчення Цивільного кодексу та однакове застосування окремих норм на практиці.

Для нотаріусів, юристів-практиків та всіх, кого цікавить зазначена практика.

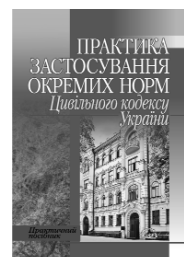
Замовляйте видання за телефоном:

0 (44) 537-51-11

або електронною поштою:

sales@inyure.kiev.ua

<http://shop.inyure.kiev.ua>



ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ЯК ПРЕДМЕТА ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ



А. ОМЕЛЬЧЕНКО

*кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри цивільного
та трудового права*

*(Київський національний економічний університет
імені Вадима Гетьмана)*

Завданням цієї статті є дослідження правових ознак та комплексне визначення зовнішньоекономічної діяльності як правової категорії та предмета правового регулювання, оскільки воно широко використовується в національному законодавстві та положеннях міжнародних договорів, а також в наукових дослідженнях. Дослідження питання про зовнішньоекономічну діяльність як правову категорію має велике значення для вдосконалення правового регулювання у зазначеній сфері, науки і практики управління зовнішньоекономічною діяльністю, для використання права як важливого засобу забезпечення ефективної реалізації зовнішньоекономічної політики України. Прийняття державою через органи законодавчої та виконавчої влади відповідних нормативно-правових актів є проявом реалізації правової політики держави у сфері зовнішньоекономічної діяльності.

Слід зазначити, що суспільні відносини, які виникають у процесі зо-

внішньоекономічної діяльності, мають складний економічний та правовий зміст. Розкриваючи тему цієї публікації, необхідно зупинитися на характеристичі суспільних правовідносин у сфері зовнішньоекономічної діяльності, дослідити їх зміст, суб'єктний склад та об'єкти (склад цих правовідносин) з тим, щоб зробити відповідні висновки щодо зовнішньоекономічної діяльності як предмета правового регулювання та її правових ознак.

Так, українські економісти-міжнародники Ю. Пахомов та Д. Лук'яненко зазначають, що національні економіки взаємодіють через міжнародні економічні відносини, які є, з одного боку, головною, найбільш масштабною та динамічною складовою частиною міжнародних відносин, а з другого — системою економічних зв'язків з приводу виробництва, розподілу, обміну та споживання, що вийшли за межі національних господарств [1]. В основі міжнародних економічних відно-

син лежить міжнародний поділ праці, що являє собою обмін між країнами факторами і результатами виробництва у певних кількісних і якісних співвідношеннях (формами міжнародного поділу праці є міжнародна спеціалізація та кооперація). Суб'єктами міжнародних економічних відносин автори називають фізичних осіб, юридичних осіб, держави та міжнародні організації. Серед форм міжнародних економічних відносин вони називають міжнародну торгівлю, міжнародний рух капіталу та міжнародну міграцію робочої сили. Принципово важливим у розвитку сучасних міжнародних економічних відносин є вихід за межі національних економік не лише результатів і факторів виробництва, а й безпосередньо самого виробничого процесу, що прискорює розвиток міжнародної економічної діяльності, ставить у центр досліджень не лише макрорівень, а також і мікрорівень взаємодії національних економік.

Український учений-економіст В. Новицький, враховуючи особливості міжнародної економічної діяльності, дав їй визначення як цілісної системи господарських зв'язків між національними економіками різних країн, належних до них або утворених ними суб'єктами господарського життя, а також міжнародними організаціями, яка має характерні лише для себе взаємозв'язки, закономірності та реалізує ті специфічні інтереси, які пов'язані з використанням переваг міжнародного співробітництва, поділу праці та факторного розміщення [2].

У дослідженнях ряду сучасних представників економічної науки у процесі проведення зовнішньоекономічних реформ склалося два поняття: зовнішньоекономічні зв'язки та зовнішньоекономічна діяльність. Так,

на думку В. Покровської [3], зовнішньоекономічні зв'язки — це форми реалізації міждержавних відносин в частині науково-технічного, виробничого і торгового співробітництва та валютно-фінансових відносин, а зовнішньоекономічна діяльність — це реалізація виробничо-господарських, організаційно-економічних та оперативно-комерційних функцій підприємств — суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності. Такої ж думки дотримуються Н. Гофман та Г. Маховикова [4].

Переходячи до характеристики змісту та структури міжнародних економічних відносин як предмета правового регулювання, слід зазначити, що значну увагу дослідженням цих питань приділяють відомі вітчизняні та зарубіжні фахівці у сфері міжнародного права. Зокрема, М. Богуславський [5] зазначає, що глибокі зміни у правовому регулюванні зовнішньоекономічної діяльності кінця 80-х — початку 90-х років мали принципове значення для подальшого розвитку міжнародного приватного права, для підвищення його ролі у справі правового забезпечення економічного, науково-технічного співробітництва між суб'єктами права різних держав. Ведучи мову про те, що міжнародне приватне право тісно пов'язане із міжнародним публічним правом, автор наголошує на тому, що перша основна відмінність між міжнародним приватним та публічним правом полягає у предметі правового регулювання. У міжнародному публічному праві головне місце займають політичні взаємовідносини держав, однак постійне зростання частки правових питань міжнародної торгівлі, питань врегулювання економічного співробітництва у міжнародному публічному праві стало причиною формування міжнародного

економічного права. Але регульованим відносини мають не цивільно-правовий, а міждержавний характер. Що ж стосується міжнародного приватного права, то ним регулюється група цивільно-правових відносин, що мають міжнародний характер. Друга відмінність пов'язана із суб'єктним складом відносин. Основними суб'єктами міжнародного публічного права є держави та міжнародні організації. Основними суб'єктами міжнародного приватного права є фізичні та юридичні особи. Третя відмінність між міжнародним публічним та приватним правом полягає в характері джерельної бази. У міжнародному публічному праві роль основного джерела регулювання відносин відіграє міжнародний договір. У міжнародному приватному праві норми міжнародних договорів, як правило, застосовуються до фізичних та юридичних осіб не безпосередньо, а після того, як це буде у певній формі санкціоновано державою. Крім норм міжнародних договорів у міжнародному приватному праві, значну роль відіграють джерела національного, внутрішнього законодавства окремих країн. Зазначену точку зору поділяють А. Скарідов [6], В. Гайворонський та В. Жушман [7], а також інші автори.

Досліджуючи сферу міжнародного економічного права, В. Опришко визначає міжнародні економічні відносини як особливу форму суспільно-виробничих зв'язків між окремими державами та міжнародними організаціями, між міжнародними організаціями [8]. Аналізуючи та узагальнюючи існуючі концепції міжнародного економічного права (Г. Шварценберге-ра, П. Фішера та В. Фікентшера, Е. Франкліна та ін.), В. Опришко робить обґрунтований висновок, що міжнародне економічне право — це

система норм і принципів, які регулюють відносини між державами, між державами і міжнародними організаціями, між міжнародними організаціями у процесі міжнародного економічного співробітництва, що є самостійною галуззю міжнародного публічного права [9]. Зазначену точку зору поділяють М. Буроменський та Ю. Щокін [10], а також інші автори.

Відповідно до іншого підходу міжнародне економічне право охоплює будь-які економічні операції за умови, що вони виходять за межі правової системи однієї держави, — міжнародне економічне право у широкому розумінні. Зазначена позиція має набагато менше прихильників, ніж перша, однак вона яскраво характеризує складність міжнародних економічних відносин [11].

З огляду на зазначене вище, можна дійти висновку, що зовнішньоекономічна діяльність є складовою частиною міжнародних економічних відносин, має складний комплексний міжгалузевий характер і підлягає регулюванню нормами національного, міжнародного економічного та міжнародного приватного права.

Згідно із абзацем 12 ст. 1 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16 квітня 1991 р. № 959-XII зовнішньоекономічна діяльність — це діяльність суб'єктів господарської діяльності України та іноземних суб'єктів господарської діяльності, побудована на взаємовідносинах між ними, що має місце як на території України, так і за її межами. Відповідно до ч. 1 ст. 377 ГК України зовнішньоекономічною діяльністю суб'єктів господарювання є господарська діяльність, яка у процесі її здійснення потребує перетинання митного кордону України майном та/або робочою силою.

На науково-теоретичному рівні українські правознавці В. Мамутов та Г. Знаменський визначають такі спеціальні ознаки зовнішньоекономічної діяльності: 1) за своєю сутністю вона є господарською діяльністю, спрямованою на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність; 2) здійснюється визначеним у законодавчому порядку колом суб'єктів; 3) обов'язковою умовою віднесення того чи іншого виду діяльності до зовнішньоекономічної є перетин митного кордону України майном чи робочою силою [12].

На нашу думку, питання про обов'язковість перетину митного кордону майном чи робочою силою під час зовнішньоекономічної діяльності є дискусійним, оскільки аналіз законодавства України про зовнішньоекономічну діяльність (абзаци 10, 14, 38 ст. 1, ст. 4 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16 квітня 1991 р. № 959-XII; п. 2, пункти 23–28, 39, 40 ст. 1 Митного кодексу України) свідчить про те, що перетин митного кордону майном чи робочою силою не є обов'язковою ознакою зовнішньоекономічної діяльності і відповідні положення ч. 1 ст. 377 ГК України слід привести у відповідність до практики зовнішньоекономічної діяльності та вимог спеціального законодавства у зазначеній сфері.

Аналіз законодавства України щодо суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності (ст. 378 ГК України; статті 3, 34 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16 квітня 1991 р. № 959-XII; ст. 2 Закону України «Про інвестиційну діяльність» від 18 вересня 1991 р. № 1560-XII; ст. 1 Закону України «Про режим іноземного інвестування» від 19 березня 1996 р. № 93/96-ВР) свідчить про те,

що суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності в Україні можуть бути національні та іноземні фізичні та юридичні особи, а також держави в особі створених ними зовнішньоекономічних організацій. Слід зазначити, що всі суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності мають рівне право здійснювати будь-які її види, прямо не заборонені законами України, незалежно від форм власності та інших ознак. Держава гарантує однаковий захист усіх суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності. Здійснюючи зовнішньоекономічну діяльність на території інших держав, фізичні та юридичні особи керуються не лише законодавством країни свого походження, а й законодавством приймаючої країни.

Відповідно до ст. 379 ГК України усі суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності мають право на здійснення будь-яких видів зовнішньоекономічної діяльності та зовнішньоекономічних операцій, якщо інше не встановлено законом. Перелік видів зовнішньоекономічної діяльності міститься у ст. 4 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16 квітня 1991 р. № 959-XII. Їх можна об'єднати за такими напрямками, як експорт та імпорт товарів, послуг, капіталів та робочої сили; наукова, виробнича, освітня та інша кооперація; міжнародні фінансові, кредитні та розрахункові операції; створення юридичних осіб та представництв за межами України та створення іноземними суб'єктами господарської діяльності юридичних осіб та представництв на території України; спільна підприємницька діяльність; діяльність з обігу нематеріальних об'єктів власності; організація та здійснення діяльності в галузі проведення виставок, аукціонів, торгів, конференцій, симпозіумів, семінарів та інших подібних заходів;

орендні, в тому числі лізингові, операції тощо. Слід зазначити, що наведений у ст. 4 цього Закону перелік видів зовнішньоекономічної діяльності не є вичерпним, і дозволяється здійснювати інші види зовнішньоекономічної діяльності (як прибуткові, так і неприбуткові), що не заборонені прямо і у виключній формі законами України. Так, видами неприбуткової зовнішньоекономічної діяльності є міжнародна технічна допомога, міжнародна благодійна діяльність та міжнародна гуманітарна допомога.

Оскільки зовнішньоекономічна діяльність є видом господарської діяльності, то на неї поширюються загальні принципи господарювання, закріплені у ст. 6 ГК України, та принципи підприємницької діяльності, закріплені у ст. 44 ГК України. Спеціальні принципи зовнішньоекономічної діяльності закріплені у ч. 2 ст. 377 ГК України та ст. 2 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16 квітня 1991 р. № 959-XII.

Розглянувши економічний та правовий зміст поняття «зовнішньоекономічна діяльність», можна дійти висновку, що зовнішньоекономічна діяльність має такі правові ознаки:

- 1) це суспільні відносини у сфері міжнародної економічної діяльності;
- 2) зазначені відносини мають господарський характер;
- 3) суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності є суб'єкти господарської діяльності України та іноземні суб'єкти господарської діяльності;
- 4) зовнішньоекономічна діяльність здійснюється в торговельній (обмін товарами, роботами, послугами), інвестиційній, валютно-фінансовій, виробничо-промисловій, науково-технічній та культурно-освітній сферах;

5) зовнішньоекономічна діяльність має місце як на території України, так і за її межами;

6) зовнішньоекономічна діяльність побудована на підприємницьких та/або непідприємницьких взаємовідносинах між її суб'єктами і має на меті отримання прибутку та/або досягнення соціального ефекту;

7) зовнішньоекономічна діяльність врегульована нормами національного законодавства країн походження її суб'єктів, нормами національного законодавства країн, в яких провадиться зовнішньоекономічна діяльність, а також нормами міжнародного публічного та приватного права.

Підсумовуючи викладене, можна дійти висновку, що під зовнішньоекономічною діяльністю, як предметом правового регулювання, слід розуміти суспільні відносини у сфері міжнародної економічної діяльності, що мають господарський характер і виникають між суб'єктами господарської діяльності України та іноземними суб'єктами господарської діяльності в торговельній (обмін товарами, роботами, послугами), інвестиційній, валютно-фінансовій, виробничо-промисловій, науково-технічній та культурно-освітній сферах, мають місце як на території України, так і за її межами, побудовані на підприємницьких та/або непідприємницьких засадах, мають на меті отримання прибутку та/або досягнення соціального ефекту, врегульовані нормами національного законодавства країн походження суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності, нормами національного законодавства країн, в яких зазначені суб'єкти провадять зовнішньоекономічну діяльність, а також нормами міжнародного публічного та приватного права.

Визначення зовнішньоекономічної діяльності як науково обґрунтованої

правової категорії покликано сприяти подальшому дослідженню теоретичних та практичних аспектів її правового регулювання, вдосконаленню законодавства у цій сфері та практики його

застосування і в кінцевому результаті ефективному здійсненню державного та недержавного управління зовнішньоекономічною діяльністю.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Пахомов Ю. М., Лук'яненко Д. Г., Губський Б. В. Національні економіки в глобальному конкурентному середовищі. — К., 1997. — С. 29.
2. Новицький В. Є. Міжнародна економічна діяльність України : підруч. — К., 2003. — С. 20–25.
3. Покровская В. В. Организация и регулирование внешнеэкономической деятельности. — М., 2002. — 456 с. — С. 17–21.
4. Гофман Н. Ф., Маховикова Г. А. Основы внешнеэкономической деятельности. — СПб., 2001. — С. 8–10.
5. Богуславский М. М. Международное частное право : учеб. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 1994. — С. 5–15.
6. Скарідов А. С. Международное частное право : учеб. пособие. — СПб., 1998. — С. 19.
7. Міжнародне приватне право : навч. посіб. / за ред. В. М. Гайворонського, В. П. Жушмана. — К., 2005. — С. 5–9.
8. Міжнародне економічне право : підруч. / В. Опришко, А. Коста, К. Квінтано та ін. ; за наук. ред. В. Опришка. — К., 2006. — С. 12, 19;
9. Опришко В. Ф. До питання про предмет та джерела міжнародного економічного права // Правове регулювання економіки : зб. наук. пр. / гол. редкол. В. Ф. Опришко. — К., 2005. — Вип. 5. — С. 5–15.
10. Міжнародне право : навч. посіб. / за ред. М. В. Буроменського — К., 2006. — С. 235–236.
11. Карро Д., Жюйар П. Международное экономическое право : учеб. / пер. с фр. В. П. Серебренникова, В. М. Шумилова. — М., 2001. — С. 4.
12. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / кол. авт. : Г. Л. Знаменський, В. В. Хахулін, В. С. Щербина та ін. ; за заг. ред. В. К. Мамутова. — Ю., 2004. — С. 573.

Омельченко А. В. Поняття та ознаки зовнішньоекономічної діяльності як предмета правового регулювання

Анотація. У статті досліджуються правові ознаки зовнішньоекономічної діяльності та наводиться комплексне визначення зовнішньоекономічної діяльності як правової категорії та предмета правового регулювання.

Ключові слова: склад правовідносин, предмет правового регулювання, міжнародні економічні відносини, господарська діяльність, зовнішньоекономічна діяльність, суб'єкти, види та принципи зовнішньоекономічної діяльності.

Омельченко А. В. Понятие и признаки внешнеэкономической деятельности как предмета правового регулирования

Аннотация. В статье исследуются правовые признаки внешнеэкономической деятельности и приводится комплексное определение внешнеэкономической деятельности как правовой категории и предмета правового регулирования.

Ключевые слова: состав правоотношений, предмет правового регулирования, международные экономические отношения, хозяйственная деятельность, внешнеэкономическая деятельность, субъекты, виды и принципы внешнеэкономической деятельности.

Omelchenko A. Concept and signs of the foreign economic activity as the object of legal regulation

Annotation. In this article the legal signs of the foreign economic activity are investigated and the complex definition of the foreign economic activity as the legal category and the object of legal regulation is resulted.

Key words: structure of legal relationships, object of legal regulation, international economic relations, economic activity, foreign economic activity, subjects, kinds and principles of foreign economic activity.

ДО ПИТАННЯ ПРО МЕТОД ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТРУДОВИХ ВІДНОСИН



Н. ГЕТЬМАНЦЕВА
*кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри цивільного права
(Чернівецький національний університет
імені Юрія Федьковича)*

На сьогодні стан теоретичної розробленості проблеми методу в трудовому праві неможливо назвати комплексним. У багатьох працях читачеві запропонований набір різноманітних категорій: метод, спосіб правового регулювання, способи правового впливу, прийоми, засоби, правовий режим тощо. У деяких працях спостерігаються певні термінологічні розбіжності в роздумах дослідників щодо цих правових категорій, або ж навпаки — їх ототожнення. Такі правові категорії, як метод, способи правового регулювання практично зупинились у своєму поступовому розвитку. І хоч вони викликають, поза сумнівом, значний теоретичний інтерес, мусимо визнати, що їх розроблення, вивчення традиційними способами вже не дає суттєвого приросту якісно нових наукових знань. Усе викладене вище і визначило актуальність теми дослідження, мета якого полягає не стільки в тім, щоб кардинально змінити існуючі уявлення про метод (його змістову характеристику), скільки в тім, щоб показати певні резерви по-

повнення теоретико-юридичних знань, використовуючи певні досягнення методології, теоретичні напрацювання вчених-правознавців з цієї проблеми.

Як справедливо зазначає В. Лебедєв, парадигми радянського і пострадянського трудового права суттєво відрізняються, навіть незважаючи на те, що багато в чому їх понятійний апарат збігається. Використання «старого одягу», — продовжує автор, у правовій науці є повною мірою зрозумілим і виправданим, оскільки зміна однієї правової конструкції іншою завжди здійснюється у визначеному періоді, коли державою здійснюється заміна, а в ряді випадків шляхом удосконалення одних норм іншими, які більш відповідають вимогам суспільства [1, 11].

Право завжди історично зумовлене, будь-які національно-правові системи є наслідком попереднього соціально-історичного розвитку такого середовища, в якому вони виникли і функціонують. У суспільстві відбувається безперервний розвиток соціальних відносин «історично зумовлених ідей-

них традицій» [2, 299]. Будь-яке революційне, нове право, щоб бути соціально-ефективним, має органічно поєднуватися зі старим правом, виводитися з нього, щоб не поламати історичну традицію і не суперечити історично сформованим правовим уявленням, історичній правосвідомості народу [3, 270]. Так чи інакше, фактично всі відносно самостійні етапи в історичному розвитку суспільства чи окремої країни пов'язані з появою нових концепцій і напрямів у правовій ідеології. Відповідно, усі концепції по своєму тлумачили поняття права, його витоки, форму. Це дає підстави стверджувати, що у процесі дослідження таких теоретичних понять, як метод (способи) правового регулювання неминуче присутня соціально-історична компонента, яка накладає істотний відбиток на поняття, сутнісну характеристику цих категорій.

Справді, правова система у процесі функціонування активно впливає на свої компоненти, видозмінюючи їх. У результаті життєдіяльності права вихідні елементи правового регулювання можуть зазнавати помітних змін — набувати або втрачати деякі ознаки, якими були раніше наділені. Нестабільність внутрішньосистемних зв'язків призводить до процесу постійної зміни одних і виникнення інших правових форм, категорій, що відображають процес життєдіяльності права. Це насамперед стосується такої категорії права, як метод правового регулювання. Ми ж будемо розглядати цю правову категорію переважно з позицій трудового права. У трудовому праві проблема комплексного дослідження методу правового регулювання отримала власне озвучення завдяки праці визначного корифея науки трудового права О. Процевського («Метод правового регулювання

трудовых отношений», 1972). У сучасний період комплексних напрацювань, присвячених методу правового регулювання трудових відносин (методу трудового права як галузі), не здійснювалося. Та водночас окремі аспекти з цієї проблематики висвічувались у монографічних дослідженнях (окремих параграфах), підручниках, навчальних посібниках, наукових статтях, конференціях як українськими, так і російськими вченими-трудо-виками: Д. Акоповим, І. Андріановською, В. Бураком, В. Венедиктовим, С. Головіною, Г. Гончаровою, К. Гусовим, В. Жернаковим, Р. Кондратьєвим, В. Лебєдєвим, Р. Лівшицем, А. Лушніковим, М. Лушніковою, С. Мавриним, Ю. Орловським, П. Пилипенком, С. Прилипком, В. Толкуновою, Г. Чанишевою, О. Ярошенком та іншими вченими.

Проведені в межах трудового права й окремих галузей права дослідження методу правового регулювання дозволили сформулювати уніфіковане поняття цієї юридичної категорії. За загальним правилом, методом правового регулювання називається сукупність прийомів і способів, за допомогою яких здійснюється вплив на учасників правових відносин. В інтерпретації різних спеціалістів поняття методу може містити інші формулювання, зберігаючи при цьому первинну сутність. Це визначення сформувалося під впливом радянської правової доктрини, погляди якої на метод правового регулювання в основному сформулювались у 30–50-ті роки ХХ ст. Суть цих поглядів зводиться до того, що кожна галузь права, яка претендує на самостійність, повинна мати власний предмет і особливий метод регулювання. При цьому предмет є головним матеріальним критерієм розмежування норм об'єктивного права за галузями,

оскільки саме предмет має об'єктивний зміст, що зумовлений самим характером суспільних відносин. Метод, відповідно ж до тієї правової доктрини, слугує додатковим юридичним критерієм диференціації галузей [7, 42]*. Тому майже в кожному підручнику з трудового права знаходимо відповідний вислів: якщо предмет правового регулювання відповідає на запитання: «Що регулює право?», то метод — на запитання: «Як регулює?». При цьому всі основні зусилля наукової думки були «затрачені» на виявлення специфіки суспільних відносин, що регулювалися відповідною галуззю права. Метод піддавався дослідженню в основному крізь призму предмета. Такий підхід до дослідження методу має сенс, оскільки, спираючись на закони логіки, жодна правова категорія, як і саме право в цілому, не може бути піддана аналізу. Разом із тим метод не може розглядатись лише як відображення тих суспільних відносин, котрі за його допомогою регулюються. Метод, як і будь-яка інша правова категорія, має власне свій зміст [8, 16; 16]**, котрий необхідно враховувати при виборі найбільш ефективних засобів нормативного впливу на суспільні відносини, адже саме метод (його змістова частина: засоби, способи, прийоми) відіграє активну роль у підвищенні ефективності правового регулювання трудових відносин. Постає запитання: що розуміти під поняттям засіб, спосіб, прийом і чим вони різняться між собою? Так, категорія «засіб» є центральною ланкою у структурі свідомої, цілеспрямованої людської практики. Ця категорія несе в собі неоднорідне смислове наванта-

ження і є багатоаспектною. По-перше, під засобами розуміється деяка «технологія», процес, сукупність прийомів і способів, за допомогою яких досягається бажаний результат діяльності. По-друге, засіб — це визначена «техніка», тобто предмети, інструменти, що використовуються для здійснення діяльності. По-третє, це все те, що пов'язане з метою. Залежно від суті явища, яке виступає засобами, їх поділяють на засоби-умови, засоби-способи, засоби-предмети [4, 192]. Засоби-умови — це реальні життєві обставини, існування котрих сприяє досягненню конкретного результату (наприклад розвиток ринкових відносин, колективні переговори, з метою укладення колективного договору, направлення на роботу молодого спеціаліста тощо). Поняття «засоби-способи» досить умовне і покликане характеризувати ту групу засобів, котрі виражаються в певних специфічних формах людської діяльності. Засоби показують, як, у якому порядку використовуються умови та інструменти для досягнення практичних результатів. Як приклад засобу-способу можна назвати звільнення працівника з ініціативи роботодавця, проведення страйку — як крайнього засобу вирішення колективних-трудова спорів (конфліктів). Численні засоби-предмети становлять інструментальну основу практики. Це різноманітні реальні речі — знаряддя праці, машини, устаткування, механізми тощо. Ці засоби, способи, прийоми утворюють юридичний інструментарій самого права, а також діяльності щодо його реалізації. Отже, відповідь на запитання: «Які фактори є визначальними у виборі способу, засобу чи

* Зауважимо, що не всі вчені-трудовики підтримують думку про те, що метод слугує додатковим юридичним критерієм диференціації галузей.

** Як підкреслюють автори підручника «Загальна теорія держави і права» за ред. М. Цвіка, О. Петришина, метод є певним «комплексом» юридичного інструментарію, за допомогою якого держава здатна у бажаний спосіб впливати в певному напрямі на розвиток суспільних відносин. Цю характеристику методу підмітили і вчені-трудовики С. Прилипко, О. Ярошенко.

прийому?» буде однозначною: все залежить від того, яку мету переслідує законодавець, піддаючи регулюванню той чи інший вид відносин. Від цієї обставини залежить той факт, який характер норми буде закладено: дозволу чи заборони. Адже конкретний вибір відповідного способу, засобу чи прийому чітко проявляється на стадії визначення мети (завдань). Специфіка мети потребує особливої сукупності засобів, способів, прийомів їх застосування, тобто правового регулювання соціально-трудових відносин. Так, регулюючи працю державного службовця, законодавець заклав здебільшого норму імперативного характеру. Тому в правовому регулюванні трудових відносин державного службовця переважає державне (централізоване) регулювання, оскільки метою здійснення державної служби є виконання функцій держави. Умови праці фізичної особи — роботодавця з працівниками визначаються, як правило, на індивідуально-договірному рівні. Разом із тим зазначимо, що тільки здатність до правового регулювання наділяє сукупність правових способів, засобів, прийомів цілісністю, а не просто механічною сумою певних елементів. Правове регулювання соціально-трудових відносин не може забезпечити жоден із елементів методу самостійно, воно здійснюється одночасно всіма його компонентами в їх органічному взаємозв'язку і завдяки цим зв'язкам. Тому, визначаючи метод правового регулювання, необхідно, на нашу думку, визначати його не як сукупність, а як систему.

Отже, поняття «метод правового регулювання» уособлює в собі об'ємнішу за змістом категорію, ніж юридичні засоби, способи, прийоми. Якщо засіб, спосіб, прийом характеризує деякі окремі регулятивні елементи юридичної сфери, то метод правового ре-

гулювання характеризує особливості використання всього масиву юридичних способів, засобів, прийомів у межах окремої правової галузі. Норма права, юридичний факт, договір, санкція, принципи, функції — важливі юридичні засоби, способи, прийоми, які є різні за своєю структурою, завданням, але подібні за своєю природою і функціональним призначенням. У визначенні способів, засобів, прийомів як складових методу правового регулювання важливе місце відводиться меті, оскільки саме засоби, способи, прийоми визначаються через мету. Без засобів, зазначав Д. Керімов, мета нереальна, нездійсненна, як і за відсутності мети існуючі засоби (додамо від себе — способи, прийоми) не можуть досягнути відповідного результату [5, 279]. Сама постановка мети вже містить певні передбачення способів її досягнення. Тому хочеться зауважити тим авторам, котрі допускають незалежне існування юридичного інструментарію (засобів, способів, прийомів) поза будь-яким зв'язком з метою. Так і мета законодавства визначає ті правові засоби, способи, прийоми, за допомогою яких ця мета досягається. Наприклад, залежно від характеру мети законодавця, на нашу думку, належить розрізняти державний (централізований), колективно-договірний та індивідуально-договірний способи регулювання трудових відносин. Саме в такий спосіб реалізована мета набуває об'єктивності, визначеності і конкретності.

Для об'єктивно визначеного кола суспільних відносин держава визначає метод правового регулювання, підкреслює О. Процевський, шляхом котрого вона бажає досягнути поставленої мети. Керуючись цією метою, визначається зміст і характер норми права, що регулює цей вид суспільних відно-

син [6, 108]. Дозволимо собі трішки підкоректувати думку великого вченого в тому плані, що держава визначає не метод, а спосіб правового регулювання.

Адже сам учений підкреслює (постановка проблеми), що правильно визначений спосіб впливу права на свідомість і волю людей забезпечує ефективність правового регулювання трудових відносин і сприяє швидкому розвитку суспільного виробництва [6, 3]; метод регулювання трудових відносин, наголошує автор, складається з елементів як способу, при якому сторонам надана визначена ініціатива, так і способу, при якому держава прямо і безпосередньо нормує поведінку учасників відносин.

Як зазначає П. Пилипенко, всі прийоми, які формують метод трудового права, виявляються через відповідні комбінації способів, за допомогою яких відбувається правове регулювання [7, 45]. Цим ми хочемо акцентувати увагу на тому, що, спираючись на закони логіки, жодна правова категорія не може бути піддана аналізу сама із себе (як було вже сказано вище). Тому, визначаючи метод як сукупність засобів, способів, прийомів... не зовсім вдала, на нашу думку, словесна інтерпретація деяких авторів про те, що у трудовому праві існують не способи (рівні) правового регулювання трудових відносин, а методи. Виходить, що сам метод правового регулювання містить ще відповідні методи*. Зауважимо, що такі вчені-трудовики, як С. Прилипко та О. Ярошенко, наголошують, що метод трудового права — це специфічний комплекс таких *способів* (а не методів, — курсив мій. — Н. Г.) правового регулювання праці: поєднання цент-

ралізованого та локального регулювання суспільних відносин у сфері праці... [8, 16–17]. Так, наприклад, Закон України «Про оплату праці» від 24 березня 1995 р. передбачає державне регулювання праці та договірне (розділ II, III).

У сучасній науці трудового права при визначенні методу, як правило, виділяють специфічні його особливості (риси) [8, 16–21]**: локальне правове регулювання трудових відносин; наявність специфічних способів захисту порушених трудових прав учасників правовідносин [7, 47–48]; співвідношення централізованого та локального регулювання суспільних відносин, що є предметом цієї галузі права; співвідношення договірного, рекомендаційного та імперативного способів правового регулювання; участь трудових колективів і їх представників у регулюванні соціально-трудова відносин; специфічність способів захисту і самозахисту трудових прав і забезпечення обов'язків; рівність сторін трудового договору з підпорядкуванням їх у процесі роботи внутрішньому трудовому розпорядку організації; залежність винагороди від колективних та індивідуальних результатів праці [8, 19–20; 9, 13–16; 10, 27; 11, 48]. Дещо специфічно визначають метод трудового права А. Лушнікова, М. Лушніков, називаючи його методом соціального партнерства, і додають до деяких перерахованих вище ознак методу двоєдину роль держави у правовому регулюванні трудових відносин не тільки в якості законодавця, а й учасників соціального партнерства у сфері праці; юридичні факти, з якими норми трудового права пов'язують виникнення, зміну або припинен-

* Інша справа, якщо ми будемо досліджувати не метод галузі права (метод правового регулювання), а методологію науки трудового права як вчення про методи пізнання об'єкта науки.

** Деякі автори виділяють специфічний комплекс способів правового регулювання праці.

ня правовідносин [12, 491–497]. На думку Г. Гончарової, В. Жернакова, С. Прилипко, особливості методу трудового права проявляються й у нормотворенні, де єдність і диференціація правового регулювання існують у нерозривному зв'язку [13, 11].

Безсумнівно, що всі перелічені особливості так чи інакше характеризують правове регулювання соціально-трудових відносин. При бажанні їх перелік можна збільшити. Водночас хотілося б зупинитися на деяких моментах. Звертаючись до аналізу комплексного характеру методу трудового права, на що вказує більшість учених, ми погоджуємося з думкою Р. Лівшиця про те, що ця риса не є відмінною властивістю трудового права, оскільки комплексний характер має метод більшості галузей [14, 27]. У цьому випадку, на нашу думку, правильніше вести мову про специфіку самого трудового права як галузі права, яке поєднує в собі елементи приватних і публічних інтересів у своїй сфері, що досягається відповідною комбінацією способів правового регулювання. Певні зміни підходів до дослідження предмета трудового права є наслідком, передусім, поступової зміни співвідношення між державним (централізованим), колективно-договірним та індивідуально-договірним регулюванням. Так, в умовах ринкової економіки трудове право регулює переважно відносини приватних осіб — працівника і роботодавця, одночасно збільшується роль трудових договорів, набувають розмаху укладення контрактів і зростає роль колективних договорів, у зв'язку з чим набуває більшого впливу колективно-договірне та індивідуально-договірне регулювання й одночасно зменшується вплив державного регулювання. Оці-

нювати ті чи інші зміни правового регулювання можна двояко: наскільки ефективно правове регулювання відповідало поставленій меті з погляду економічного та політичного характеру в конкретний історичний період, і наскільки правове регулювання в сукупності з економічними і політичними реаліями відповідає сьогоднішнім економічним і політичним поглядам.

Хотілося б зупинитися на такій ознаці (особливості) методу, яка виділяється, як правило, вченими-трудовамиками як рівність сторін трудового договору з підпорядкуванням їх у процесі праці внутрішньому трудовому розпорядку підприємства. На нашу думку, виокремлювати таку ознаку методу правового регулювання цих відносин не доцільно. Як зазначає М. Костицький, рівність у праві є певною абстракцією, свідомим абстрагуванням відмінностей, притаманним людям, і наголошує на думці В. Нерсисянца про те, що рівність або є, або її немає, а «формальна» чи «фактична» рівність — це аналогічні поняття, застосування яких свідчить про відсутність рівності взагалі [15, 25]. З позицій трудового права, додамо від себе, необхідно розмежовувати рівність сторін і згоду, погодження, що має, наприклад, місце при переведенні на іншу роботу, встановлення умов праці у процесі трудової діяльності, обговорення умов при укладенні трудового договору (контракту) між сторонами трудового договору тощо. Адже договірний характер відносин між роботодавцем і працівником не означає рівності між ними. Наймана, несамотійна праця — це завжди, як зазначається вченими-трудовамиками, підпорядкована праця. Тому про рівність у трудових відносинах, на нашу думку, не може йти мова, тим більше як ознаку методу [11, 46; 17]*.

* На цю обставину вказували такі вчені-трудовики, як В. Жернаков, Н. Болотіна, Г. Чанишева.

Отже, констатуємо, що метод правового регулювання трудових відносин можна визначити як систему юридичного інструментарію (способів, засобів, прийомів), за допомогою яких здійснюється регулювання трудових і тісно пов'язаних з ними відносин, відповідно до мети і завдань трудового права.

Основними ознаками, які характеризують метод правового регулюван-

ня трудових відносин, є: поєднання (співвідношення) державного (централізованого), колективно-договірного та індивідуально-договірного регулювання суспільних відносин у сфері праці; єдність і диференціація правового регулювання праці; порядок установа-лення прав і обов'язків суб'єктів трудового права.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Лебедев В. М. Современное трудовое право (Опыт компаративизма) / В. М. Лебедев, Е. Р. Воронкова, В. Г. Мельникова / под. ред. проф. В. М. Лебедева. — М., 2007. — Кн. I. — 301 с.
2. Аннерс Э. История Европейского права. — М., 1994. — 299 с.
3. Козловский А. А. Право як пізнання. — Чернівці, 1999. — 295 с.
4. Диалектика общественного развития / под. ред. В. Ж. Келле, Д. А. Гушина Л., 1988. — 260 с.
5. Керимов Д. А. Методология права. — М., 2008. — 521 с.
6. Процевский А. И. Метод правового регулирования трудовых отношений. — М., 1972. — 288 с.
7. Пилипенко П. Д. Проблемы теории трудового права. — Л., 1999. — 214 с.
8. Прилипко С. М. Трудове право України : підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / С. М. Прилипко, О. М. Ярошенко. — Х., 2010. — 752 с.
9. Сыроватская Л. А. Трудовое право : учеб. — М., 1999. — 312 с.
10. Трудовое право : учеб. / под. ред. О.В. Смирнова. — М., 1999. — 512 с.
11. Трудове право України : підруч. / за ред. Н. Б. Болотіної, Г. І. Чанишевої. — К., 2000. — 564 с.
12. Лушников А. М., Лушникова М. В. Курс трудового права : учеб. : в 2 т. — Т. 1. Сущность трудового права и история его развития. Трудовое право в системе прав человека. Общая часть. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2009. — 879 с.
13. Трудове право у запитаннях і відповідях : навч.-довід. посіб. / за ред. В. В. Жернакова. — Х., 2007. — 664 с.
14. Трудовое право России : учеб. / под. ред. Р. З. Лившица и Ю. П. Орловского. — М., 1999. — 480 с.
15. Костицький М. В. Філософські та психологічні проблеми юриспруденції : вибр. наук пр. ; передм. акад. І. А. Тимченко / відпов. ред. канд. юрид. наук Н. В. Кушакова-Костицька. — Чернівці, 2009. — Кн. I. — 580 с.
16. Загальна теорія держави і права : підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. — Х., 2009 — С. 215, 247.
17. Жернаков В. В. Свобода праці як принцип сучасного трудового права України // Право України. — 1999. — № 3 — С. 34.

Гетьманцева Н. Д. До питання про метод правового регулювання трудових відносин

Анотація. У статті розкривається визначення методу правового регулювання трудових відносин крізь призму його змістової частини. Особлива увага акцентується на виявленні ознак методу правового регулювання трудових відносин. Стаття має постановочний характер, у зв'язку з чим порушені автором питання будуть детально проаналізовані в окремих публікаціях.

Ключові слова: метод, правове регулювання, трудові відносини, державний і договірний способи правового регулювання.

Гетьманцева Н. Д. К вопросу о методе правового регулирования трудовых отношений

Аннотация. В статье раскрывается определение метода правового регулирования трудовых отношений через призму его содержательной части. Особое внимание акцентируется на выявлении свойств метода правового регулирования трудовых отношений. Статья носит постановочный характер, в связи с чем затронутые автором вопросы будут детально проанализированы в отдельных публикациях.

Ключевые слова: метод, правовое регулирование, трудовые отношения, государственный и договорной способы правового регулирования

Hetmantseva N. On the method of legal regulation of labor relations

Annotation. The article exposes the determination method of legal regulation of labor relations through the prism of its content. Special attention focuses on identifying characteristics of the method of legal regulation of labor relations. The article has statutes whose character; therefore the question raised by the author will be analyzed in detail in separate publications.

Key words: method, legal regulation, labor relations, state and agreed methods of legal regulation.

**ПРИМУСОВЕ ВІДЧУЖЕННЯ ЗЕМЕЛЬНИХ
ДІЛЯНОК ТА ОБ'ЄКТІВ НЕРУХОМОГО МАЙНА,
ЩО НА НИХ РОЗМІЩЕНІ, З МОТИВІВ
СУСПІЛЬНОЇ НЕОБХІДНОСТІ:
ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ**



Н. ІЛЬКІВ
*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри господарсько-правових
дисциплін
(Львівський державний університет
внутрішніх справ)*



О. ІЛЬНИЦЬКИЙ
*кандидат юридичних наук,
асистент кафедри адміністративного
і фінансового права
(Львівський національний університет
імені Івана Франка)*

Принцип непорушності права власності, закріплений у ст. 41 Конституції України, ЦК та ЗК України, не має абсолютного характеру. І це є цілком обґрунтованим та логічним як з точки зору розвитку інституту власності у нашій державі, так і загальносвітових тенденцій. Універсальною умовою для обмеження права власності особи є домінування над її особистісним інтересом, на задоволення якого спрямоване володіння, користування та розпорядження власним

майном, інтересу певної референтної соціальної спільноти, що в «державницькому» суспільстві проявляється в інтересі держави чи квазідержавного публічного утворення.

Активні процеси розвитку відносин приватної власності в Україні протягом останніх років неминуче та закономірно актуалізували питання необхідності врахування публічного суспільного інтересу у реалізації власником своїх повноважень. Базові положення вирішення цієї проблеми

© Н. Ільків, О. Ільницький, 2011

були закладені у нормах ст. 41 Конституції України, у якій передбачено, що примусове відчуження об'єктів права приватної власності може бути застосоване лише як виняток з мотивів суспільної необхідності, на підставі і в порядку, встановлених законом, та за умови попереднього і повного відшкодування їх вартості. Частково це конституційне положення отримало розвиток у ЦК та ЗК України. Але норми зазначених нормативних актів не лише були позбавлені визначеності як щодо конкретних підстав примусового відчуження об'єктів власності та процедурно-процесуального порядку їхнього застосування, а й у системному тлумаченні були взаємовиключними та навіть неконституційними [1].

Основним нормативно-правовим актом, який регулює суспільні відносини, що виникають у процесі відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у власності фізичних або юридичних осіб, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності, став Закон України «Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності» від 17 листопада 2009 р. (далі — Закон). Його прийняття засвідчує державницьке розуміння необхідності закріплення на законодавчому рівні гарантій непорушності права власності на земельну ділянку та об'єкти, що на ній розміщені. У цьому Законі визначені матеріальні та формальні підстави проведення відчуження об'єктів власності для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності, визначено процедурно-процесуальний порядок здійснення цих юридичних

дій та, водночас, передбачено внесення змін до основних нормативно-правових актів, які склали базу зазначеного правового інституту, значною мірою уніфікувавши його.

Примусове відчуження об'єктів нерухомості є комплексним правовим інститутом, що потребує при його дослідженні аналізу науково-практичних підходів представників науки конституційного, цивільного, земельного права та теорії адміністративної юстиції щодо розуміння основних категорій. Саме тому для аналізу зазначеної теми широко застосовуються здобутки провідних науковців цих сфер правових знань, зокрема, В. Авер'янова, П. Кулинич, М. Смоковича, В. Стефанюка, Н. Титової, М. Шульги та ін. Але слід наголосити, що недостатніми є наукові розвідки щодо організаційно-правових механізмів примусового відчуження земельних ділянок та інших об'єктів, що на них розміщені.

Метою статті є аналіз фактичних, нормативних та процесуальних підстав примусового відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності з мотивів суспільної необхідності в умовах чинної нормативно-правової бази.

Закон закріпив юридично правильну та обґрунтовану концепцію, за змістом якої у разі неотримання згоди власника земельної ділянки, інших об'єктів нерухомого майна, що на ній розміщені, з викупом цих об'єктів для суспільних потреб, зазначені об'єкти можуть бути примусово відчужені у державну чи комунальну власність за рішенням суду (ст. 15).

Ця категорія справ стала не лише одним із первістків «агресивних» у відношенні до прав, свобод та інтересів осіб форм діяльності судової вла-

ди, а й випробуванням для функціонування адміністративного судочинства, у провадженнях якого вона таки реалізовуватиметься.

Розгляд цих категорій справ у судовому порядку визначається конституційним принципом непорушності права власності та виключності підстав його примусового відчуження. Правила адміністративного судочинства, на противагу цивільному чи господарському, найбільш повно відповідають інтересам забезпечення прав та свобод людини при вирішенні питання правомірності вилучення земельної ділянки всупереч її волі з ініціативи суб'єкта владних повноважень. Це зумовило включення до КАС України ст. 183¹, яка визначає окремі формально-процесуальні аспекти провадження у справах за адміністративними позовами про примусове відчуження земельної ділянки, інших об'єктів нерухомого майна, що на ній розміщені, з мотивів суспільної необхідності.

Однак процесуальна норма не дає відповіді на ключові питання предмета та підстав такого позову. Відповідь на них можна отримати лише шляхом комплексного дослідження Закону та КАС України в цілому.

Основні елементи правовідносин, які підлягають дослідженню адміністративними судами при розгляді пред'явлених позовів, ґрунтуються на необхідності перевірки правового статусу суб'єкта владних повноважень, який звернувся із позовом, правового статусу земельної ділянки та іншого об'єкта нерухомості, що на ній розміщений, дотримання формальної процедури відчуження, визначеної законом у діях суб'єкта владних повноважень.

За змістом п. 1 ч. 1 ст. 107 КАС України першим і найважливішим питанням з точки зору відкриття судово-

го провадження є встановлення достатньої адміністративної процесуальної дієздатності особи на звернення із вимогами про примусове відчуження земельної ділянки, інших об'єктів нерухомого майна, що на ній розміщені, з мотивів суспільної необхідності. Оскільки при визначенні кола справ, які розглядаються за зверненням суб'єктів владних повноважень, необхідно враховувати конституційний принцип, що органи влади діють тільки на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені законом, відповідно, суб'єкти владних повноважень можуть звертатися до адміністративного суду тільки у випадках, передбачених законом. При цьому у законі повинно чітко визначатися право та первинні нормативні підстави конкретного органу на звернення до адміністративного суду, тобто повинен визначити достатню адміністративну процесуальну дієздатність.

Частина 1 ст. 183¹ КАС України визначає, що право звернутися з адміністративним позовом про примусове відчуження земельної ділянки, інших об'єктів нерухомого майна, що на ній розміщені, з мотивів суспільної необхідності мають органи виконавчої влади та органи місцевого самоврядування, які відповідно до закону можуть викуповувати ці об'єкти для суспільних потреб. Тотожне за суттю формулювання міститься у ч. 1 ст. 16 Закону, згідно з якою орган виконавчої влади чи орган місцевого самоврядування, що прийняв рішення про відчуження земельної ділянки, у разі недосягнення згоди з власником земельної ділянки, інших об'єктів нерухомого майна, що на ній розміщені, щодо їх викупу для суспільних потреб відповідно до розділу II цього Закону звертається до адміністративного суду

із позовом про примусове відчуження зазначених об'єктів.

Детальний аналіз цих приписів дає змогу дійти висновку, що право на звернення із подібними позовами до адміністративного суду мають лише ті суб'єкти владних повноважень, за якими закон визначив й повноваження на викуп таких об'єктів. Регулюванню цього питання присвячені статті 8 та 9 Закону. При цьому законодавець застосував диференційований підхід визначення права на викуп земельних ділянок та інших об'єктів нерухомого майна залежно від виду суб'єкта владних повноважень (природи його повноважень) — орган виконавчої влади чи місцевого самоврядування, конкретної суспільної потреби, її значення (загальнодержавне чи місцеве), адміністративно-територіальне розміщення відчужуваного об'єкта та його співвідношення із територією поширення компетенції відповідного суб'єкта владних повноважень.

Особливу увагу слід звернути і на той факт, що ч. 1 ст. 15 Закону визначає можливість звернення про примусове відчуження з мотивів суспільної необхідності лише для розміщення об'єктів національної безпеки і оборони; лінійних об'єктів та об'єктів транспортної та енергетичної інфраструктури (доріг, мостів, естакад, магістральних трубопроводів, ліній електропередачі, аеропортів, нафтових і газових терміналів, електростанцій) та об'єктів, необхідних для їх експлуатації; об'єктів, пов'язаних із видобуванням корисних копалин загальнодержавного значення; об'єктів природно-заповідного фонду; кладовищ.

Таким чином, вирішуючи питання щодо адміністративної процесуальної дієздатності, судам слід системно застосовувати положення статей 8, 9, ч. 1 ст. 15 Закону та ч. 1 ст. 183¹ КАС

України, а саме, наприклад, не можна вважати належним позивачем у справі Кабінет Міністрів України з вимогою про примусове відчуження земельної ділянки для влаштування кладовища на території територіальної громади, оскільки згідно зі ст. 9 Закону рішення про викуп земельних ділянок для таких суспільних потреб приймають виключно сільські, селищні, міські ради в межах територій здійснення їх повноважень. Як і не може місцева рада звернутися з вимогою про примусове відчуження земельної ділянки для розміщення об'єкта національної безпеки й оборони, навіть на території власної громади. Встановлення такої невідповідності суб'єкта із правом на звернення повинно бути однозначною підставою для повернення позовної заяви позивачу на підставі п. 3 ч. 3 ст. 108 КАС України або залишення позовної заяви без розгляду на підставі п. 1 ч. 1 ст. 155 КАС України, якщо вказані обставини будуть встановлені вже після відкриття провадження у справі.

За змістом ч. 2 ст. 183¹ КАС України зазначена категорія справ підсудна у першій інстанції апеляційним адміністративним судам за місцем розташування нерухомого майна, що підлягає примусовому відчуженню.

Згідно з ч. 1 ст. 23 КАС України усі адміністративні справи в суді першої інстанції, крім випадків, встановлених цим Кодексом, розглядаються і вирішуються суддею одноособово. Закріплений особливий нормативний порядок вирішення справ про примусове відчуження земельних ділянок та інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, з мотивів суспільної необхідності, не передбачає розгляд вказаної категорії справ у апеляційних адміністративних судах колегією суддів. Відсутність підстав для колегіаль-

ного розгляду впливає зі змісту загальної ст. 24 КАС України. Крім того, ч. 2 ст. 24 КАС України, яка визначає можливість колегіального розгляду адміністративної справи за клопотанням однієї зі сторін або з ініціативи судді в разі її особливої складності, містить застереження про її дію лише щодо розгляду та вирішення справ у окружному адміністративному суді. Однак вважаємо, що керуючись офіційними принципами адміністративного судочинства — верховенства права та законності (в тому числі такими його складовими як аналогія закону (ч. 7 ст. 9 КАС України)), вказані норми можуть бути застосовані і при розгляді адміністративних справ у першій інстанції апеляційними судами з аналізованої категорії спорів.

Нормативний дисонанс вносить нове положення ч. 5 ст. 24 КАС України, яким стаття була доповнена Законом від 7 липня 2010 р.: «Адміністративні справи, підсудні Київському апеляційному адміністративному суду як суду першої інстанції, розглядаються і вирішуються колегією у складі трьох суддів». А отже, справи щодо примусового відчуження земельних ділянок та інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які знаходяться на території підсудній Київському апеляційному адміністративному суду розглядаються виключно колегіально у складі трьох суддів, в той час як всі решта — можуть розглядатися колегіально за клопотанням сторін або з ініціативи суду.

Протягом двомісячного строку розгляду справи цієї категорії перед судом стоїть вирішення важливого завдання — перевірити достатність підстав та фактичну обґрунтованість для примусового відчуження об'єкта приватної власності особи. Звичайно, базове значення у цьому процесі має

аналіз ст. 15 Закону, яка прямо визначає підстави для примусового відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, з мотивів суспільної необхідності. Частина 1 цієї статті визначає, що у разі неотримання згоди власника земельної ділянки, інших об'єктів нерухомого майна, що на ній розміщені, з викупом цих об'єктів для суспільних потреб зазначені об'єкти можуть бути примусово відчужені у державну чи комунальну власність лише як виняток з мотивів суспільної необхідності і виключно під цільове розміщення.

Вказівка на «...неотримання згоди власника... з викупом цих об'єктів для суспільних потреб...» стверджує визначену доктринальну закономірність для такої категорії справ — суб'єкт владних повноважень має право звернутися до суду, але після встановленої законом процедури вирішення цього спору в досудовому порядку [2, 62]. Тобто звернення одразу до суду з вимогами про примусове відчуження об'єктів з мотивів суспільної необхідності, обминаючи попередню процедуру можливого погодження питання із власником, є незаконним, якими б нагальними обставинами воно не обґрунтовувалося, в такому позові належить відмовити. У цьому випадку суду не лише слід перевірити, а суб'єкту владних повноважень відповідно до правил доказування в адміністративному судочинстві — подати докази щодо звернення з пропозицією до власника про викуп об'єкта нерухомості для суспільних потреб, а й відстежити дотримання законності визначеної у нормативному порядку процедури (розділ II Закону). Порушення цього порядку повинно мати такі ж наслідки, що й повне його ігнорування. Правильність цього висновку підтверджує і ч. 1 ст. 16 Закону.

Другу частину аналізу становить з'ясування підстав для звернення із вимогою про примусове відчуження. Об'єкти нерухомості можуть бути примусово відчужені у державну чи комунальну власність лише як виняток з мотивів суспільної необхідності і виключно під розміщення чітко визначених у законі об'єктів і споруд. З огляду на принципове значення зазначених підстав як законних передумов порушення конституційного права власності особи, їхнє однозначне розуміння та встановлення існування є гарантією забезпечення інтересів власників у вказаній категорії спорів. Однак ґрунтовне вивчення змістової частини формулювань, які визначають підстави примусового відчуження, дає підстави стверджувати про необхідність вдосконалення законодавчих положень.

Перш за все, говорячи про конкретний перелік об'єктів, для розміщення яких допускається примусове відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що розміщені на них, однозначним повинно бути використання уніфікованої нормативної термінології. Однак чітко встановити значення кожної з використаних категорій є проблематичним завданням — з'ясування, що належить до «об'єктів національної безпеки і оборони», «об'єктів, пов'язаних із видобуванням корисних копалин», «об'єктів, необхідних для експлуатації лінійних об'єктів та об'єктів транспортної і енергетичної інфраструктури» практично неможливо з точки зору формулювання чинних правових норм.

У цих випадках обов'язковому дослідженню повинна бути піддана відповідна містобудівна та проектно-кошторисна документація. У зв'язку із спеціальною сферою знань, які тут слід застосовувати, не виключено у

цьому випадку є й можливість проведення відповідної судової експертизи на предмет дослідження дотримання нормативних вимог у поданих проектах та супутній документації, а також оформлення висновку про дійсну необхідність допоміжних об'єктів, під які проводиться примусове відчуження земельних ділянок та інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені. Однак з огляду на принципи оцінки доказів в українському судочинстві, все ж відповідальним за остаточне вирішення питання залишається суддя.

Звичайно, погодитися з таким порядком справ є неправильним. Справедливим у цьому випадку є зауваження І. Покровського про те, що закриття правових колізій та пробілів у праві — основне завдання законодавця. Завжди є пробіли, які не можна закрити ні судовим тлумаченням, ні доктриною, особливо що стосується вирішення питань, які впливають на процеси, які щоденно відбуваються в економіці держави. Тепер же, там, де сумлінніше повинен був думати законодавець, повинні думати окремі судді. Але жоден суддя не володіє тими засобами, які необхідні для вирішення питання, якими може користуватися законодавець [3, 37, 39].

Частково вирішити низку проблем, які виникають щодо нечіткості окремих положень визначення підстав примусового відчуження об'єктів, можна було б за рахунок додаткових ознак-підстав застосування інституту примусового відчуження. Означення «додаткові» жодним чином не вказує на факультативний чи необов'язковий характер цих ознак, оскільки зі змісту законодавчих положень лише доведення перед судом та встановлення їхньої сукупної наявності є достатньою передумовою для законної та

обґрунтованої постанови адміністративного суду про задоволення позову.

Перш за все привертає увагу ключовий критерій, який застосовується законодавцем і у конституційних нормах для визначення можливості примусового відчуження земельних ділянок та інших об'єктів нерухомого майна — «як виняток з мотивів суспільної необхідності». Тож для задоволення позову про примусове відчуження суд повинен встановити суспільну необхідність саме в пропонованому під вилучення об'єкті нерухомості.

Абзац 7 ч. 1 ст. 1 Закону надав таке визначення суспільної необхідності: «обумовлена загальнодержавними інтересами або інтересами територіальної громади виключна необхідність, для забезпечення якої допускається примусове відчуження земельної ділянки, інших об'єктів нерухомого майна, що на ній розміщені, у встановленому законом порядку».

Для визначення суспільної необхідності при застосуванні норм Закону слід з'ясувати два аспекти: по-перше, загальнодержавний інтерес або інтерес територіальної громади, для задоволення якого допускається примусове відчуження об'єктів, що й визначає цю необхідність, а по-друге, виключний (а радше — винятковий) характер такої необхідності.

Питання правового інтересу є надзвичайно складною юридичною конструкцією. Його офіційне тлумачення та ознаки подані у Рішенні Конституційного Суду України у справі «Про охоронюваний законом інтерес» від 1 грудня 2004 р. № 18-рп/2004. Спрощуючи складне юридичне формулювання, його визначено як певне незаборонене законом та несуперечливе загально-правовим засадам прагнення суб'єкта у сфері відносин з іншими правовими суб'єктами.

Однак у нашому випадку складнощі на цьому не закінчуються, оскільки встановити законність інтересу та його захисту щодо кожної конкретної фізичної особи чи навіть ординарної юридичної особи простіше, ніж визначити загальнодержавний інтерес чи інтерес територіальної громади, оскільки останні за своєю природою є правовою фікцією — формою політичної організації частин людського суспільства. Більше того, у розглядуваному аспекті ефемерний інтерес частини соціуму протиставляється чітко вираженому та конституційно закріпленому інтересу особистості — щодо вільного володіння, користування та розпорядження належним йому цінним майном.

Вказати на наявність загальнодержавного чи громадського інтересу та довести його перед судом — обов'язок суб'єкта владних повноважень, який звертається до суду згідно з правилами доказування в адміністративному судочинстві. Однак і суд не може у своїй оцінці покладатися виключно на запевнення позивача, незалежно від його державно-правового статусу, а повинен володіти достатньо переконливими аргументами на користь того, що подальше розміщення об'єктів, під які примусово відчужується земельна ділянка та інші об'єкти, становить інтерес саме для українського суспільства чи його окремої частини, а не для конкретного суб'єкта владних повноважень, який звернувся з позовом. Для правильного вирішення цих питань судами та іншими правозастосувачами слід дотримуватися правової позиції, викладеної у Рішенні Конституційного Суду України у справі «Про представництво прокуратурою України інтересів держави в арбітражному суді» від 8 квітня 1999 р. № 3-рп/99: «Інтереси держави можуть збігатися

повністю, частково або не збігатися зовсім з інтересами державних органів, державних підприємств та організацій чи з інтересами господарських товариств з часткою державної власності у статутному фонді. Проте держава може вбачати свої інтереси не тільки в їх діяльності, але й в діяльності приватних підприємств, товариств» (абзац 3 ч. 4 мотивувальної частини Рішення).

Такий підхід не є новелою української правової системи. Одна з найдосконаліших міжнародних систем захисту прав осіб, згідно з Конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р., інтерпретуючи можливість примусового обмеження права на безперешкодне користування власним майном, закріпленого ст. 1 Протоколу № 1 Конвенції, лише в інтересах суспільства, також не дає чіткого визначення цього поняття, однак вказала на певні застереження у його розумінні. У справі Джеймса та інших проти Об'єднаного Королівства, яку розглядав Європейський суд з прав людини, заявники стверджували, що критерій «інтереси суспільства» при розгляді норми, яка стосується позбавлення права власності, дотримується лише у тому випадку, якщо власність вилучається для суспільного використання у спільних інтересах всього суспільства, і що, як наслідок, перехід власності від однієї особи до іншої лише в інтересах останнього при жодних умовах не може вважатися таким, що здійснений в «інтересах суспільства». Суд вирішив, що порушення ст. 1 Протоколу № 1 було відсутнім, ґрунтуючись на тому, що хоча позбавлення власності, яке здійснюється лише з метою передачі тієї чи іншої приватної вигоди іншій приватній особі, не може вважатися здійсненим «в інтересах суспільства»,

примусова передача майна від однієї приватної особи іншій може, залежно від обставин, становити законну мету сприяння таким суспільним інтересам. Надалі Суд висловив думку про те, що заволодіння власністю для реалізації законної соціально-економічної або іншої політики може здійснюватися «в інтересах суспільства», навіть якщо суспільство в цілому прямо не використовує цю власність або ж не користується її благами [4, 414].

Водночас саме визначення примусового відчуження, відповідно до абз. 6 ч. 1 ст. 1 Закону, вказує на одне суттєве застереження — воно обов'язково трактується як перехід права власності на майно, яке перебуває у власності фізичних або юридичних осіб, до держави чи територіальної громади, а тому первинно, за рішенням суду, таке майно не може бути відчужене одразу у приватну власність інших фізичних чи юридичних осіб. Хоча таке застереження щодо подальшої долі майна відсутнє.

Таким чином, наведені вище аргументи вказують, що вирішуючи питання про наявний загальнодержавний інтерес чи інтерес громади у питанні примусового відчуження земельної ділянки та інших об'єктів нерухомого майна, що на ній розміщені, підміняти його суб'єктивним підходом є очевидно неправильно і це може призвести до очевидної помилки та, як наслідок, — безпідставного позбавлення судом особи права власності.

При з'ясуванні цих питань суд повинен виходити з дії принципу офіційного з'ясування всіх обставин справи в адміністративному процесі (ч. 4 ст. 11 КАС України), в тому числі щодо виявлення та витребування доказів з власної ініціативи. Однак вважаємо, що у цьому випадку суд по-

винен чітко розуміти різницю між наслідками дії принципу офіційності та підміною собою однієї зі сторін. А тому суд може визначитися із необхідною доказовою базою для доведення наявності чи відсутності загальнодержавного інтересу чи інтересу територіальної громади, про який заявив та який обґрунтовує позивач, однак у жодному випадку він не може самостійно визначати та вказувати на наявність такого інтересу поза формулюванням позову суб'єктом владних повноважень і самостійно здійснювати дії щодо його доказування.

З'ясувавши передумови для встановлення публічного інтересу у примусовому відчуженні, констатація суспільної необхідності вимагає встановлення виключного характеру такої необхідності. Розуміння такої «виключності» необхідності дає системне тлумачення положень Закону:

- такі потреби не можуть бути забезпечені шляхом використання земель державної чи комунальної власності (ч. 1 ст. 2 Закону);
- якщо об'єкти, визначені у ст. 15 Закону, можна розмістити виключно на земельних ділянках, що відчужуються, або якщо розміщення таких об'єктів на інших земельних ділянках безпосередньо завдасть значних матеріальних збитків або спричинить негативні екологічні наслідки відповідній територіальній громаді, суспільству або державі в цілому (ч. 4 ст. 4 Закону), а будівництво цих об'єктів передбачається здійснити із застосуванням оптимального варіанта з урахуванням економічних, технологічних, соціальних, екологічних та інших чинників (ч. 2 ст. 15 Закону);
- будівництво, капітальний ремонт, реконструкція об'єктів, під розміщення яких відчужується відпо-

відне майно, є неможливим без припинення права власності на таке майно попереднього власника (ч. 2 ст. 16 Закону).

Забезпечити дотримання критерію виключного характеру суспільної необхідності та його доведенню сприятиме нормативно визначене дослідження генеральних планів населених пунктів та іншої містобудівної документації, матеріалів погодження місця розташування таких об'єктів та документації із землеустрою, затверджених в установленому законодавством порядку (ч. 2 ст. 7 Закону).

Такий комплексний критерій знову ж таки становить значне поле для дослідження з боку повноважних органів, оскільки для позитивного вирішення справи про примусове відчуження земельної ділянки та іншого нерухомого майна, що на ній розміщене, суд, на підставі ретельного дослідження переліченої документації, повинен дійти до твердого переконання, що констатований публічний інтерес не може бути задоволений у інший спосіб, крім як вилучення пропонуваної земельної ділянки у її власника. Наприклад, перелік речових прав на нерухомість сьогодні не обмежується правом власності, відомо безліч інших інститутів, що, не позбавляючи власника його майна, водночас у формі певних правових обмежень режиму використання землі дозволяють користуватися цією земельною ділянкою для суспільних потреб (на правах оренди, встановлення сервітутних обмежень на земельну ділянку тощо).

Конституцією України одним із принципів примусового відчуження власності з мотивів суспільної необхідності визначено попереднє та повне відшкодування завданих власнику збитків. Цей же принцип перенесено і

до абзац 2 ч. 3 ст. 4 Закону, а відповідно, за його дотриманням теж повинен стежити суд при вирішенні заявленого позову. Крім того, ч. 5 ст. 183¹ КАС України додатковим реквізитом постанови визначила умови попереднього повного відшкодування вартості земельної ділянки, інших об'єктів нерухомого майна, що на ній розміщені, збитків, завданих власнику внаслідок примусового відчуження, та їх розмір, визначений відповідно до закону.

Таким чином, поява Закону, який регламентує порядок примусового відчуження земельних ділянок та інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, є безперечним позитивом та кроком назустріч цивілізовані відносинам між власником та суспільством і державою на шляху узгодження відносно абсолютної свободи власності. Слушним є й обрана законодавцем адміністративна судовою форма вирішення такого спору. Подані ж вище критичні зауваження до

змісту багатьох основоположних норм Закону вказують, наскільки далекий від стандартів верховенства права український законодавець. Звичайно, що дати абсолютно вичерпні дефініції окремих понять та положень неможливо і недоцільно з огляду на постійний розвиток суспільних відносин (наприклад суспільні потреби, суспільна необхідність). Від такої термінології не відмовляються і розвинені правові системи. Водночас поєднання кількох оціночних нечітких понять можливості обмеження конституційних прав особи у своїй сукупності створюють небезпечну суміш підстав для тотального і необґрунтованого з точки зору природного права ігнорування суб'єктивних прав особи. У таких ситуаціях, у черговий раз в Україні, на перешкоді цьому повинен стати суд із його фаховою правозастосовною позицією, яка, будучи вираженою у прецедентах, стане своєрідною додатковою інструкцією щодо застосування закону.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Жибер А. Примусове вилучення земель приватної власності з мотивів суспільної необхідності // Правовий тижень. — 2008. — № 1–2 (74–75).
2. Смокович М. Суб'єкт владних повноважень як позивач в адміністративному судочинстві // Вісник Вишого адміністративного суду України. — 2010. — № 2. — С. 52–64.
3. Добрачев Д. В. Проблемы судебной практики в сфере оборота земли. — М., 2005. — 144 с.
4. Гомьен Д., Харрис Д., Зваак Л. Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия : право и практика. — М., 1998. — 600 с.

Ільків Н. В., Ільницький О. В. Примусове відчуження земельних ділянок та об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, з мотивів суспільної необхідності: правові проблеми

Анотація. Статтю присвячено колізіям та прогалинам правової системи України щодо застосування порядку примусового відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, з мотивів суспільної необхідності, а також можливим шляхам їхнього подолання у судовій практиці.

Ключові слова: примусове відчуження, земельна ділянка, суспільна необхідність, адміністративний суд.

Ильков Н. В., Ильницкий О. В. Принудительное отчуждение земельных участков и объектов недвижимого имущества, которые на них размещены, из мотивов общественной необходимости: правовые проблемы

Аннотация. Статья посвящена коллизиям и проблемам правовой системы Украины относительно применения порядка принудительного отчуждения земельных участков, других объектов недвижимого имущества, которые на них размещены, из мотивов общественной необходимости, а также возможным путем их преодоления в судебной практике.

Ключевые слова: принудительное отчуждение, земельный участок, общественная необходимость, административный суд.

Ilkiv N., Ilnytskyi O. The forced alienation of lot lands and objects of the real estate, that on them placed, from reasons of public necessity: legal problems

Annotation. The article is sanctified to the collisions and blanks of the legal system of Ukraine in relation to application of order of the forced alienation of lot lands, other objects of the real estate, that on them placed, from reasons of public necessity, and also to the possible ways of their overcoming in judicial practice.

Key words: forced alienation, lot land, public necessity, administrative court.

Пропонується підручник:

Семчик В. І.

Земельне право України : підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / В. І. Семчик, П. Ф. Кулинич, М. В. Шульга. — К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2008. — 600 с.

Підручник підготовлено відповідно до програми курсу земельного права вищих юридичних закладів. Висвітлюються теоретичні питання земельного права, земельне право як галузь у системі сучасного права України і навчальна дисципліна. Розглядаються предмет, принципи, витоки і система земельного права, дається характеристика земельно-правової норми і земельного правовідношення та його елементів, права власності на землю і права землекористування, набуття та припинення прав на землю, приватизації земель, правового режиму земель сільськогосподарського призначення, житлової і громадської забудови, промисловості, транспорту, зв'язку, лісгосподарського призначення і водного фондів, а також правових питань укріплення в галузі використання та охорони земель, земельного кадастру і землеустрою, гарантій прав на землю, правової охорони земель, захисту прав на землю та юридичної відповідальності за порушення земельного законодавства.

Видання розраховане на студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів, може стати у нагоді студентам та викладачам економічних, сільськогосподарських, кооперативних ВНЗ та факультетів.

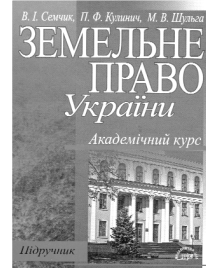
Замовляйте видання за телефонами:

0(44) 537-51-11

або електронною поштою:

sales@inyure.kiev.ua

<http://shop.inyure.kiev.ua>



ЗЕМЕЛЬНО-ПРАВОВА ОСНОВА КОНСТИТУЦІЙНОГО ЛАДУ УКРАЇНИ



В. СИДОР

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри економічної теорії
(Чернівецький торговельно-економічний інститут
Київського національного
торговельно-економічного університету)*

Конституція — це Основний Закон нашої держави, в якому допускається закріплення програмних положень, норм-цілей, досягнення і виконання яких суспільство і держава повинні прагнути. Конституція закріплює основи земельної політики, яка реалізується органами державної влади. Земельні відносини і земельна політика розглядаються в межах економічної основи суспільного ладу. Серед основ конституційного ладу виокремлюють такі принципи: демократизм, що проявляється в народному суверенітеті (народовладді), поділ влади, політичний та ідеологічний плюралізм, визнання людини, її прав і свобод найвищою соціальною цінністю, визнання і гарантування місцевого самоврядування, багатоманітність і рівноправність різних форм власності. Проте в переліку основ конституційного ладу не виокремлюють принцип охорони землі як основного національного багатства. Землі розглядаються в Конституції України з позиції їхнього соціального призначення як основа існування суспільства, як об'єкт, необхідний для задоволення не лише матеріальних, а й інших потреб людини, і без якого неможливе існування людини. Тобто

землі вже не розглядаються лише як засіб виробництва в сільському господарстві, що задовольняють економічні потреби суспільства.

У науці земельного права конституційні аспекти земельного права і законодавства досліджувалися такими вченими-правознавцями, як В. Андрейцев, Г. Балюк, Ю. Вовк, В. Гуревський, А. Гетьман, І. Каракаш, П. Кулинич, В. Мунтян, В. Носік, О. Погрібний, В. Семчик, Н. Титова, Ю. Шемшученко, М. Шульга, В. Янчук та ін. Проте питання про виділення земельного-правової основи конституційного ладу поряд із іншими його основами, зокрема економічною і соціальною, досі не розглядалося в науці земельного права України. На нашу думку, земельно-правова основа конституційного ладу має надзвичайно важливе значення для сталого розвитку суспільства, в якому земля є основним національним багатством.

Метою цієї публікації є дослідження положень Конституції України з метою виявлення конституційних основ земельного права і обґрунтування земельно-правових основ конституційного ладу.

Переходячи до викладення основного матеріалу, хочемо зазначити, що

статус сучасної конституційної держави створюється за допомогою принципів конституційного ладу держави. Під конституційними принципами слід розуміти закономірності, що відображаються в системі конституційних інститутів. Конституційні принципи, що становлять земельну основу конституційного ладу, — це закономірності сучасної стадії розвитку суспільства. Очевидно, що конституційно-правові норми, що закріплюють основи конституційного ладу, регулюють базові начала, принципи основ політичних, економічних, соціальних, духовно-культурних, екологічних і земельних суспільних відносин. Проте в конституційно-правовій літературі серед відносин, що становлять суспільний (конституційний) лад, земельні відносини не виділяються. Тому вважаємо за доцільне дослідження земельно-правової основи конституційного ладу України розпочати з усвідомлення понять «конституційний лад» і «основи конституційного ладу».

Під конституційним ладом в юридичній літературі розуміють систему принципів (на нашу думку, не лише їх), які дають можливість реально забезпечити додержання прав і свобод людини (в тому числі земельні права), а діяльність держави здійснювати на основі фактично проведеного поділу влади відповідно до її конституції. Основи конституційного ладу України визначають форму і засоби організації Української держави, забезпечують людині та громадянину права і свободи та характеризують її як конституційну державу [1, 38]. Враховуючи це, визначальним критерієм з'ясування змісту поняття «конституційний лад» є людина з її невід'ємними правами і свободами [2, 43].

Загальні засади, як форма вираження конституційного ладу України, ви-

знають як першооснову людину і громадянина, їх права і свободи, що є базою закріплення основних принципів конституційного ладу, на підставі яких будується державний лад (устрій) та основи громадянського суспільства в Україні [3, 16].

Проведений аналіз дає змогу дійти висновку, що в юридичній літературі акцентується увага на державницькій стороні цього інституту у відриві від основної складової самого поняття — людини як вищої соціальної цінності, інтересам якої мають бути підпорядковані всі інші елементи конституційного ладу — громадянське суспільство, державний лад, принципи конституційного ладу тощо. Між тим з часів прийняття перших декларацій щодо ролі та місця людини в державі основою конституційного ладу завжди була людина і громадянин [4, 25].

Під конституційним ладом слід розуміти устрій не лише держави, а й суспільства, оскільки передусім у Конституції знаходить своє відображення система різноманітних суспільних відносин, що називається суспільним ладом. Безперечно, тільки конституційними нормами неможливо врегулювати всю систему суспільних відносин, в тому числі і конституційний лад держави. Конституція покликана закріпити їх основи, начала, що йменуються «основи конституційного ладу», що характеризують державу як конституційну. Основи конституційного ладу визначаються як основні принципи, покликані забезпечити Україні характер конституційної держави, а також сукупність принципів, що визначають основні риси економічної та політичної системи суспільства, організації держави, взаємовідносин особи, суспільства і держави.

Конституція розглядає землі в межах території України не лише як еко-

номічну складову розвитку суспільства, а насамперед акцентує увагу на значенні земель як складової навколишнього природного середовища, тому, на нашу думку, на перший план виходять саме земельні, а не економічні відносини. Зазначена норма Конституції України визначає принципи особливості регулювання земельних відносин, відмежовуючи їх від майнових відносин, що становлять предмет цивільного права. Земельний кодекс України у ст. 3 передбачає, що земельні відносини регулюються Конституцією України, Земельним кодексом України, а також прийнятими відповідно до них нормативно-правовими актами [5].

Вважаємо, що земельні положення Конституції України не повинні розчинятися в нормах соціально-економічного і політичного характеру, підпорядковуватися їм, залежати від них. При цьому значення має не кількість земельних норм, закріплених у Конституції України, а рівень їх правової реалізації та придатність для розвитку в земельному законодавстві. Під земельною основою конституційного ладу слід розуміти систему конституційних положень, що регулюють земельні відносини і відображають мету, функції й обов'язки держави щодо забезпечення земельних прав і дотримання обов'язків всіма суб'єктами земельних відносин. Вона повинна розглядатися поряд з економічною, політично, соціальною та іншими основами конституційного ладу України.

Будь-яка конституція покликана встановити певні правила, за якими мають будуватися найважливіші суспільні відносини. Приписи конституції встановлюють соціально-політичне обличчя держави, фіксують вихідні принципи їх функціонування

й розвитку. Принципи земельного права, як зазначають В. Семчик, П. Кулинич та М. Шульга, реалізуються шляхом відтворення основоположних засад у земельному законодавстві, пронизують його систему і вдосконалюються разом з їх розвитком [6, 36].

Аналіз конституційних основ земельного права дає змогу виокремити дві групи конституційних принципів, що відображають суспільні земельні інтереси: принцип охорони земель як основного національного багатства (ч. 1 ст. 14 Конституції України), відповідно до якого пріоритетом земельної політики держави повинно бути підтримання такого якісного стану земельних ресурсів, що характеризується сталим функціонуванням природних екологічних систем, відсутністю шкідливого впливу на них, невиснажливим використанням, а також придатністю для задоволення різноманітних потреб людини; принцип дотримання, реалізації та захисту державою земельних прав громадян, відповідно до якого держава зобов'язується у своїй діяльності не порушувати земельні права громадян, а також забезпечити механізм їх реалізації та захисту (ч. 2 ст. 3 Конституції України) [7].

Друга група принципів — принципи, що відображають характер землекористування в Україні: принцип раціонального використання та охорони земель (ч. 2 ст. 13 Конституції України), відповідно до якого держава повинна забезпечити стале, невиснажливе землекористування, що дозволить забезпечити екологічні та економічні потреби прийдешніх поколінь; принцип забезпечення екологічної безпеки і підтримання екологічної рівноваги на території України, подолання наслідків Чорнобильської катастрофи (ст. 16 Конституції України),

відповідно до якого держава зобов'язана попереджати та усувати негативний вплив шкідливих факторів антропогенного чи природного походження на земельні ресурси [6].

З метою додержання і виконання зазначених вище принципів держава повинна організовувати свою діяльність таким чином, щоб розпоряджатися землями державної власності в інтересах всього суспільства, забезпечувати раціональне використання земель з метою попередження погіршення їх якості, здійснювати охорону земель у межах території України як основного національного багатства, гарантувати реалізацію і захист земельних прав громадян. Забезпечуючи раціональне використання земель, держава створює сприятливі умови для їх використання за цільовим призначенням способами, які б *не* погіршували якості земельних ресурсів. Важливого значення при цьому набуває моніторинг земель. Забезпечуючи охорону земель, держава здійснює комплекс заходів, спрямованих на попередження і зниження впливу на земельні ресурси негативних явищ природного або антропогенного походження.

На нашу думку, основи конституційного ладу України становлять основоположні принципи організації та діяльності держави, які визначають форму і засоби організації Української держави, забезпечують людині та громадянину права і свободи та характеризують її як конституційну державу. Конституція України закріплює інституційну систему, необхідну для реалізації *землеохоронної* функції держави. Провідна роль у здійсненні цієї функції належить Президенту України, Верховній Раді України і Кабінету Міністрів України. Окреслюючи напрями розвитку земельного законо-

давства, Конституція України в розділі 4 «Верховна Рада України» у ст. 92 встановила: права і свободи людини і громадянина, гарантії цих прав і свобод; основні обов'язки громадянина; засади використання природних ресурсів; правовий режим власності — визначаються виключно законами України [7].

Стаття 106 Конституції України розділу 5 «Президент України», *закріплюючи* перелік повноважень Президента України, встановлює його право оголошувати у разі необхідності окремі місцевості України зонами надзвичайної екологічної ситуації [7]. Зазначена норма Конституції України, на думку автора, має ознаки конституційних основ земельного права України. Окремі положення конституційних основ земельного права України містяться в розділі 6 «Кабінет Міністрів України. Інші органи виконавчої влади», зокрема, ст. 116 до компетенції Кабінету Міністрів України віднесено забезпечення проведення політики у сфері охорони природи, екологічної безпеки і природокористування; забезпечення рівних умов розвитку всіх форм власності та здійснення управління об'єктами державної власності [7]. Конституційні основи земельного права містяться і в розділі 9 Конституції України, зокрема в ст. 133, якою встановлюється система адміністративно-територіального устрою України, що складають: Автономна Республіка Крим, області, райони, міста, райони в містах, селища і села [7].

У розділі 10 Конституції України конституційні основи земельного права закріплені у ст. 138, відповідно до якої до відання Автономної Республіки Крим належить: розроблення, затвердження та реалізація програм Автономної Республіки Крим з питань

раціонального природокористування, охорони довкілля — відповідно до загальнодержавних програм; визнання статусу місцевостей як курортів; встановлення зон санітарної охорони курортів [7]. Розділ 11 «Місцеве самоврядування» також містить норми, що можуть бути віднесені до конституційних основ земельного права України. До таких норм ми відносимо ст. 142, що визнає землю, природні ресурси, що є у власності територіальних громад сіл, селищ, міст, районів у містах, а також об'єкти їхньої спільної власності, що перебувають в управлінні районних і обласних рад, матеріальною і фінансовою основою місцевого самоврядування; а також ст. 143, яка надає територіальним громадам села, селища, міста безпосередньо або через утворені ними органи місцевого самоврядування управляти майном, що є в комунальній власності [7].

Конституційна основа земельного ладу повинна 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 конституційної правової точки зору. При цьому охорону земель слід розглядати не як мету, а як один із напрямів і обов'язок держави, оскільки мета — це результат, до якого прагне держава, вирішуючи поставлені перед ним завдання і здійснюючи функції. У цьому випадку мета держави — досягнення і підтримання якості природних ресурсів. Слід зазначити, що охорона земель включає здійснення їх захисту. Вважаємо, що ст. 13 та ст. 14 Конституції України повною мірою не відображають земельні потреби суспільства і не можуть становити земельну основу, оскільки тільки

закріплюють право власності Українського народу на землі в межах території України та визначають засади охорони земель як основного національного багатства.

На підставі проведеного дослідження автор дійшов таких висновків. Конституція розглядає землі в межах території України не лише як економічну складову розвитку суспільства, а насамперед акцентує увагу на значенні земель як складової навколишнього природного середовища, тому, на нашу думку, на перший план виходять саме земельні, а не економічні відносини. Зазначена норма Конституції України *містить* принципів особливості регулювання земельних відносин, відмежовуючи їх від майнових відносин, що становлять предмет цивільного права. По-перше, в ній закріплюється пріоритет суспільних і державних інтересів у раціональному *використанні* та комплексній охороні земельних ресурсів, що забезпечується публічно-правовим регулюванням, вищим проявом якого є норми Конституції України, які володіють виключним публічно-правовим характером. Земельні норми Конституції України в сукупності становлять основу публічно-правового регулювання в земельному праві, надаючи йому характер галузі публічного права. По-друге, закріплюється принцип охорони і раціонального використання земель з метою забезпечення сталого розвитку суспільства. Виділення земельних основ конституційного ладу в якості самостійних і відособлених основ є актуальним як для земельного, так і для конституційного права. Це зумовлено загостренням екологічних проблем та усвідомленням важливості земель як основного компонента навколишнього природного середовища поряд з політичними та економічними *проблемами* суспільства.

Зростання значення охорони земель та їх раціонального й цільового використання зумовлює формування нової характеристики сучасного конституційного ладу. Тому доцільно вже сьогодні визнати земельну основу суспільного (конституційного) ладу як центральну конституційну основу, визначити пріоритет земельних відносин у розвитку суспільства. Земельні положення Конституції України не повинні розчинятися в нормах соціально-економічного і політичного характеру, підпорядковуватися їм, залежати від них. При цьому значення має не кількість земельних норм,

закріплених у Конституції України, а рівень їх правової реалізації та придатність для розвитку в земельному законодавстві. Під земельною основою конституційного ладу слід розуміти систему конституційних положень, що регулюють земельні відносини і відображають мету, функції й обов'язки держави щодо забезпечення земельних прав і дотримання обов'язків всіма суб'єктами земельних відносин. Вона повинна розглядатися поряд з економічною, політично, соціальною та іншими основами конституційного ладу України.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Основи конституційного ладу України* / А. М. Колодій, В. В. Копейчиков, С. Л. Лисенков, В. В. Медведчук. — К., 1997. — 206 с.
2. *Кравченко В. В.* Конституційне право України : навч. посіб. — 6-те вид., випр. та допов. — К., 2008. — 590 с.
3. *Опришко В.* Конституція України — основа розвитку законодавства // *Право України*. — 2002. — № 8. — С. 14—17.
4. *Конституційне право України* : підруч. для студ. вищ. навч. закл. / В. Ф. Погорілко, В. Л. Федоренко ; М-во освіти і науки України, М-во юстиції України. — 2-ге вид., переробл. та доопрац. — К., 2010. — 429 с.
5. *Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 р.* // *Відомості Верховної Ради України*. — 2002. — № 3—4. — Ст. 27.
6. *Земельне право України* : підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / В. І. Семчик, П. Ф. Кулинич, М. В. Шульга. — К., 2008. — 600 с.
7. *Конституція України*, прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. // *Відомості Верховної Ради України*. — 1996. — № 30. — Ст. 141.

Сидор В. Д. Земельно-правова основа конституційного ладу України

Анотація. Публікацію присвячено дослідженню положень Конституції з метою виявлення конституційних основ земельного права і обґрунтування земельно-правових основ конституційного ладу України. Доводиться, що земельні норми Конституції України в сукупності становлять основу публічно-правового регулювання в земельному праві, надаючи йому характер галузі публічного права.

Ключові слова: земельне право, земельне законодавство, конституційна держава, конституційний лад, земельно-правові принципи.

Сидор В. Д. Земельно-правовая основа конституционного строя Украины

Аннотация. Публикация посвящена исследованию положений Конституции с целью выявления конституционных основ земельного права и обоснования земельно-правовых основ конституционного строя Украины. Земельные нормы Конституции Украины в совокупности составляют основу публично-правового регулирования в земельном праве и придают ему характер отрасли публичного права.

Ключевые слова: земельное право, земельное законодательство, конституционное государство, конституционный строй, земельно-правовые принципы.

Sydor V. Legal land basis of constitutional mode of Ukraine

Annotation. The publication is devoted to researching of Constitution norms with the purpose to exposure of constitutional bases of the land law and to ground legal law bases of constitutional mode of Ukraine. Land norms of Constitution of Ukraine make basis in public legal adjusting in the land law, they are giving to land law the character of public law.

Key words: land law, land legislation, constitutional state, constitutional mode, legal principles of land law.

НАСИЛЬСТВО ЯК КВАЛІФІКУЮЧА ОЗНАКА ГРАБЕЖУ ТА РОЗБОЮ



І. БАГЛАЙ

суддя апеляційного суду Чернігівської області

Чинний Кримінальний кодекс України (далі — КК України) відносить розбій до тяжких злочинів, бо за його скоєння передбачено покарання на строк до 7 років, а при наявності певних кваліфікуючих ознак — до особливо тяжких з відповідно більш суворим покаранням. Тому питання кваліфікації розбою має дуже важливе значення з тим, щоб особа, що його вчинила, не unikнула відповідальності саме за цей злочин. Водночас дуже важливо, щоб особа, яка вчинила інше відкрите заволодіння чужим майном (грабіж, вимагання), не несла покарання за розбій.

Мета статі полягає в розмежуванні ч. 2 ст. 186 та ч. 1 ст. 187 КК України за такою кваліфікуючою ознакою як застосування насильства.

У теорії кримінального права питанням грабежу і розбою були присвячені праці вітчизняних вчених, зокрема П. Андрушка, М. Бажанова, Ю. Бауліна, І. Богатирьова, В. Глушкова, В. Грищука, О. Гумін, О. Дударова, О. Джузи, В. Ємельянова, М. Панова,

В. Мисливого, В. Навроцького, В. Осадчого, А. Савченка, М. Харонюка, П. Фріса та ін.

Відаючи належне їх досягненням, які використовуємо у своїй статті, ми наголошуємо, що вивчення питання розмежування грабежу та розбою за такою кваліфікуючою ознакою, як застосування насильства, в Україні є недостатнім.

Відповідно до ч. 2 ст. 186 КК України грабіж — це відкрите викрадення чужого майна, зокрема поєднане з насильством, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, або з погрозою застосування такого насильства, передбачає позбавленням волі на строк від чотирьох до шести років [1, 72].

Розбій, як про те йдеться у ч. 1 ст. 187 КК України, — це напад з метою заволодіння чужим майном, поєднаний із насильством, небезпечним для життя чи здоров'я особи, яка зазнала нападу, або з погрозою застосування такого насильства, карається позбавленням волі на строк від трьох

до семи років [1, 73]. Але кримінальний закон не дає визначення, яке насильство є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, а яке не є таким.

Частина 2 ст. 173 Кримінального кодексу УРСР станом на 1 вересня 1958 р. (далі — КК УРСР 1958 р.) встановлювала: «Явне загарбання чужого майна в присутності особи, що володіє, користується або відає ним (грабіж), вчинене з насильством, карається позбавленням волі на строк до 3 років» [2, 54]. Якого характеру повинно бути насильство у цьому випадку — законодавець не уточнював.

Відповідно до ч. 1 ст. 174 КК УРСР 1958 р. розбій — це явний, щоб заволодіти чужим майном, напад окремої особи, поєднаний з насильством, яке загрожує смертю або каліцтвом, чи загрозою вчинити подібне насильство [2, 54]. Отже, законодавець на той час більш-менш чітко встановлював, яке саме насильство дає підстави кваліфікувати діяння як розбій: загроза смерті або каліцтва, тобто настання наслідків, які для потерпілого є незворотніми.

Сучасна судова практика стверджує, що тілесні ушкодження від легких з короткочасним розладом здоров'я і по зростаючій є такими, що небезпечні для життя чи здоров'я особи, яка зазнала нападу. Таку практику запровадив ще в 1969 р. Пленум Верховного Суду СРСР (далі — Пленум ВС СРСР), коли у своїй постанові у справі Б. та С. зазначив, що умисне заподіяння легких тілесних ушкоджень з короткочасним розладом здоров'я з заволодінням майном дає підстави кваліфікувати злочин як розбій.

Б. та С. судом першої інстанції були засуджені за вчинення за попередньою змовою розбійного нападу на М. Голова Верховного Суду СРСР вніс протест, в якому ставив питання про перекваліфікацію дій засуджених на стат-

тю Кримінального кодексу, яка передбачала відповідальність за грабіж. У протесті зазначалося, що характер застосованого насильства не містить ознак розбою.

Пленум ВС СРСР з доводами протесту не погодився і у своїй постанові від 2 квітня 1969 р. зазначив, що засуджені напали на потерпілого, збили з ніг та почали викрадати його речі і при цьому обидва нападники бачили, що потерпілий лежить без свідомості із закривавленим обличчям, а отже, усвідомлювали, що беруть участь у нападі, поєднаному з насильством, небезпечним для здоров'я потерпілого. Більш того, зазначив Пленум ВС СРСР, як видно із висновків судово-медичної експертизи, потерпілому були заподіяні легкі тілесні ушкодження, які потягли за собою короткочасний розлад здоров'я [3, 388–389].

Ми вважаємо, що Пленум ВС СРСР у цій кримінальній справі прийняв правильне рішення, бо побиття лежачого без свідомості на землі і закривавленого потерпілого дійсно свідчить про умисел на заподіяння тілесних ушкоджень, небезпечних щонайменше для здоров'я. Але так у конкретній справі була започаткована існуюча сьогодні і помилкова, на нашу думку, загальна практика щодо розмежування грабежу та розбою за кваліфікуючою ознакою «насильство».

Відкрите викрадення чужого майна із заподіянням потерпілому легких тілесних ушкоджень, які не потягли за собою короткочасний розлад здоров'я, вважається скоєним з насильством, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого і кваліфікується як грабіж.

Напад же з метою заволодіння чужим майном, поєднаний із заподіянням потерпілому легких тілесних ушкоджень, які потягли за собою корот-

кочасний розлад здоров'я, вважається насильством, яке вже є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого і кваліфікується як розбій.

Пленум Верховного Суду України (далі — ПВС України) у своїй постанові «Про судову практику в справах про корисливі злочини проти приватної власності» від 25 грудня 1992 р. № 12, з наступними змінами і доповненнями, слідом за зазначеною постановою Пленуму ВС СРСР роз'яснив, що під насильством, що не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, треба розуміти заподіяння легкого тілесного ушкодження, що не призвело до короткочасного розладу здоров'я або короткочасної втрати працездатності, а також вчинення інших насильницьких дій (нанесення ударів, побоїв, обмеження чи незаконне позбавлення волі за умови, що вони не були небезпечними для життя чи здоров'я в момент заподіяння).

Небезпечне для життя чи здоров'я потерпілого насильство, за цією постановою ПВС України, — це заподіяння йому легкого тілесного ушкодження, що спричинило короткочасний розлад здоров'я або короткочасну втрату працездатності, середньої тяжкості або тяжкого тілесного ушкодження, а також інші насильницькі дії, які не призвели до вказаних наслідків, але були небезпечними для життя чи здоров'я в момент заподіяння. До останніх, зокрема, слід відносити насильство, що призвело до втрати свідомості чи мало характер мордування, здушення ший, скидання з висоти, застосування електроструму, зброї, спеціальних знарядь тощо [4, 111–112].

Такий підхід є не зовсім правильним, бо поняття небезпечності тілесних ушкоджень для життя та здоров'я людини, як і поняття їх тяжкості, здебільшого медичне. Тому в кожному

конкретному випадку слід індивідуально підходити до кваліфікації дій обвинуваченого за кваліфікуючою ознакою «насильство».

Так, органом досудового розслідування М. обвинувачувався у вчиненні розбійного нападу на Б., поєднаному із заподіянням потерпілому легких тілесних ушкоджень, які потягли за собою короткочасний розлад здоров'я. У справі слідчим були проведені судово-медична, а за клопотанням потерпілого і комісійна судово-медична експертизи, які встановили наявність у потерпілого тілесних ушкоджень у вигляді крововиливів в область верхньої та нижньої повік лівого і правого очей. За ступенем тяжкості заподіяні тілесні ушкодження обидві експертизи віднесли до категорії легких тілесних ушкоджень, які потягли за собою короткочасний розлад здоров'я.

У судовому засіданні потерпілий Б. пояснив, що підсудний М. наніс йому кілька ударів рукою в обличчя, чим заподіяв тілесні ушкодження у вигляді крововиливу в області правого ока, а згодом забарвлення шкіри змінилося і в області лівого ока. Після побиття стан його здоров'я не погіршився, самопочуття було нормальним, очні щілини звужені не були, якогось дискомфорту він не відчував, а тому до лікаря не звертався.

В описових частинах висновків обох експертиз не було зазначено, на підставі яких даних (хворобливість, порушення функції зору тощо) експерти дійшли висновку про короткочасний розлад здоров'я потерпілого і скільки часу цей розлад тривав.

З огляду на такі обставини, суд призначив повторну судово-медичну експертизу, на вирішення якої, серед інших, поставив питання: «Чи потягли заподіяні потерпілому тілесні ушкодження розлад здоров'я і якщо так, то

в чому цей розлад проявився?» Повторна комісійна експертиза дійшла висновку, що у потерпілого були легкі тілесні ушкодження, але без короткочасного розладу здоров'я. На підставі останньої експертизи суд перекваліфікував дії М. з ч. 1 ст. 187 на ч. 2 ст. 186 КК України.

На жаль, Верховний Суд України (далі — ВС України) по суті уникає запропонованого нами питання розмежування грабежу та розбою за ознакою насильства. Так, у справі по обвинуваченню Р. і П. апеляційним судом їх дії були перекваліфіковані з ч. 2 ст. 187 на ч. 2 ст. 186 КК України і залишено покарання, призначене місцевим судом. До такого висновку колегія суддів дійшла на підставі висновку комісійної судово-медичної експертизи, згідно з яким у потерпілого Я. були встановлені легкі тілесні ушкодження з короткочасним розладом здоров'я у вигляді закритої травми грудної клітки, гематоми повік та субкон'юнктивального крововиливу, які не є небезпечними для життя.

Заступником прокурора області було внесено касаційне подання до ВС України. Оскаржувалась перекваліфікація дій Р. і П. та м'якість призначеного покарання. Скасовуючи вирок суду першої інстанції і ухвалу апеляційного суду та направляючи справу на новий судовий розгляд в районний суд, колегія суддів ВС України зазначила, що визнаючи Р. винуватим у вчиненні злочину, передбаченого ст. 304 КК України (втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність), місцевий суд у мотивувальній частині вироку не сформулював обвинувачення за цим законом.

Що стосується перекваліфікації дій засуджених на ч. 2 ст. 186 КК України, то колегія суддів ВС України послалася на наведену вище постанову ВС Ук-

раїни і, окрім того, зазначила, що хоч спричинені потерпілому тілесні ушкодження і не були небезпечними для життя, це не спростовує їх небезпечності для здоров'я.

У справі по обвинуваченню Х., за апеляцією державного обвинувача на м'якість призначеного покарання, колегія суддів апеляційного суду також перекваліфікувала дії засудженого Х. з ч. 2 ст. 187 на ч. 2 ст. 186 КК України. У суді першої інстанції, у зв'язку з повним визнанням вини обвинуваченим Х., проводився скорочений порядок дослідження доказів.

Для з'ясування питання, чи було заподіяне потерпілій Г. насильство небезпечним для життя та здоров'я, колегія суддів призначила додаткову судово-медичну експертизу. Остання встановила, що виявлені у Г. тілесні ушкодження не були небезпечними для життя як в момент їх заподіяння, так і у клінічному перебігу, бо не спричинили стійкої втрати працездатності, мали незначні скороминущі наслідки та потягли за собою лише короткочасний розлад здоров'я.

Оскільки залишилося без відповіді поставлене перед експертизою питання про небезпечність і для здоров'я потерпілої Г. заподіяних тілесних ушкоджень, у судовому засіданні апеляційного суду був допитаний завідувач відділення облбюро СМЕ К. Останній пояснив, що, згідно з Правилами судово-медичного визначення ступеня тяжкості тілесних ушкоджень, не передбачено встановлення небезпечності для здоров'я заподіяних тілесних ушкоджень. Тому у висновках додаткової експертизи і нема відповіді на це запитання. Разом із тим пояснив, що виявлені у Г. тілесні ушкодження не були небезпечними як для життя, так і для здоров'я, бо мають незначні, скороминущі наслідки, травма була не

дуже серйозною. Хоча розлад здоров'я і був, після одужання наслідків не лишилося.

За касаційним поданням прокурора на неправильність перекваліфікації дій Х., колегія суддів ВС України скасувала ухвалу апеляційного суду і справу направила на новий апеляційний розгляд. Мотивом такого рішення було погодження учасників процесу в місцевому суді на скорочений порядок дослідження доказів. На думку колегії суддів ВС України, апеляційний суд вийшов за межі апеляції, а також послався на докази, які не досліджувалися в місцевому суді та які були здобуті вже при апеляційному розгляді справи.

Щодо правильності перекваліфікації дій засудженого у принципі, жодних міркувань колегія суддів ВС України не виказала. Хоч, на нашу думку, такі міркування свідчили б про позицію вищої судової ланки щодо правильності кваліфікації дій та обґрунтованість засудження, а отже, і про недопущення можливої судової помилки.

Таким чином, в обох випадках рішення апеляційного суду були скасовані з формальних підстав, а питання перекваліфікації дій засуджених за кваліфікуючою ознакою «наси́льство» залишилося без правової оцінки колегії суддів ВС України.

Як відомо, ст. 76 КПК України передбачає обов'язкове призначення судово-медичної експертизи для встановлення тяжкості і характеру тілесних ушкоджень.

Очевидно, що такі кваліфікуючі ознаки грабежу — наси́льство, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, а розбою — наси́льство, яке є небезпечним для життя чи здоров'я особи, яка зазнала нападу, мають встановлюватися шляхом постановки окремого питання перед експертом при призначенні судово-медичної ек-

спертизи з наступною оцінкою висновків експертизи у сукупності із зібраними у справі доказами. Висновок експерта для особи, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора і суду не є обов'язковим. Вони мають у кожному конкретному випадку і залежно від обставин справи вирішувати, чи було застосоване наси́льство таке, що небезпечне або навпаки не небезпечне для життя та здоров'я. Але незгода з ним повинна бути мотивована у відповідних постанові, ухвалі, вироку.

Практика стикається, як було вже сказано, з випадками, коли особа під час нападу на потерпілого, з метою подолання волі та заволодіння майном останнього усвідомлює, що той без свідомості і не подає ознак життя, але продовжує наносити удари в різні частини тіла, навіть ножем в область шиї чи серця. Хоч у результаті таких дій небезпечні для життя чи здоров'я тілесні ушкодження виникають не завжди, але обвинувачений допускає їх небезпечність на момент заподіяння.

У такому випадку слід виходити з умислу злочинця на вчинення насильства, небезпечного для життя чи здоров'я особи, яка зазнала нападу і, враховуючи, що розбій є закінченим з моменту нападу та при відсутності інших кваліфікуючих ознак, кваліфікувати такі дії за ч. 1 ст. 187 КК України.

Щодо категорій справ, які розглядаються у цій статті, обов'язкове проведення досудового розслідування. Тому для з'ясування умислу обвинуваченого і правильної кваліфікації його дій велике значення має взаємодія органів досудового слідства та дізнання. Так, для повного та всебічного й об'єктивного розслідування справи цілком виправданим є використання даних оперативно-розшукової діяльності (далі — ОРД). Зокрема, дані ОРД можуть допомогти встановити

осіб, обізнаних із планами обвинуваченого на стадії готування до злочину, а отже, і встановити його умисел на подолання волі потерпілого не тільки за наслідками скоєного, а і за умислом на скоєння злочинних дій (придушити до втрати свідомості, ударити заздалегідь заготовленим предметом по голові тощо). Всі викладені обставини у своїй сукупності мають допомогти правильно кваліфікувати дії обвинуваченого й уникнути судової помилки.

Узагальнюючи викладене вище, слід зробити такі висновки.

По-перше, внести зміни до Правил судово-медичного визначення ступеня тяжкості тілесних ушкоджень з

тим, щоб вони передбачали встановлення небезпечності і для здоров'я заподіяних тілесних ушкоджень.

По-друге, при розслідуванні грабежу та розбою, у разі заподіяння тілесних ушкоджень потерпілому, перед судово-медичною експертизою слід ставити питання: «Чи є виявлені у потерпілого тілесні ушкодження небезпечними для життя та здоров'я?»

По-третє, при розслідуванні кримінальних справ цієї категорії слідчі мають співпрацювати з оперативними працівниками з метою використання даних ОРД для з'ясування умислу обвинувачуваного на подолання опору потерпілого.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Гумін О. М. Кримінальна насильницька поведінка проти особи : моногр. — Л., 2009. — 360 с.
2. Кримінальний кодекс України. — К., 2004.
3. Кримінальний кодекс Української РСР. — К., 1958.
3. Уголовный кодекс Украинской ССР : науч.-практ. коммент. — К., 1978.
4. Постанови Пленуму Верховного Суду України в кримінальних справах. — К., 2005.

Баглай І. П. Насильство як кваліфікуюча ознака грабежу та розбою

Анотація. Статтю присвячено аналізу насильства як кваліфікуючої ознаки грабежу і розбою.

Ключові слова: насильство, грабіж, розбій.

Баглай И. П. Насилие как квалифицирующий признак грабежа и разбоя

Аннотация. Статья посвящена анализу насилия как квалифицирующего признака грабежа и разбоя.

Ключевые слова: насилие, грабеж, разбой.

Baglai I. Violence as a qualifying feature of brigandage and robbery

Annotation. The article is dedicated to analysis of violence as a qualified feature of brigandage and robbery.

Key words: violence, brigandage, robbery.

ПРОБЛЕМИ ЕФЕКТИВНОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ КРИМІНОЛОГІЧНОЇ ЗАПОБІЖНОЇ ФУНКЦІЇ У ПРИРОДООХОРОННІЙ ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ПРОКУРАТУРИ



Т. КОРНЯКОВА

*кандидат юридичних наук,
докторант інституту вивчення проблем
злочинності НАПрН України*

У контексті розуміння нагальної необхідності реформувати систему кримінальної юстиції в останні роки в Україні активно обговорюється й проблематика оновлення концептуальних підходів до оцінки ефективності діяльності правоохоронних органів. Вивчення питання ефективності діяльності останніх є вельми важливою справою, оскільки від того, наскільки адекватно ці органи будуть протидіяти злочинності, залежить зменшення або збільшення її рівня, покращання або погіршення її якісних показників, стан спокою або навпаки занепокоєння населення через несприятливу криміногенну ситуацію в країні, міжнародний авторитет держави в цілому тощо. До того ж у теоретико-праксіологічній сфері «визначення ефективності запобігання злочинам і правопорушенням нерідко передусім формулюванню теоретичного висновку або методичній рекомендації про

закономірності функціонування системи запобігання, шляхи її вдосконалення» [1, 111].

Таким чином, проблема оцінки ефективності функціонування соціально-правового механізму протидії злочинності є однією з важливих і складних теоретичних і практичних проблем. Тому важко переоцінити теоретичну значущість та практичну актуальність розроблення у сучасних умовах проблеми підвищення ефективності роботи органів прокуратури [2, 92]. Ефективне запобігання злочинності з боку тих чи інших правоохоронних органів, у тому числі органів прокуратури, дає змогу досягти основної суспільно корисної мети — стабілізувати рівень злочинних проявів у державі та забезпечити почуття безпеки у членів суспільства.

Проблематиці ефективності діяльності органів прокуратури має відводитися важливе місце й при аналізі

реалізації цими органами кримінологічної запобіжної функції у сфері охорони навколишнього середовища. Як справедливо визначають В. Бабенко і М. Руденко, складність завдань, що постають перед органами прокуратури у сфері охорони довкілля, потребує постійного удосконалення форм і методів діяльності прокурора, підвищення її ефективності [3, 196].

Процес оцінювання ефективності реалізації органами прокуратури кримінологічної запобіжної функції у природоохоронній діяльності має свої особливості. Вони зумовлюються низкою обставин, що мають важливе методологічне значення для вирішення проблеми удосконалення діяльності із запобігання екологічним правопорушенням. Їх сутність міститься у такому. По-перше, оцінку ефективності слід надавати як за окремими напрямками реалізації цієї функції (під час виявлення порушень законів, причин та умов, що їм сприяють; у процесі усунення цих порушень; при притягненні порушників законів до юридичної відповідальності; під час забезпечення відшкодування матеріальних збитків, заподіяних правопорушенням та при реалізації інших напрямів цієї функції), так і в комплексі стосовно всієї діяльності прокуратури, спрямованої на протидію правопорушенням проти довкілля. У зв'язку з цим слід погодитися із ствердженням, що поняття ефективності прокурорського нагляду є єдиним як у цілому, так і для окремих галузей та напрямів (ділянок) прокурорської діяльності, та по суті є ступенем досягнення прокурором цілей, поставлених у законі й інших нормативних актах [4, 21]. При цьому найбільш точним є оцінювання ефективності діяльності органів прокуратури не за якимось одним критерієм, а за певною їх сукупністю.

По-друге, ефективність реалізації кожного попереднього напрямку прокурорської діяльності є запорукою відповідного рівня ефективності наступного. Так, від повного та всебічного виявлення причин і умов, що сприяли вчиненню того чи іншого екологічного злочину, залежить успішність подальшої діяльності з їх усунення та відшкодування збитку, завданого природі.

По-третє, оцінка ефективності реалізації кримінологічної запобіжної функції потребує врахування особливостей численних компонентів навколишнього природного середовища як загального об'єкта кримінально-правової охорони у системі запобігання екологічній злочинності (земля, надра, вода, атмосферне повітря, ліси, рослинний та тваринний світ тощо). Процедура оцінки такої ефективності, особливо у сучасних умовах фактичної відсутності чіткої екологічної стратегії держави, — досить складна проблема, вирішення якої повинно визначити характер ставлення української спільноти до власних природних ресурсів. При цьому не викликає заперечень, що підвищення ефективності реалізації кримінологічної запобіжної функції органів прокуратури вимагає розробки таких показників, які б дозволяли надати цій діяльності об'єктивної оцінки та визначити найбільш оптимальні шляхи подальшої роботи.

По-четверте, оцінка ефективності реалізації кримінологічної запобіжної функції прокуратурою пов'язана з оцінкою діяльності цього органу як такою, оскільки, як зазначалося вище, існує нерозривний зв'язок між функціями прокурорської діяльності та напрямками реалізації кримінологічної функції з боку прокуратури. За допомогою використання певних критеріїв можна оцінювати не тільки якість і ре-

зультативність прокурорської діяльності, а й оптимальність побудови організаційних структур як прокурорської системи в цілому, так і окремих її ланок [5, 22].

По-п'яте, особливість виміру ефективності реалізації кримінологічної запобіжної функції органів прокуратури зумовлюється тим, що у цьому випадку йдеться не про досягнення конкретних показників чи то економічної діяльності суб'єкта господарювання, чи то творчої активності суб'єктів авторського права, а про явища більш високого порядку — про захист своєрідної життєзабезпечувальної оболонки суспільства, досягнення певного рівня безпеки якої є комплексним кінцевим показником ефективності діяльності конкретного елемента суспільного механізму у системі координат «мета-результат».

По-шосте, оцінка ефективності діяльності будь-якої установи чи організації (зокрема й органів прокуратури — Т. К.) завжди є досить складною, оскільки для цього необхідні глибокі знання особливостей цієї діяльності, застосування сучасних методів наукового аналізу та використання здобутків математичної науки [6, 146]. Проте слід погодитися з думкою, що критерії ефективності діяльності прокуратури повинні: 1) стимулювати досягнення цілей, що стоять перед прокуратурою; 2) характеризувати кількісну та якісну сторону прокурорської діяльності; 3) давати можливість для об'єктивної оцінки; 4) бути універсальними, тобто придатними для оцінки прокурорського нагляду в цілому і в окремих його галузях, у всіх ланках прокурорської системи; 5) бути несуперечливими за своєю структурою; 6) бути повними, тобто охоплювати всі сторони процесу [7, 9].

По-сьоме, потребує свого вирішення проблема щодо встановлення конкретних показників виміру ефективності запобіжної діяльності органів прокуратури стосовно такого специфічного сегменту життєдіяльності суспільства, як природний базис його існування. Тобто якщо намагатися конкретизувати, в яких випадках діяльність прокуратури може бути розцінена як ефективна, то логічною операцією оцінювання ефективності такої діяльності стає формулювання критеріїв (показників) відповідної оцінки її ефективності. Це особливо важливо з огляду на те, що розробка науково обґрунтованої системи останніх — необхідна умова вирішення цілої низки організаційних і функціональних проблем функціонування соціально-правового механізму протидії злочинності, зокрема, отримання об'єктивної інформації, методики її обробки та ухвалення обґрунтованих управлінських рішень [8, 78–83].

Ефективність прокурорського нагляду за додержанням і застосуванням законодавства про охорону довкілля може бути визначена за допомогою критеріїв оцінки і показників виміру ефективності. До перших віднесені: своєчасність і повнота виявлення порушень законодавства про охорону довкілля, а також причини й обставини, що сприяють їм; встановлення осіб, що порушили закон у галузі охорони довкілля; своєчасність, повнота й адекватність реагування на виявлені порушення законодавства у сфері охорони довкілля, причини цих порушень і обставини, що їм сприяли; реальне (фактичне) відновлення екологічних прав, свобод та законних інтересів фізичних і юридичних осіб, держави; реальне зміцнення законності та екологічного правопорядку. Показники виміру ефективності представлені, як

стверджується, конкретними цифрами, поділяючись на кількісні, якісні та показники результативності [3, 201–202]. Результатом же досягнення певного ступеню ефективності запобіжної діяльності або, навпаки, не досягнення ефективності цієї діяльності є констатація покращання або погіршення кількісно-якісних показників злочинності або окремих видів злочинних проявів. Таким чином, зменшення кількості екологічних правопорушень порівняно з попереднім періодом може свідчити про підвищення ефективності прокурорського нагляду за додержанням і застосуванням екологічного законодавства [3, 199].

Вважаємо цей поділ на показники і критерії у процесі оцінки ефективності діяльності дещо штучним, оскільки показник — це узагальнена характеристика властивостей об'єкта або процесу [9], а критерій — це саме ознака, на підставі якої проводиться оцінка, тобто це мірило оцінки [10, 595]. Вбачається, що якщо бути термінологічно точними, то більш «адаптованим» до процесу виміру ефективності будь-якої діяльності є саме термін «критерій». Але критерій оцінки ефективності ще не означає досягнення певного рівня ефективності тієї чи іншої діяльності, оскільки це лише категорія, за допомогою якої слід проводити оцінку. Водночас між означеними термінами не настільки принципова різниця, щоб до певного ступеня їх не вважати синонімічним термінологічним апаратом, при цьому наділяючи їх змістовним навантаженням різних площин. Отже, при оцінці ефективності реалізації кримінологічної запобіжної функції органів прокуратури у сфері охорони навколишнього природного середовища достатньо використовувати ці поняття

як однопорядкові. У свою чергу, для характеристики масштабів певного явища, наприклад злочинності, цілком адекватним є поняття «стан злочинності», який вбирає в себе такі елементи, як її рівень, структуру тощо.

Надати уявлення про критерії ефективності діяльності органів прокуратури насамперед можуть положення нормативних документів відповідних органів. Фактичним офіційним закріпленням критеріїв ефективності прокурорської діяльності слід вважати положення, наведені у наказі Генерального прокурора України від 19 вересня 2005 р. № 1. Цим документом визначено, що основними критеріями оцінки ефективності діяльності органів прокуратури України є додержання Конституції та законів України при здійсненні прокурорських повноважень, забезпечення належної організації роботи, повнота і своєчасність вжитих заходів щодо усунення порушень законів, поновлення прав і свобод громадян та законних інтересів держави, відшкодування завданих їй збитків, притягнення винних осіб до встановленої законом відповідальності.

Отже, як бачимо, в основних контурах система критеріїв ефективності, викладена у зазначеному наказі Генерального прокурора України, корелюється з основними напрямками реалізації кримінологічної запобіжної функції органів прокуратури у природоохоронній діяльності.

Як наголошується в юридичній літературі, аналізуючи критерії ефективності запобіжної діяльності прокуратури, слід зазначити, що багатоаспектність цієї проблеми значно унеможливорює виокремлення якогось одного критерію як універсального [11, 113]. Ми погоджуємося з цим, оскільки оцінка лише за будь-яким од-

ним, нехай і універсальним, критерієм призвела б до загального умовиводу за типом «більш ефективно — менш ефективно» або «ефективно — не-ефективно». Тому при визначенні алгоритму оцінки ефективності реалізації кримінологічної запобіжної функції органами прокуратури у природоохоронній сфері слід спиратися на положення п. 20.1 вже згаданого наказу Генерального прокурора України «Про організацію роботи і управління в органах прокуратури України», в якому наголошується, що роботу органів прокуратури слід оцінювати комплексно у площині фахового вирішення питань, що належать до компетенції прокуратури, у поєднанні з кількісними показниками, які можуть об'єктивно порівнюватися. При цьому закономірним є питання: що є одиницею порівняння та оцінки при визначенні ефективності прокурорської діяльності? Напевно, методологічно у цьому питанні слід опиратися на позицію, висловлену свого часу В. Зеленецьким: «Стосовно прокурорської діяльності ефективними можна вважати такі прокурорські дії й акти, які вже призвели або призведуть до необхідного результату» [12, 46] (курсив мій. — Т. К.). Отже, критерії оцінки насамперед слід пов'язувати з такими одиницями виміру, які несуть конкретну інформацію про ефективність діяльності, як процесуальні дії та акти органів прокуратури щодо виявлення певних правопорушень та реагування на виявлені правопорушення. Правильність цієї думки підтверджується словами В. Михайлова, який раніше зазначив, що ефективними слід вважати акти (дії) прокурора, які призвели або в будь-якій мірі призводять до бажаного результату [4, 22]. При цьому доцільним, як зазначалося вище, є визначення критеріїв виміру ефектив-

ності стосовно кожного з напрямів реалізації кримінологічної запобіжної функції.

Таким чином, за напрямом *виявлення порушень законів, причин та умов, що їм сприяють*, критеріями ефективності є: кількість проведених перевірок; кількість виявлених порушень закону та інших нормативно-правових актів; кількість порушених кримінальних справ (у тому числі направлених до суду і за підслідністю) та адміністративних проваджень. Ідеальним показником ефективності цієї діяльності є співвідношення між кількістю виявлених правопорушень та кількістю правопорушень, дійсно вчинених за певний проміжок часу з урахуванням латентної їх частини. Нескладно помітити, що чим ближче ця функціональна залежність до одиниці, тим вище ефективність діяльності прокуратури.

За таким напрямом реалізації кримінологічної запобіжної функції, як *усунення порушень законів та обставин, які їм сприяли*, відповідними критеріями ефективності виявляються: кількість винесених актів прокурорського реагування (зокрема протестів, приписів та подань) і кількість вжитих особами, на адресу яких спрямовані ці документи, заходів щодо усунення виявлених правопорушень та причин і умов, що сприяли їх вчиненню. Останній аспект викликає необхідність аналізу механізму контролю за виконанням актів прокурорського реагування щодо усунення правопорушень, їх причин та умов. Так, ст. 23¹ КПК України встановлено обов'язок органу дізнання, слідчого або прокурора в разі залишення посадовою особою подання без розгляду вжити заходів, передбачених Кодексом України про адміністративні правопорушення (статті 254–257). Незва-

жаючи на це, особи, які винесли подання про вжиття заходів щодо усунення причин та умов злочину, не використовують повноважень, наданих їм законом, щодо тих, хто залишив подання без розгляду. Тому має рацію пропозиція О. Лисодеда стосовно доцільності доповнення статей 23, 23¹ і 23² КПК України нормою про обов'язковість виконання подання слідчого або окремої ухвали суду посадовою особою, якій вони спрямовані, незалежно від застосування до останньої заходів адміністративного впливу, а також про обов'язок контролю за виконанням подання особою, яка їх винесла, із встановленням відповідальності за невиконання цієї вимоги [13, 162–163].

За напрямом реалізації кримінологічної запобіжної функції органів прокуратури — *притягнення порушників законів до юридичної відповідальності* індикаторами ефективності виступатимуть: кількість притягнутих в установленому законом порядку до відповідальності винних осіб, а також направлення до суду кримінальних справ із прийняттям за ними відповідних рішень.

Ефективність забезпечення *відшкодування матеріальних збитків, заподіяних правопорушенням*, як напряму реалізації кримінологічної запобіжної функції оцінюється за кількістю заявлених позовів про відшкодування збитків, завданих порушенням екологічного законодавства, кількістю рішень, спрямованих на відшкодування спричинених збитків, та відшкодованою сумою, достатньою для усунення шкоди, заподіяної навколишньому природному середовищу. На нашу думку, за цим напрямом реалізації кримінологічної запобіжної функції органами прокуратури найголовнішим показником ефективності буде

стан повного відтворення екологічного балансу за рахунок матеріальних засобів, спрямованих на відшкодування шкоди винними особами. Якщо такий стан за допомогою засобів прокурорської діяльності буде досягнутий, можна стверджувати про ефективність діяльності цього органу. Але тут проблема міститься дещо в іншій площині, а саме — у відпрацюванні механізму безпосереднього відшкодування шкоди природи. Тобто необхідно, щоб отримані від відшкодування у процесі реалізації кримінологічної запобіжної функції засоби спрямовувалися насамперед на потреби екологічної системи суспільства.

За комплексним напрямом, яким охоплюється, зокрема, діяльність органів прокуратури зі здійснення кримінологічного-статистичного аналізу екологічної злочинності, розробки на цій основі прогнозів майбутнього стану злочинності та конкретних запобіжних заходів, кримінологічної поінформованості населення, реалізації прокурором ролі координатора запобіжної діяльності та ін., критеріями ефективності можуть стати: кількість підготовлених аналізів криміногенної ситуації в країні або окремих регіонах, кількість проведених координаційних засідань і нарад з винесенням відповідних документів за означеною тематикою, число заходів за участю прокуратури, спрямованих на підвищення екологічної свідомості та правосвідомості загалом, тощо.

Звісно ж, кількісні показники ефективності, як найбільш наочні в оцінці її виміру, у будь-якому разі повинні доповнюватися й показниками якісної спрямованості. Слід погодитися із К. Скворцовим, який ще понад 30 років тому зазначив, що такими показниками можуть бути: 1) своєчасність і повнота виявлених порушень

законів (із дотриманням принципів об'єктивності та всебічності під час дослідження інформації); 2) своєчасність, повнота й адекватність заходів реагування на виявлені порушення (тобто відповідність заходів характеру порушень законів) [7, 10–12]. До того ж запланований результат будь-якої діяльності має досягатися правомірними засобами та оптимальним способом, а не за принципом

«ціль виправдовує засоби», оскільки така його абсолютизація є неприйнятною і суперечить чинному законодавству [14, 193–201].

Видається, що всі ці критерії ефективності у комплексі якомога краще дозволяють оцінити ступінь відтворення порушеного екологічного балансу у навколишньому природному середовищі.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Литвинов А. Н. Предупреждение преступлений и правонарушений. Профилактическая работа с населением : науч.-практ. пособие. — М., 2004. — 160 с.
2. Ключков В. Поняття та критерії ефективності прокурорського нагляду // Право України. — 2008. — № 11. — С. 92–96.
3. Бабенко В. І., Руденко М. В. Прокурор у галузі охорони довкілля : сутність, повноваження, організація : навч. посіб. — К., 2005. — 408 с.
4. Проблемы эффективности прокурорского надзора / С. Г. Березовская, А. Д. Берензон, Л. А. Быков, А. Д. Зверев, и др. ; под ред. К. Ф. Скворцов. — М., 1977. — 160 с.
5. Шинд В. И., Михайлов В. Т. Организация труда в районной (городской) прокуратуре. — М., 1975. — 171 с.
6. Яковець І. С. Проблема визначення поняття «ефективність діяльності Державної кримінально-виконавчої служби України» // Питання боротьби зі злочинністю : зб. наук. пр. — Х., 2007. — Вип. 13. — С. 146–151.
7. Скворцов К. Ф. Исследование проблем эффективности прокурорского надзора // Вопросы теории и практики прокурорского надзора. — М., 1975. — Ч. 1. — С. 3–12.
8. Скобликов П. А. Актуальные проблемы борьбы с коррупцией и организованной преступностью в современной России. — М., 2007. — 272 с.
9. Глоссарий ru. // www.glossary.ru/cgi-bin/gl_sch2
10. Большой энциклопедический словарь / гл. ред. А. М. Прохоров. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.; СПб., 2004. — 1456 с.
11. Мірошніченко С. С. Діяльність прокуратури з попередження організованої злочинності : моногр. — К., 2008. — 212 с.
12. Зеленецкий В. С. Структурно-функциональный подход к анализу эффективности процессуальной деятельности прокурора // Науч. информ. по вопросам борьбы с преступностью. — М., 1986. — № 93. — С. 45–47.
13. Лысодед А. В. Криминологические проблемы мошенничества : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 ; Нац. юрид. акад. Украины. — Харьков, 1999. — 237 с.
14. Щербина Л. І. Оцінка ефективності взаємодії органів досудового слідства та дізнання при розслідуванні кримінальних справ про злочини, вчинені організованими групами // Боротьба з організованою злочинністю та корупцією (теорія і практика) : наук.-теорет. журн. — 2002. — № 11. — С. 193–201.

Корнякова Т. В. Проблеми ефективності реалізації криминологічної запобіжної функції у природоохоронній діяльності органів прокуратури

Анотація. Стаття присвячена теоретичному аналізу проблем ефективності реалізації криминологічної запобіжної функції під час виконання органами прокуратури своєї правоохоронної діяльності у сфері охорони навколишнього природного середовища. Метою статті є формулювання критеріїв оцінки ефективності зазначеної діяльності за кожним напрямом реалізації криминологічної функції органами прокуратури.

Ключові слова: криминологічна функція, ефективність, критерії ефективності, органи прокуратури, довкілля.

Корнякова Т. В. Проблемы эффективности реализации криминологической предупредительной функции в природоохранительной деятельности органов прокуратуры

Аннотация. Статья посвящена теоретическому анализу проблем эффективности криминологической предупредительной функции во время реализации органами прокуратуры своей

правоохранительной деятельности в сфере охраны окружающей природной среды. Целью статьи является формулирование критериев оценки эффективности данной деятельности по каждому направлению реализации криминологической функции органами прокуратуры.

Ключевые слова: криминологическая функция, эффективность, критерии эффективности, органы прокуратуры, окружающая природная среда.

Korniakova T. The problems of efficiency of realization of criminology preventive function in law-enforcement activity of public prosecutor

Annotation. The article is devoted the theoretical analysis of problems of efficiency of criminology preventive function during realization of public prosecutor of the law-enforcement activity in the field of guard of natural environment. The purpose of the article is formulation of criteria of estimation of efficiency of this activity to every direction realization of criminology function the organs of public prosecutor.

Key words: criminology function, efficiency, criteria of efficiency, organs of public prosecutor, natural environment.

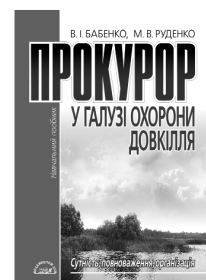
Пропонується навчальний посібник:

Бабенко В. І.

Прокурор у галузі охорони довкілля : сутність, повноваження, організація : навч. посіб. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / В. І. Бабенко, М. В. Руденко. — К. : Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2005. — 408 с.

У запропонованому навчальному посібнику на основі чинного екологічного законодавства і практики його застосування розглянуто актуальні питання прокурорського нагляду за додержанням і застосуванням законів про охорону довкілля. Показані особливості організації цієї прокурорської роботи. Висвітлюються питання тактики і методики здійснення екологічного нагляду прокуратури, а також методології оцінки ефективності прокурорського нагляду за додержанням і застосуванням законодавства в екологічній сфері.

Посібник розрахований на студентів, аспірантів, професорсько-викладацький склад вищих юридичних навчальних закладів, прокурорів, слухачів системи підвищення кваліфікації прокурорсько-слідчих кадрів, інших юристів, які цікавляться питаннями організації та діяльності органів прокуратури України. Посібник може бути корисним фахівцям, які здійснюють державний екологічний контроль у галузі охорони довкілля.



Замовляйте видання за телефоном:

0(44) 537-51-11

або електронною поштою: sales@inyure.kiev.ua

<http://shop.inyure.kiev.ua>

СУДОВІ ОРГАНИ В ЗАХІДНОУКРАЇНСЬКІЙ НАРОДНІЙ РЕСПУБЛІЦІ (1918–1919 рр.)



М. МАЦЬКЕВИЧ

*кандидат юридичних наук, доцент,
доктор філософії, директор
Науково-дослідного інституту
Івано-Франківського університету права
імені Короля Данила Галицького,
заслужений юрист України*

На сучасному етапі розвитку вітчизняної юридичної науки зросла увага до проблем, дослідження яких зумовлено поступальним рухом України до суверенної, правової держави, відновленням і розвитком власних державницьких традицій. Особливий інтерес у вчених викликає теорія й практика українського державотворення в Західноукраїнській Народній Республіці.

Історію ЗУНР досліджувала чимала кількість учених-істориків, та на жаль, що стосується правничої літератури, то тут ситуація значно гірша. З істориків права тільки кілька осіб досліджували цю проблему: відомий професор Львівського університету В. Кульчицький, професор Б. Тищик, доценти О. Вівчаренко та М. Кобилецький, останній з яких захистив у 1998 р. кандидатську дисертацію на тему, присвячену ЗУНР. А професор Б. Тищик і доцент О. Вівчаренко у 1993 р. опублікували окреме дослідження [1, 8; 2; 3].

Сьогодні чимало джерел з історії ЗУНР зберігається в архівах Польщі

(Центральний військовий архів, Архів актів у Варшаві, державний архів у Перемишлі), у Відні (Центральний державний архів, Адміністративний та Військовий архів), у Німеччині, Чехії, США, Великій Британії, Франції [1, 8].

Процес вивчення історії Західноукраїнської Народної Республіки, яким займалися українські дослідники, відображає основні тенденції розвитку української історичної науки і в радянський час, і в умовах становлення новітньої національної державності, а також зарубіжної україністики [4, 7].

Правоохоронні органи в кожній демократичній державі відіграють дуже важливу роль у здійсненні правосуддя та забезпеченні правопорядку. Не менш важливим напрямом державотворення у період існування ЗУНР було формування судової системи влади, якому і присвячене це дослідження.

Організаційну основу судової системи становить стара австрійська система судівництва, про що йшлося у

прийнятому 21 листопада 1918 р. Законі УНРади «Про тимчасову організацію судів і влади судейської». Керівним органом судової влади закон визначав Державне секретарство судівництва, а всі суди попередньої держави відповідно «стають судами Західно-Української Народної Республіки і є зобов'язані в її імені виконувати далі спорове, неспорове і карне судівництво». За визнанням безпосереднього учасника судового будівництва ЗУНР М. Чубатого, «устрій судів та виконання самого судівництва побіч тих перемін, які були безумовно потрібні, не улягало у нас майже ніяким змінам, тим більше, що обсади судейських посад не стрічалися з більшими труднощами з огляду на доволі велике число суддів-українців. На перший план висунулася потреба змінити старі закони, які мали на цілі охорону австрійської держави». Тимчасово залишалися в силі ті закони та розпорядження судової влади, що не суперечили інтересам української держави. З дня оприлюднення закону усі судові вироки та ухвали повинні були виноситися від імені ЗУНР [4, 186].

Невдовзі Державне секретарство судівництва, яке очолював О. Бурачинський, провело реформування судової системи, розділивши територію держави на 12 судових округ та 130 судових повітів. Вони мали комплектуватися судьями на основі виборності місцевим населенням, при цьому було дотримано квотного представництва в судовому корпусі обранців від національних меншин. Запроваджувалися судочинства українською мовою, принципи гласності, відкритості, змагальності, права звинуваченого на захист. У зв'язку із складними воєнними обставинами судовий інститут присяжних був тимчасово скасований,

для ведення кримінальних справ створювалися трибунали першої інстанції. Функції другої та третьої судових інстанцій належали відповідно тимчасово створеним Окремим судовим сенатам другої та третьої інстанцій. Були врегульовані питання розмірів оплати праці судовим працівникам, судових та цивільних експертів, судово мито тощо [4, 168].

У 1908 р. у Східній Галичині з 1 150 суддів 367 або 31,8 % були українцями, 772 судді або 63,3 % — поляки, в тому числі членами вищого крайового суду з 56 осіб 42 або 72%, були поляки, а 13 суддів (23,3 %) українці [5]. Українські судді працювали і в інших частинах Австро-Угорської монархії. А. Долинський був суддею Найвищого трибуналу у Відні, О. Каранович — радником Найвищого Адміністративного Суду у Відні та ін. Судді, які склали присягу на вірність ЗУНР, залишилися на своїх посадах. Присягу прийнято і у службовців та технічного персоналу судів. Причому не існувало жодних дискримінацій за національним та релігійним принципами. Підтвердженням цього став показовий судовий процес, який організувала польська влада у травні 1921 р. проти заступника військового коменданта Золочівського повіту Т. Ваня. Його звинуватили у примусовому, за допомогою військової сили, прийнятті у працівників суду присяги на вірність Україні та зобов'язання їх протягом одного року вивчити українську мову [2, 89–90].

У параграфі 1 Закону «Про тимчасову організацію судів і влади судейської» зазначалось: «Закони і розпорядки, на підставі котрих в бувшій австрійській державі виконувалось судівництво, оскільки вони не противляться державності Західно-Української Народної Республіки, остають

аж до їх зміни, згідно знесення в правній силі і на їх підставі мається далі вести судочинство». У параграфі 2 записано, що «всі закони і розпорядки, які мали на цілі охорону прав бувшої австрійської держави, її армії та її органів... мають тепер аналогічно примінюватися для охорони прав і інтересів Західно-Української Народної Республіки, її армії та її органів». У параграфі 3 зазначалося: «Всі суди, які знаходяться на території бувшого ц. к. Вищого суду краю у Львові, стають судами Західно-Української Народної Республіки і є зобов'язані в її імені виконувати далі спорове, неспорове і карне судівництво» [1, 191–192].

Компетенція колишнього австрійського міністерства судівництва переходила, відповідно до параграфа 4 Закону, до державного секретарства судівництва ЗУНР. До нього належало також «іменування судових урядників» (службовців). Що стосується суддів, то їх призначав Державний Секретаріат на пропозицію державного секретаря судівництва. Параграфом 5 Закону скасовано дію деяких положень австрійського Основного закону від 21 грудня 1867 р. «Про судову владу» [1, 192].

Отже, колишній австрійський повітовий суд тепер називався «Повітовий суд Західно-Української Народної Республіки», колишній окружний суд — «Окружний суд Західно-Української Народної Республіки».

Таким чином, Законом Української Національної Ради від 21 листопада 1918 р. створено систему судових органів у ЗУНР, яка складалась із повітового суду, окружного суду та Вищого Суду. Як найвища судова інстанція окремим законом мав бути створений Найвищий Суд ЗУНР. Суд присяжних, враховуючи військове та соціаль-

но-економічне становище держави, тимчасово призупиняв свою діяльність терміном на один рік на основі розпорядження Державного Секретаріату. Незважаючи на велику кількість кваліфікованих спеціалістів-юристів відчувався брак суддів. Ситуація вимагала також, щоб поряд зі старими австрійськими суддями працювала нова генерація спеціалістів та патріотів. Українська Національна Рада 11 лютого 1919 р. за поданням Державного секретарства судівництва прийняла Закон «Про скорочення підготовляючої судівської служби». Закон надавав право Державному секретарству судівництва, за наявності вакантних судівських посад, скорочувати термін стажування на посаду суддів з трьох до двох років. Австрійське законодавство, яке продовжувало діяти на території ЗУНР, встановлювало певний термін стажування для обіймання окремих посад після закінчення юридичного факультету. Кандидатів на суддівські посади за цим Законом частково звільняли від проходження такого стажування. Дія закону в часі мала тривати п'ять років, тобто законодавець передбачав встановлені терміни повної стабілізації в державі [2, 91–92].

На його виконання Державне секретарство судівництва прийняло відповідне розпорядження від 20 лютого 1919 р., яким розробило порядок складання судівського іспиту. Для складання іспиту створювалась екзаменаційна комісія. До її складу входив як голова комісії «Президент Вищого Суду або Президент окружного суду в тій місцевості, яка є осідком комісії». Членів комісії на строк три роки призначав Державний секретар судівництва за пропозицією голови комісії. Причому кандидати у члени комісії вибирались на конкурсній основі і їх

мало бути на половину більше від призначуваних. Адвокати, члени комісії рекомендувались головою за погодженням із адвокатською палатою у місці розташування комісії. Важливе значення іспиту підтверджував факт рекомендації призначати членами комісії професорів юридичного факультету, спеціалістів у галузях цивільного та кримінального права і процесу. Комісія створювалась при Вищому Суді або в іншому місці, яке встановлювалось Державним секретарством судівництва. Вона складалася з п'яти членів, «з яких не менше двох мали бути суддями, а один адвокатом». Екзаменаційну комісію при окружному суді у Станіславі створено 23 березня 1919 р. Головою став Президент окружного суду Ф. Магела, заступниками — Президент окружного суду І. Чернявський і радник Вищого Суду С. Щалковський, екзаменаторами — адвокат Л. Бачинський, віце-президент Української Національної Ради, адвокат Ф. Гальперн, адвокат Г. Зайдель, радник Вищого Суду І. Габрусевич і радник Й. Кульчицький. У розпорядженні передбачалось, що суддівські іспити «є вільними від такс і тарифів, а уряд екзаменаторів є безоплатний, однак немісцевим екзаменаторам належать службові і кошти подорожі». Витрати покривались за державні кошти, що ліквідовувало можливості зловживання під час іспиту. Прохання про складання іспиту вносились до Державного секретарства судівництва через Президію окружного суду за місцем проживання кандидата. Іспит складався з двох частин — письмової та усної. Письмова з цивільного і кримінального права проходила два дні. Кандидати мали право вільно використовувати усі наявні в суді закони та розпорядження. У розпорядженні детально регламентувався

сам хід іспиту і критерій оцінки. У випадку незгоди кандидата з оцінкою він міг протягом трьох місяців скласти повторно новий. Кандидат, який три рази не склав іспит, звільнявся від подальшого проходження суддівського стажування. Протокол підписувався всіма екзаменаторами і зберігався в архівах суду, де відбувався іспит. Місцезнаходженням екзаменаційної комісії на період надзвичайних ситуацій окремим розпорядженням Державного Секретаріату визначено місто Станіслав [2, 92–93].

Інформація про призначення на суддівські та прокурорські посади неодноразово друкувалась в офіційному державному часописі «Республіка». 15 березня 1919 р. повідомлялось про призначення на посаду Президента Станіславського окружного суду М. Каратницького і двох його заступників та державних обвинувачів — прокурорів — судового радника Й. Кульчицького і його заступника судового радника Л. Заградника, а 29 березня призначення на посаду прокурорів Л. Шаховича в Стрию та Г. Огоновського в Коломиї, суддями Д. Бойка в Бережанах і М. Гамярьського до Львівського Вищого Суду з місцем роботи в Монастирці. Повідомлялась також інформація про наявність вільних судівських та прокурорських посад, яка друкувалась у газеті «Республіка» [2, 93].

29 квітня 1919 р. оголошувався конкурс на обіймання посад президентів окружних судів у Самборі, Чорткові, Стрию та віце-президентів окружних судів у Бережанах, Станіславі, Самборі. Конкурс мав тривати до 16 червня 1919 р. Після проголошення Злуки Зунр та УНР необхідно було внести зміни і до офіційних документів судових та прокурорських органів. Розпорядженням Державного

Секретаріату від 2 березня 1919 р. «Про печати, вивіски і орієнтаційні написи судів, державних прокуратурій і карних заведень» ліквідовувалось аналогічне розпорядження ЗУНР від 18 грудня 1918 р. Офіційні документи та печатки судів, прокуратури мали відповідати державним атрибутам Української Народної Республіки — гербу, тризубу і напису українською мовою — «Українська Народна Республіка». Усі написи на документах та печатках виготовлялись українською мовою. Крім українського тексту, можна було додатково вживати мови законно визнаних національних меншин. Дотогочасні атрибути Австрії та ЗУНР у документах судової системи мали діяти аж до закінчення їхнього терміну використання [2, 93–94].

11 лютого 1919 р. Українська Національна Рада прийняла два важливі закони щодо діяльності судів республіки у цивільному і кримінальному судочинстві. Законом «Про розмежування компетенції повітових та окружних судів в цивільних справах» розмежовано їхню компетенцію щодо окремих категорій справ і, відповідно до інфляційних процесів у державі, збільшено суми судового мита при розгляді цивільних справ. Іншим законом Української Національної Ради «Про зміну складу Трибуналів першої інстанції в карних справах» встановлювався порядок розгляду кримінальних справ у судах першої інстанції. Судьями одноособово розглядались кримінальні справи у випадку, коли термін покарання за вчинене правопорушення не перевищував одного року «в'язниці або тяжкої в'язниці». У всіх інших випадках трибунал діяв у складі трьох професійних суддів. Судьями, які приймали рішення одноособово, могли бути лише юристи високої кваліфікації з класним чином «радник

суду» і «радник Вищого Суду дотичних трибуналів». Дія закону поширювалась на всі кримінальні справи, у яких не було прийнято рішення суду по першій інстанції. Структуру та порядок діяльності судів вищих інстанцій встановив Закон Української Національної Ради від 15 лютого 1919 р. «Про тимчасове виконуваче судівництво в цивільних і карних справах в другій і третій інстанції в часі надзвичайних відносин, спричинених війною». Ним змінювався порядок розгляду судами цивільних і кримінальних справ у другій і третій інстанції, з причини військової ситуації, пов'язаної з втратою столиці держави м. Львова [2, 94].

Функції Вищого Суду та Найвищого Суду у Львові виконували спеціально створені Сенати — «Окремий судовий Сенат II інстанції та окремих судовий Сенат III інстанції». Державне обвинувачення у цих судах мали підтримувати прокурори, призначені Державним секретарством судівництва. Голова і члени сенатів також призначались Державним секретарством судівництва з числа президентів і віце-президентів окружних судів та радників Вищого Суду Західної Області Української Народної Республіки. Усі члени судових сенатів продовжували працювати на своїх попередніх посадах. Засідання судових сенатів II та III інстанцій відбувались раз на місяць у місцях, встановлених Державним секретарством судівництва. На виконання постанов цього закону Державне секретарство судівництва прийняло 22 березня 1919 р. розпорядження «Про встановлення правильника для Окремого Судового Сенату другої інстанції». Судовий Сенат II інстанції було утворено при окружному суді в Станіславі, а початок його роботи встановлено з 1 квітня

1919 р. Судовому Сенату II інстанції передали на розгляд всі судові справи, які згідно із законодавством знаходились у компетенції Вищого Суду у Львові. При Судовому Сенаті II інстанції утворювався канцелярський відділ. Всю іншу необхідну роботу виконував допоміжний персонал окружного суду в Станіславі. Також при Судовому Сенаті II інстанції «встановлено заступництво публічного оскарження для ведення агент Державної Надпрокуратури». У її склад переходив канцелярський відділ Державної прокуратури у Станіславі. Найвищому Державному Суду Західної Облaсті Української Народної Республі-

ки передавались функції, які в колишній Австро-Угорщині виконував Верховий судовий і касаційний трибунал у Відні. Розпорядженням Державного секретарства судівництва регламентовано й оплату судових витрат, мита, плату судових експертів. Для малозабезпечених осіб передбачались такі пільги: «належить за доручене відпадає, коли сторона зобов'язана до зарплати той належності, має право убогих» [2, 94–95].

Отже, із зазначеного можна дійти висновку, що законодавство, яке регулювало діяльність судових органів, ще потребує детального вивчення та наукового аналізу з боку дослідників.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Тищик Б. Й. Західно Українська Народна Республіка (1918–1923). Історія держави і права. — Л., 2004. — 392 с.
2. Кобилецький М. М. Утворення ЗУНР, її державний механізм та діяльність (1918–1923) : дис. ... канд. юрид. наук. — Л., 1998. — 205 с.
3. Тищик Б. Й., Вівчаренко О. А. Західноукраїнська Народна Республіка : 1918–1923 рр. — Коломия, 1993. — 120 с.
4. Західно-Українська Народна Республіка, 1918–1923 : Ілюстрована історія / С. Адамович, П. Арсенич, О. Баран, Л. Бурачок, В. Бурдуланюк та ін. ; гол. ред. М. Кугутяк. — Л. — Івано-Франків., 2008. — 524 с.
5. *Pravnik*. — Krakow., 1912. — S. 130.

Мацькевич М. М. Судові органи в Західноукраїнській Народній Республіці (1918–1919 рр.)

Анотація. У статті аналізуються судові органи в ЗУНР, досліджуються окремі судові органи.

Ключові слова: судові органи, ЗУНР, судова влада.

Мацькевич М. М. Судебные органы в Западноукраинской Народной Республике (1918–1919 гг.)

Аннотация. В статье анализируются судебные органы в ЗУНР, исследуются отдельные их виды.

Ключевые слова: судебные органы, ЗУНР, судебная власть.

Matskevych M. Courts of WUNR (1918–1919)

Annotation. In the article author analysis the courts of WUNR, researched some kinds of them.

Key words: court, WUNR, court authorities.

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ОХОРОНА ПРАВА СПОЖИВАЧА НА ІНФОРМАЦІЮ ПРО ПРОДУКЦІЮ



О. КОСТЕНКО

аспірант кафедри

кримінального права та кримінології

*(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)*

15 березня 1961 р. Джон Ф. Кеннеді проголосив у Конгресі США промову, у якій він вперше охарактеризував поняття «споживач» та назвав чотири основних права споживача. «Споживачі — це всі ми, — сказав Кеннеді. Споживачі — це найбільший економічний прошарок, який впливає майже на будь-яке приватне чи державне економічне рішення... Але це єдиний голос, якого найчастіше не чути». Чотирма основними правами, що прозвучали тоді у Конгресі, стали: право на інформацію, право на безпеку, право на вибір і право бути почутим» [1].

З часів, коли президент США визнав захист прав споживачів одним із найбільш пріоритетних напрямів державної політики, минуло багато років, видано безліч законів, створена численна кількість державних органів та громадських організацій, а голос споживача так і не почуто. Про це свідчать публікації у пресі, телевізійні програми, звернення ошуканих грома-

дян, соціологічні опитування. Наприклад, Черкаська обласна газета «Нова доба» зазначає: «Понад 66 т імпортованих продуктів для дитячого харчування перевірили нещодавно працівники Держспоживстандарту. За результатами цієї перевірки третина дитячого харчування закордонних виробників виявилася неякісною, тому її вилучили з продажу. Здебільшого зняли з реалізації продукти, на яких відсутнє належне маркування, сертифікати якості та не вказано склад... Через отруєння неякісними сумішами всього за півдобу дитина може померти» [2]. А суспільно-політичне інформагентство «Медіастар» повідомляє: «Фахівці Держспоживстандарту забракували 42,5 % перевіреної за час виробництва та оптової торгівлі рибної продукції... Найбільше порушень було виявлено в маркуванні продукції — більше половини (58 %) всіх виявлених порушень» [3]. Щодо відомих усім БАДів (біологічно активних добавок) взагалі статистика невітніша: «1997 року в

США було зареєстровано 2,5 тис. випадків побічних ефектів БАДів, 79 із них закінчилися смертю. Серед причин — отруєння ефедрином, гормоно-подібними речовинами й великими дозами вітамінів (А, Д тощо). До речі, склад багатьох вітамінів досить часто не відповідає заявленому виробником, тому що комплекс вітамінів може сам себе руйнувати» [4].

На Консультації експертів Продовольчої та сільськогосподарської організації ООН (ФАО) 1993 р. з питання включення інтересів споживачів у систему контролю якості харчових продуктів однією з проблем, що викликають особливу стурбованість споживачів, було те, що вони вважають державні відомства та промисловість такими, що не дають достатньої інформації, яка дозволяла б їм робити свідомий вибір. Також було зазначено, що дуже часто етикетки на харчових продуктах не містять достатньої та зрозумілої для всіх інформації, вона незрозуміла або може бути суперечливою [5].

Виникає запитання: як же захищені вітчизняні споживачі від порушень їхнього права на інформацію законодавчими актами України? Основний Закон України у ст. 50 проголошує: «Кожному гарантується право вільного доступу до інформації про стан довкілля, про якість харчових продуктів і предметів побуту, а також право на її поширення. Така інформація ніким не може бути засекречена». 12 травня 1991 р. було прийнято Закон України «Про захист прав споживачів», що визначає права споживачів та механізм їх захисту. Також до законодавчих актів, що захищають права споживача, можна віднести Закон України «Про якість та безпеку харчових продуктів і продовольчої сировини», Закон України «Про відповідальність

постачальника за випуск і реалізацію неякісної і небезпечної продукції», Закон України «Про стандартизацію» та ін.

Варто також згадати про такий документ, як Кодекс Аліментаріус [6]. Цей звід міжнародних харчових стандартів, створений для охорони здоров'я споживачів і сприяння добросовісної торгівлі харчовими продуктами. Цінним досягненням цього Кодексу є значне підвищення інформованості світової спільноти з таких життєво важливих питань, як якість продуктів харчування, продовольча безпека, діяльність охорони здоров'я суспільства. До речі, у 1998 р. була створена Національна комісія України з Кодексу Аліментаріус, яка покликана аналізувати міжнародне та вітчизняне законодавство, гармонізувати їх, розроблювати пропозиції щодо удосконалення законодавства у сфері безпечності та якості харчових продуктів [7].

Над проблемою прав споживачів, у тому числі права на інформацію, серед представників юридичної науки працювали, зокрема, О. Зверєва, Л. Іваненко, Г. Колісникова, С. Косінов, Т. Левшина, М. Маренич, М. Мотехіна, А. Осетинська, Д. Федан та інші вчені.

Аналізуючи наукові праці українських та російських вчених-юристів щодо захисту прав споживачів та безпеки харчових продуктів, можна помітити, що більшість праць написано в цивільно-правовому контексті. Це значно звужує обсяг можливостей захисту споживачів, права яких були порушені, адже, як ми можемо спостерігати у буденному житті, мають місце різні ситуації, коли дії виробника чи продавця тієї чи іншої продукції можуть бути не лише цивільно-правовими порушеннями, а й посягати на цінності, які захищає Кримінальний

кодекс. Так, О. Зверева стверджує, що «...недоліком таких праць є вивчення питань захисту прав споживачів з позиції тільки однієї галузі права, що негативно позначається на висновках... Розгляд цього правового інституту поза міжгалузевою взаємодією не дозволяє побачити весь комплекс проблем, що виникають у сфері досліджуваних відносин, а отже — не дозволяє вирішити завдання належного забезпечення захисту прав споживачів... проблему захисту прав споживачів на сучасному етапі можна вирішити тільки шляхом забезпечення міжгалузевої взаємодії різних галузей права — насамперед, господарського права і цивільного права, а також адміністративного і кримінального права» [8]. Підтримує цю наукову позицію також і Т. Левшина, на її думку, система норм права, що регулює суспільні відносини щодо забезпечення захисту прав споживачів, містить норми різноманітних галузей права [9, 11].

Ця стаття присвячена питанню захисту прав споживачів засобами кримінального права, а саме права на інформацію, закріпленому у ст. 15 Закону України «Про захист прав споживачів». Серед українських правознавців проблематикою права споживача на інформацію займається також Г. Колісникова, але в галузі цивільного права [10, 248–252].

Насамперед необхідно з'ясувати, що ж розуміється під поняттям «право споживачів на інформацію». У Законі України «Про захист прав споживачів» це поняття визначається так: «Споживач має право на одержання необхідної, доступної, достовірної та своєчасної інформації про продукцію, що забезпечує можливість її свідомого і компетентного вибору» (ст. 15).

Проаналізувавши це визначення, можна дійти висновку, що з усіх еле-

ментів права на інформацію законодавець обмежився тільки її одержанням. Взагалі згідно з раніше розробленим нами широким поняттям прав людини на інформацію «права людини у сфері обігу інформації — це заснована на природних правах, закріплених у чинному законодавстві, свобода вчиняти певні дії з інформацією, а саме одержувати, створювати, зберігати, поширювати, використовувати, розповсюджувати інформацію, крім тих дій, які особа зобов'язана не вчиняти» [11, 44]. У цьому випадку доречним є запитання, чи існує необхідність розширювати визначення дане Законом, додавати до елементу одержування також і створювання, збереження, поширення, використання, розповсюдження? Вважаємо, що так. Підтвердженням цього є життєва ситуація, яка описана на сайті *consumer.in.ua*, що присвячений захисту прав споживачів: «Центр Незалежних Споживчих Експертиз «ТЕСТ» провів тестування сиру українських виробників. Але вже через два дні після публікації результатів сиру сторінка <http://www.test.org.ua/tests/food/214> виявилася недоступною! На головній сторінці *test.org.ua* при цьому повідомляється, що інформація знята «для закінчення процесу з'ясування відносин з Яготинським маслозаводом». Чим саме залишився невдоволений Яготинський маслозавод, можна лише здогадуватись з публікацій ЗМІ. Із матеріалу на <http://ura-inform.com/society/2010/05/20/test> стає зрозумілим, що знайдений в Яготинському сирі немолочний жир і міг стати причиною «з'ясування відносин» між незалежним центром споживчих експертиз та Яготинським маслозаводом [12]. У цій ситуації очевидно, що після одержання інформації (на основі проведення тесту сиру) було порушене право громадян на збереження, вільне викорис-

тання і розповсюдження інформації про продукт харчування. І такі випадки не поодинокі. Тому розширення елементів права на інформацію у ст. 15 Закону України «Про захист прав споживачів» є доцільним для запобігання посягань на права споживача у сфері обігу інформації, які, на жаль, мають місце все частіше.

Законом України «Про захист прав споживачів» також надається якісна характеристика інформації, яку має право одержати споживач. Як вже було сказано, вона має бути необхідною, доступною, достовірною та своєчасною.

Як зазначає М. Мотехіна, «під необхідною інформацією слід розуміти її повноту. Зазвичай споживач не має достатніх знань про товар, який він бажає придбати. Тому продавець (виробник, виконавець) повинен надати споживачеві інформацію в такому обсязі, який дасть змогу споживачеві оцінити необхідність придбання товару, що цікавить його, його властивості, його якість, правила користування і зберігання товару і на основі цього зробити правильний і потрібний вибір товару (роботи, послуги), а в подальшому використовувати товар за призначенням без допомоги професіоналів» [13]. На думку Г. Колісникової, під необхідною інформацією слід розуміти таку, яка відповідно до закону є обов'язковою [10, 248]. Враховуючи, що Закон України «Про захист прав споживачів» встановив обов'язковий перелік даних, які має містити інформація про продукцію, то з таким визначенням є всі підстави погодитись.

Доступність інформації, на думку Т. Левшиної, має бути надана у формі (письмовій або усній), яка дасть змогу споживачеві зрозуміти її зміст [9, 30]. Аналіз Закону РФ «Про захист прав споживачів» від 7 лютого 1992 р. та

порівняння його з українським, що має аналогічну назву, дає підстави стверджувати, що російські законодавці висловилися більш вдало щодо доступності інформації, вказавши в ч. 2 ст. 8 Закону, що «наглядність і доступність» є якостями форми інформації, а не її самої [14]. На нашу думку, таке формулювання є більш точним.

Достовірність інформації, — зазначає М. Мотехіна, — це відповідність відомостей, що містяться в ній про товар (роботу, послугу) реальній дійсності, тобто точна відповідність дійсним властивостям товару [15].

Сенс поняття своєчасності розкритий у самій ст. 15 Закону України «Про захист прав споживачів», де вказано, що інформація має бути надана споживачеві до моменту придбання ним товару чи замовлення роботи чи послуги.

Сьогодні є всі підстави вважати, що одним із джерел інформації є реклама (у друкованих засобах масової інформації, по радіо, телебаченню, в Інтернеті тощо).

Отже, підсумовуючи сказане вище, можна дійти висновку, що право споживачів на інформацію — це закріплена у чинному законодавстві свобода споживачів одержувати, створювати, зберігати, поширювати, використовувати, розповсюджувати необхідну, достовірну та своєчасну інформацію про продукцію у доступній формі, що забезпечує можливість її свідомого і компетентного вибору.

Як вже було зазначено, вирішення проблеми захисту прав споживачів є завданням різних галузей права, в тому числі і кримінального. Кримінальний кодекс України у розділі «Злочини у сфері господарської діяльності» містить такі склади злочинів: ст. 225 «Обман покупців та замовників», ст. 226 «Фальсифікація засобів

вимірювання», ст. 227 «Випуск або реалізація недоброякісної продукції». Ці склади певною мірою охороняють права споживача. Але основним благом, яке охороняється нормами цього розділу, є встановлений законодавством порядок виробництва, розподілу, обміну та споживання товарів, робіт і послуг, але аж ніяк не життя і здоров'я споживача. У науково-практичному коментарі до Кримінального кодексу України щодо ст. 227 зазначено, що тяжкі наслідки, у вигляді заподіяння шкоди здоров'ю споживача, їх смерті знаходяться за межами цього складу злочину і мають діставати самостійну кримінально-правову оцінку [16, 904]. Виникає запитання: а яка ж тоді кримінально-правова норма охороняє та встановлює відповідальність за випадки такої шкоди здоров'ю або навіть смерті споживача, що настали внаслідок непоінформованості чи неналежної поінформованості щодо складу та/або властивостей тієї чи іншої продукції, вжитої споживачем? Очевидно, що наразі такого складу злочину в КК України немає. Необхідність його введення в Кримінальний кодекс України можна, на нашу думку, обґрунтувати так:

- високий рівень суспільної небезпечності порушення права споживачів на інформацію про продукцію, оскільки піддається реальній небезпеці основна цінність держави і суспільства — життя та здоров'я людини;
- учасником відносин між споживачем та продавцем та/або виробником продукції є кожен з нас, причому щоденно ми споживаємо, використовуємо декілька видів продукції, що значно підвищує вірогідність та частоту правопорушень у цій сфері;
- європейський досвід свідчить про те, що склади злочинів такого ро-

ду вже давно закріплені у кримінальному законодавстві й ефективно сприяють охороні прав людини державою. Так, у Кримінальному кодексі Данії у § 188 записано, що покаранню підлягає «будь-яка особа... яка здійснює спробу розповсюдити, приховуючи шкідливий характер речовини:

1) продукти харчування або спиртні напої, шкідливі для здоров'я внаслідок псування, неправильного приготування, способу зберігання або внаслідок аналогічних причин;

2) предмети повсякденного користування, шкідливі для здоров'я при звичайному використанні» [17].

До речі, варто також зазначити, що цей склад злочину міститься в КК Данії у главі під назвою «Злочини, що викликають суспільну небезпеку».

Для того щоб норма кримінального закону ефективно охороняла той чи інший порядок суспільних відносин та запобігала злочинам, слід чітко і недвозначно описати об'єктивну сторону складу злочину. Варто звернути увагу на те, що шкоду здоров'ю чи життю людини може заподіяти відсутність інформації або її спотворення не лише щодо продукції, яка визнається шкідливою, отруйною, а навіть якщо вона відповідає прийнятим на цей час стандартам якості та/або безпеки, але містить речовину чи властивість, яка може зашкодити людині внаслідок індивідуальних особливостей її організму. Наприклад, це стосується осіб, які страждають на алергію чи цукровий діабет. УНІАН повідомляє, що «харчова алергія є потенційно небезпечною для життя дітей і дорослих. З 1997 р. випадки дитячої алергії на продовольчі продукти виросли на 18 %. На сьогодні не існує лікування цієї форми алергії, тому єдиним рішенням є відмова від тієї або іншої їжі» [18]. Також, вживаючи

термін «продукція», у цьому контексті не варто обмежуватись тільки продуктами харчування, адже нанести шкоду споживачу може і одяг, іграшки, техніка тощо.

Враховуючи зазначене вище, є підстави запропонувати внести у розділ II «Злочини проти життя та здоров'я особи» Особливої частини Кримінального кодексу України таку статтю:

«Стаття... Порушення права споживача на інформацію про продукцію

Ненадання у доступній формі виробником, виконавцем чи продавцем споживачу необхідної, достовірної, своєчасної інформації про склад та/або властивості, чи спосіб викорис-

тання (споживання) товарів, робіт або послуг, якщо такі дії спричинили тривалий розлад здоров'я або смерть потерпілого, — карається...»

Підсумовуючи, слід додати, що для ефективного захисту права споживачів на інформацію недостатньо лише криміналізувати порушення цього права. Необхідно також створити ефективний механізм взаємодії цивільного, господарського, адміністративного, кримінального та інших галузей права, гармонізувати чинне законодавство. Особливо актуальним на сьогодні є, як видається, вивчення та використання зарубіжного досвіду щодо охорони права споживачів на інформацію про продукцію.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Морозов С. І. 15 березня — Всесвітній день прав споживачів. Всі на мітинг // Вечірній Луганськ. — 2008. — № 9 (425).
2. <http://www.novadoba.info/consumer/1624-tretyna-dytjachogo-harchuvannja-neshchodavno-perevirenogo-fahivcjamy-nejakisna-ta-mistyt-zaboroneni-dobavky>
3. <http://mediastar.net.ua/svavil/6350-polovina-myasnoyi-ta-ribnoyi-produkciyi-ne.html>
4. Галковська Т. До столу подано : хто кого з'їсть? // Дзеркало тижня. — 2002. — № 25 (400).
5. http://www.codexeuropa.ch/pdf_files/russian/CA_i_potrebiteli.pdf
6. http://codexeuropa.ch/pdf_files/russian/Cover.pdf
7. <http://www.meatbusiness.ua/article.php?p=526&j=1>
8. Зєрєва О. Забезпечення міжгалузевої взаємодії правових норм з метою захисту прав споживачів // Право України. — 2008. — № 6. — С. 20–21.
9. Левишина Т. Л. Основы законодательства о защите прав потребителей : курс лекций. — М., 1994. — С. 11.
10. Колісникова Г. Право споживача на інформацію // Право України. — 2010. — № 11. — С. 248–252.
11. Костенко О. Права людини у сфері обігу інформації : поняття і кримінально-правова охорона // Актуальні питання державотворення в Україні очима молодих учених : зб. наук. пр. міжнар. наук.-практ. конф. : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. студентів, аспірантів та молодих учених Київського національного університету імені Тараса Шевченка (23–24 квітня 2009 р.). — К., 2009. — Ч. 4. — С. 44–45.
12. <http://www.consumer.in.ua/test-zakryl-rezultaty-testa-tvoroga-iz-za-yagotinskogo-maslozavoda/>
13. http://www.tspu.tula.ru/res/econom/ZPP/lecture_4.htm
14. <http://duma.consultant.ru/>
15. http://www.tspu.tula.ru/res/econom/ZPP/lecture_4.htm
16. Науково-практичний коментар до Кримінального Кодексу України : у 2 т. / за заг. ред. П. П. Андрушка, В. Г. Гончаренка, Є. В. Фесенка. — 3-тє вид., переробл. та допов. — К., 2009. — Т. 1 — С. 904.
17. Уголовный кодекс Дании / науч. ред. и предисл. С. С. Беляева, канд. юрид. наук (МГУ им. М. В. Ломоносова), пер. с датського и англ. канд. юрид. наук С. С. Беляева, А. Н. Рычевой. — СПб., 2001. — С. 158.
18. <http://health.unian.net/ukr/detail/195286>

Рекомендовано до друку кафедрою кримінального права та кримінології юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка.

Костенко О. О. Кримінально-правова охорона права споживача на інформацію про продукцію

Анотація. На підставі проведеного дослідження автор формулює пропозиції щодо встановлення кримінальної відповідальності за порушення права споживача на інформацію про продукцію.

Ключові слова: право споживача на інформацію, посягання на життя і здоров'я особи, кримінальна відповідальність.

Костенко Е. А. Уголовно-правовая охрана права потребителя на информацию о продукции

Аннотация. На основании проведенного исследования автор формулирует предложения об установлении уголовной ответственности за нарушения права потребителя на информацию о продукции.

Ключевые слова: право потребителя на информацию, посягательство на жизнь и здоровье личности, уголовная ответственность.

Kostenko O. Criminal law protection of consumer right to product information

Annotation. Based on research, the author formulates proposals for establishing criminal liability for breach of consumer's right to information about products.

Key words: consumer's right to information, encroachment on the lives and health of person, criminal liability.

Пропонується збірник:

Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах : офіц. вид. / Верхов. Суд України ; відп. ред. П. П. Пилипчук. — К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2008. — 608 с.



До збірника включено витяги із судових рішень з питань кримінального права та процесу, які були розглянуті Верховним Судом України в 2007 р. у касаційному порядку та в порядку виключного провадження.

Видання містить також роз'яснення Пленуму Верховного Суду України, узагальнення судової практики, статистичні коментарі, тематичні довідкові матеріали, рішення Європейського суду з прав людини у справах проти України. Наводиться також систематичний покажчик опублікованих раніше матеріалів в інших офіційних виданнях Верховного Суду України.

Замовляйте видання за телефоном:

0(44) 537-51-11

або електронною поштою:

sales@inyure.kiev.ua

<http://shop.inyure.kiev.ua>

«РОЗУМНИЙ СТРОК» В АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРОЦЕСІ



І. ЗАВАЛЬНЮК

*суддя Одеського окружного адміністративного
суду, здобувач кафедри адміністративного
і фінансового права
(Національний університет
«Одеська юридична академія»)*

Становлення України як демократичної правової держави неможливе без гарантування права особи на судовий захист порушених прав, свобод та інтересів з боку органів державної влади. Саме з цією метою було створено адміністративну юстицію, основним завданням якої і стало забезпечення дієвого захисту прав громадян та юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень. При цьому важливе значення має як сам захист, так і його своєчасність.

Мета дослідження — визначити поняття «розумний строк» в адміністративному процесі, виокремити його критерії оцінювання, проаналізувати передумови порушення зазначеного строку та важливість його дотримання. У зв'язку з цим вирішено такі завдання: 1) з'ясовано значення розумності строку в сучасному адміністративному процесі; 2) на основі аналізу досвіду виокремлено критерії оціню-

вання розумності строку; 3) розглянуто умови практичної реалізації розумності строку в адміністративному процесі.

Із прийняттям 6 липня 2005 р. Кодексу адміністративного судочинства України (далі — КАС України) [1] було здійснено важливий крок зі створення й запровадження спеціалізованої системи адміністративного правосуддя. Він свідчить про безпосереднє впровадження правових демократичних перетворень в Україні, утвердження верховенства права і висуває нові завдання перед органами правосуддя у забезпеченні законних прав і інтересів людини та громадянина. Згідно з ч. 1 ст. 17 КАС України юрисдикція адміністративних судів поширюється на правовідносини, що виникають у зв'язку із здійсненням суб'єктом владних повноважень владних управлінських функцій, а також у зв'язку із публічним формуванням суб'єкта владних повноважень шляхом вибору або референдуму.

Завдання адміністративного судочинства зумовлені головним обов'язком держави — утвердження і забезпечення прав і свобод людини (ст. 3 Конституції України [2]). Цей захист за-

безпечується у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку суб'єктів владних повноважень (їхніх посадових і службових осіб), а також інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень. Тобто йдеться про захист не будь-якого інтересу, а тільки правового, або інакше — легітимного.

Проблемні питання судового адміністративного процесу досліджували: В. Авер'янов, Ю. Битяк, О. Крупчан, П. Рабінович, В. Стефанюк та інші провідні вчені-юристи.

Слід зауважити, що належний захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин неможливий без дотримання встановлених законом строків на відповідну процесуальну дію, зокрема строків розгляду та вирішення справ. Зазначені строки дисциплінують суб'єктів адміністративного судочинства, роблять процес динамічним і прогнозованим. Без наявності строків на ту чи іншу процесуальну дію або без їх дотримання в адміністративному судочинстві виникнуть свавілля та масові порушення прав сторін — учасників адміністративного процесу.

Оскільки строки на вчинення певної процесуальної дії мають надзвичайне значення у сфері захисту порушених прав та інтересів учасників правовідносин, міжнародно-правові акти з прав людини акцентують на цю обставину особливу увагу міжнародного співтовариства. Зокрема, у ст. 6 Конвенції про захист прав і основних свобод людини (далі — Конвенція) передбачено, що кожна особа при вирішенні питання щодо її цивільних прав та обов'язків або при встановленні обґрунтованості будь-якого кримі-

нального обвинувачення, висунутого проти неї, має право на справедливий і відкритий розгляд упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом [3].

Досить часто Європейський суд з прав людини стикається з питанням порушення розумного строку, внаслідок чого він вже сформував широкую практику щодо питання застосування положень ст. 6 Конвенції саме в частині оцінки розумності строку, у тому числі судового розгляду справ. При цьому необхідно враховувати, що відповідно до ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» практика Європейського суду становить джерело права при розгляді справ українськими судами [4]. Аналогічна правова норма міститься і у ч. 2 ст. 8 КАС України.

Отже, як бачимо, питанню строків розгляду справ приділяється особлива увага з боку міжнародних організацій і міжнародного співтовариства. Саме тому українські законодавці прислухалися до думок зазначених інституцій та на законодавчому рівні вперше здійснили спробу закріпити та визначити поняття розумного строку.

Слід зазначити, що критерій розумного строку — поняття суб'єктивне і залежить від того, яка справа розглядається. Європейська комісія з прав людини та Європейський суд з прав людини, вирішуючи, чи виконано вимогу щодо розумного строку, беруть до уваги такі фактори, як складність справи, підхід властей до її розгляду, особливі обставини, що можуть виправдати продовження процесу її розгляду. При цьому Європейський суд з прав людини не визначив час або період, який вважається необхідним і справедливим часом для розгляду справи в суді, оскільки це залежить від

її складності, від діяльності та поведінки всіх суб'єктів судового процесу. Судочинство має бути справедливим, і вимога справедливості, чесності стосується також всієї процедури, у тому числі й часу, потрібного для розгляду та вирішення справи.

Таким чином, можна виокремити чотири критерії оцінювання розумності строку розгляду справ, а саме: 1) складність справи; 2) поведінка заявника; 3) поведінка органів державної влади (насамперед суду); 4) важливість справи для заявника. Зазначені критерії були сформульовані Європейським судом з прав людини у багатьох своїх рішеннях [5]. Також важливим аспектом практики Європейського суду з прав людини є його позиція щодо співвідношення між тривалістю розгляду справи та позицією заявника, оскільки саме останній повинен бути зацікавлений в оперативному вирішенні своєї справи.

Як уже зазначалося вище, у КАС України вперше здійснено спробу на законодавчому рівні визначити поняття розумного строку. Так, відповідно до п. 11 ч. 1 ст. 3 КАС України розумний строк визначено як найкоротший строк розгляду і вирішення адміністративної справи, достатній для надання своєчасного (без невинуватих зволікань) судового захисту порушених прав, свобод та інтересів у публічно-правових відносинах. «Розумність» строку визначається окремо для кожної справи. Для цього враховують її складність та обсяг, поведінку учасників судового процесу тощо. Таким чином, поняття «розумний строк» є оціночним, суб'єктивним фактором, що унеможливорює визначення конкретних строків судового розгляду справи, тому потребує нормативного встановлення. Такої думки дотримуються і вчені-юристи [6].

Водночас, як показав досвід, однієї вимоги про розумний строк розгляду і вирішення справи в сучасних умовах недостатньо. Саме з цією метою в КАС України додатково обмежено максимальні строки розгляду справ, які покликані дисциплінувати як суд, так і інших учасників адміністративного процесу. Так, за загальним правилом, строк розгляду і вирішення адміністративних справ обмежено одним місяцем (до 30 липня 2010 р. такий строк було обмежено двома місяцями). Крім того, щодо окремих справ законодавець встановив спеціальні, скорочені строки, чим підкреслив особливу значимість цих справ та необхідність їх захисту у найкоротший термін (виборчі справи; справи з приводу проходження публічної служби; з приводу рішень, дій або бездіяльності органу державної виконавчої служби тощо).

На перший погляд існуючі терміни видаються надто короткими як для низки процесуальних дій сторін у справі, так і для судового органу. Однак, запровадивши відповідні обмеження, стислі строки розгляду справи, законодавець суттєво спростив і процедуру судового розгляду в окремих випадках та деяких категоріях адміністративних справ. Зазначене, безумовно, покликане дисциплінувати як учасників адміністративного процесу, так і суд. При цьому необхідно керуватися тим принципом, що адміністративна справа у нагальних випадках має бути розглянута швидше, не чекаючи закінчення граничного строку. Тобто хоча у КАС України і встановлені конкретні максимальні строки розгляду справи, їх дотримання не можна вважати єдиним критерієм для визначення розумності часу розгляду [7].

Також необхідно відмітити, що в сучасних реаліях, враховуючи постійно зростаюче навантаження на суддю, важ-

ливою передумовою недопущення порушення розумних строків розгляду та вирішення справ є належна організація роботи самого судді та вміння організувати роботу свого апарату (помічника, секретаря судових засідань). Так, однією із основних причин відкладення розгляду справи є нез'явлення в судові засідання сторони чи сторін судового процесу, без наявності у суду будь-яких відомостей про їх повідомлення про час і місце судового розгляду. З огляду на викладене, на секретаря судових засідань покладається відповідальний обов'язок щодо належного і своєчасного здійснення судового виклику чи повідомлення. При цьому необхідно відмітити, що внаслідок внесених Законом України «Про судоустрій і статус суддів» [8] змін до чинного КАС України на теперішній час учасник процесу, якому повістка не вручена з незалежних від суду причин, вважається належним чином повідомленим про час та місце судового засідання (ч. 11 ст. 35). Зазначені положення закону суттєво та, на нашу думку, позитивно впливають на розгляд і вирішення справи саме в межах розумного строку, зменшуючи відповідні можливі зловживання з боку сторін, які виражалися в ухиленні від отримання судової повістки під різними приводами (тривале не з'явлення до поштового відділення, повідомлення про непроживання за відповідною адресою тощо).

Однак на перше місце серед важливих умов для розгляду справ у межах розумного строку необхідно віднести саме організаційну та процесуальну діяльність судді, у провадженні якого перебуває справа. Так, головними причинами затягування провадження у справі є: нерегулярне призначення судових засідань; призначення судових засідань з великими інтервалами; затягування при переданні або переси-

ланні справи з одного суду до іншого у випадках, визначених процесуальним законом; невжиття судом необхідних заходів щодо забезпечення в судовому засіданні належного порядку, у тому числі щодо дисциплінування учасників судового процесу.

Таким чином, вирішення та розгляд справи в межах встановлених законом граничних строків, але в будь-якому випадку в межах розумного строку, можливо досягти, перш за все, у разі чіткого та неухильного дотримання вимог процесуального закону з боку судового органу. Також необхідно враховувати, що порушення судом строку розгляду і вирішення справи не тягне за собою скасування судового рішення у справі, але може бути підставою для постановлення судами вищої інстанції окремої ухвали, а також для дисциплінарної відповідальності судді у випадку невинуватеного зволікання розгляду і вирішення справи (при цьому належить оцінити «розумність» строку для конкретної справи, а не лише порушення максимального строку, встановленого законом).

В умовах побудови демократичної та правової держави в Україні необхідно забезпечити неухильне дотримання Конституції, законів та інших нормативних актів у всіх сферах суспільного життя, що створить умови для недопущення порушень прав і свобод людини і громадянина. Саме дотримання строків розгляду та вирішення справ судом є важливим чинником захисту прав та законних інтересів осіб. Розумність таких строків є нормами, яких необхідно дотримуватися, щоб не порушувати права громадян, оскільки будь-які затримки у процесі судового захисту можуть мати негативні наслідки, оскільки здебільшого питання своєчасного поновлення порушених прав є важливішим, ніж таке поновлення взагалі.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Кодекс* адміністративного судочинства України : Закон України від 6 липня 2005 р. № 2747-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 37. — Ст. 446.
2. *Конституція* України : прийнята на 5 сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
3. *Конвенція* про захист прав і основних свобод людини (з поправками) Рим. 4 листопада 1950 р. Ратифікована Україною 17 липня 1997 р. : Закон України від 17 липня 1997 р. № 475/97 — ВР // Додаток до Вісника Верховного Суду України. — 1997. — № 3. — С. 2.
4. *Закон* України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 30. — Ст. 260.
5. *Справа* Зімермана і Штейнера («Zimmerman and Steiner v. Switzerland», § 24); справа «N. В. проти України», § 40; справа «Антоненков та інші проти України», § 41.
6. *Паліюк В. П.* Застосування судами України Конвенції про захист прав людини та основних свобод. — К., 2004. — 264 с.; *Моніка Маковей.* Право людини на справедливий суд. Стаття 6 Європейської конвенції з прав людини // Европейская конвенция прав человека и судебная реформа в Украине : материалы семинаров (Трускавец, 6–8 марта и Донецк 15–16 мая 1997 г.). — Донецк, 1998. — С. 16–21.
7. *Кодекс* адміністративного судочинства України : наук.-практ. комент. / за заг. ред. Р. О. Куйбіди. — 2-ге вид., допов. — К., 2009. — С. 57.
8. *Закон* України «Про судоустрій і статус суддів» від 7 липня 2010 р. № 2453-VI // Офіційний вісник України. — 2010. — № 55/1. — Ст. 1900.

Рекомендовано до друку кафедрою адміністративного та фінансового права Національного університету «Одеська юридична академія».

Завальнюк І. В. «Розумний строк» в адміністративному процесі

Анотація. У статті викладено результати дослідження поняття «розумний строк» в адміністративному процесі, виокремлено його критерії. Проаналізовано передумови порушення зазначеного строку та важливість його дотримання.

Ключові слова: адміністративне судочинство, адміністративний процес, «розумний строк» розгляду справ, строки розгляду і вирішення справ.

Завальнюк И. В. «Разумный срок» в административном процессе

Аннотация. В статье изложены результаты исследования понятия «разумный срок» в административном процессе, выделены его критерии. Проанализированы предпосылки нарушения указанного срока и важность его соблюдения.

Ключевые слова: административное судопроизводство, административный процесс, «разумный срок» рассмотрения дел, сроки рассмотрения и разрешения дел.

Zavalniuk I. The «optimal time» in the administrative process

Annotation. The article presents the results of the study the term of «optimal time» in the administrative process and selected the criteria of this term. It is analyzed the premise of violations the specified period and the importance of its compliance.

Key words: administrative proceeding, administrative process, «optimal time» for considering the case, the terms of considering and deciding the case.

ЩОДО ЗАКОНОДАВЧОГО ВРЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ КОМУНАЛЬНИХ БАНКІВ



Ю. ДУРНЄВА

*аспірант Інституту економіко-правових
досліджень НАН України*

Актуальність розгляду порушеного питання полягає у тому, що Законом України «Про місцеве самоврядування в Україні» передбачено існування комунальних банків, але не визначено правовий статус цих суб'єктів господарювання. До цього часу відсутнє законодавче регулювання створення та діяльності комунальних банків, що на практиці може призвести до негативних наслідків через підвищення ризиків управління власністю територіальних громад.

Питанням діяльності зазначених суб'єктів господарювання присвячені праці Р. Джабраїлова [1, 95], Є. Карманова [2, 30], О. Селезньової [3, 18–21], Є. Слепньова [4, 37] та інших науковців. Дослідниками подано визначення терміна «комунальний банк», проведено аналіз організаційно-правових форм, найбільш прийнятних для таких банків, зазначена необхідність використання у назві банку слова «комунальний». Але актуальним залишається доопрацювання терміна «комунальний банк», кола засновників, вирішення питання ініціювання створення банку та визначення його органів управління та їх складу.

Метою цієї статті є розробка пропозицій щодо законодавчого врегулю-

вання правового статусу комунальних банків. Для цього необхідно вирішити такі завдання, як дослідження правової основи існування комунальних банків в Україні та інших країнах, аналіз наявних наукових праць та законопроектних розробок щодо питань врегулювання діяльності комунальних банків.

Ефективність комунальних банків була оцінена ще у радянські часи, хоча комунальний банк створювався на державній формі власності, але за своїм змістом він збігається з ідеєю комунального банку, закладеною українським законодавцем. Постановою ВЦВК і РНК РРФСР від 18 січня 1923 р. губвиконкому надавалося право засновувати комунальні банки у вигляді змішаних акціонерних товариств з переважанням державного капіталу. Основні завдання комунальних банків, як зазначалося в цій постанові, полягали в тому, щоб «сприяти банківськими операціями відновленню та розвитку місцевого економічного життя». До складу акціонерів комунальних банків, крім виконкомів, що мали не менше 51 % основного капіталу, входила і клієнтура, причому найбільша частка в основному капіталі належала державним організаціям, а

питома вага кооперації та приватного сектору була абсолютно незначною (наприкінці 1926 р. відповідно 25,9 %, 8 %, 2,3 %). До кінця 1924 р. нараховувалося 78 філій комунальних банків, у 1926 р. — 120, а до кінця 1926 р. — 293 [5, 21].

За період існування незалежної України можна виокремити три основні етапи розвитку нормативно-правового забезпечення існування комунальних банків: 1) прийняття на початку 1990 р. Закону України «Про місцеві Ради народних депутатів Української РСР та місцеве самоврядування», згідно з яким місцевим радам було надане право створювати фінансово-кредитні та комерційні установи на акціонерній або пайовій основі; 2) Закон України «Про місцеві Ради народних депутатів та місцеве і регіональне самоврядування» від 7 грудня 1990 р. не підтвердив раніше наданого права; 3) Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні», прийнятий у травні 1997 р., відновив повноваження органів місцевого самоврядування щодо участі у фінансово-кредитних відносинах. Тобто не простежується однозначна тенденція до розширення повноважень органів місцевого самоврядування у сфері фінансово-кредитних відносин. Як наслідок, на сьогодні в Україні практично відсутні комунальні банки [6, 170]. Згідно із загальнодоступними джерелами інформації в Україні, практично в умовах правового вакууму, існує лише один комунальний банк, а саме Акціонерний банк «Український комунальний банк», зареєстрований у м. Луганську. Акціонерами банку є підприємства Луганської області та Луганська обласна рада. Через цей банк проходить фінансування більше як 70 % місцевих бюджетів всіх рівнів [7].

Але в інших країнах інститут комунального банку є досить відомим. У Російській Федерації до складу муніципальної (комунальної) власності входять муніципальні (комунальні) банки та інші фінансово-кредитні організації [4, 37]. Так, у Постанові Верховної Ради Російської Федерації «Про створення муніципальних банків у містах» від 22 липня 1993 р. № 5498-1 зазначено, що з метою забезпечення економічної реформи; проведення експерименту щодо акумулювання коштів для вирішення проблем міст, залучення іноземних інвестицій, до муніципальних (комунальних) банків віднесено комерційні банки, одним із засновників (учасників) яких виступає відповідний орган місцевого самоврядування [8]. Відповідно до законодавства Республіки Білорусь ради, інші органи місцевого самоврядування, які є юридичними особами, виконавчі комітети і місцеві адміністрації також мають право використовувати власні ресурси для створення комерційних банків і брати участь в їх діяльності [9].

Українські дослідники спостерігають колізію банківського законодавства: з одного боку — наявність закріпленого права на створення комунального банку органами місцевого самоврядування в Законі України «Про місцеве самоврядування в Україні», з другого — не визначено, що являє собою комунальний банк, оскільки Закон України «Про банки і банківську діяльність» його просто ігнорує [3, 18]. У законодавстві необхідно визначити правову природу комунальних банків, тому що неоднозначність правового статусу цього банку може призвести до чисельних зловживань у банківській сфері. При розробці пропозицій щодо внесення змін до законодавства вважаємо, що необхідно

брати до уваги наукові напрацювання щодо державних банків. Науковцями зазначається, що для державного банку принциповими є: мета створення банку та його завдання; суб'єкт прийняття рішень у діяльності державного банку та управління ним; надходження до державного бюджету та витрати державного бюджету; перспектива та юридичні можливості використання ресурсів державного банку для урядових запозичень тощо [10, 11].

Є. Карманов пропонує визначити комунальний банк як особливу юридичну особу, яка має спеціальну правоздатність, є комунальною власністю територіальної громади. До основних напрямів діяльності комунальних банків віднесено заходи з підвищенням ступенем ризику з точки зору звичайної банківської практики [2, 30]. Деякі дослідники вважають зазначене визначення комунального банку неповним, оскільки у цьому понятті не визначені всі характерні особливості комунального банку. О. Селезньова визначає комунальний банк як таку юридичну особу, яка створюється відповідно до законодавства про банки і перебуває у власності територіальної громади, виконує роль фінансового посередника і володіє спеціальною правоздатністю в обсязі кредитування комунального господарства, місцевих підприємств і організацій, а також індивідуального будівництва та має виключне право на підставі ліцензії Національного банку України здійснювати в сукупності кредитні, депозитні та розрахункові операції [3, 20]. Також комунальний банк визначають як банк, створений за рішенням компетентного органу місцевого самоврядування на основі комунальної власності [1, 95]. Кожна точка зору щодо визначення терміна «комунальний банк» заслуговує на увагу. Але

важко погодитись із тим, що необхідно обмежувати сферу діяльності комунального банку, а саме: здійснення кредитування лише з високим ступенем ризику; кредитування лише місцевих підприємств, установ та організацій (в подальшому також можуть виникнути проблеми із кредитуванням юридичних осіб, які змінили свою юридичну адресу). Вважаємо недоцільним обмежувати сферу діяльності саме комунальних банків. Такі дії можуть мати наслідком неплатоспроможність цих банків та призвести до втрати комунальної власності. Крім того, зайвим вбачається закріплення норми стосовно того, що банк перебуває у власності територіальної громади. Рішення про створення може прийматися районною та обласною радами, які представляють спільні інтереси територіальних громад сіл, селищ та міст. Пропонується передбачити, що комунальний банк створюється територіальною громадою або декількома територіальними громадами в особі їх представницьких органів та/або органів, що представляють спільні інтереси територіальних громад.

Крім того, у наукових працях наголошується, що комунальний банк може діяти тільки у формі акціонерного товариства або товариства з обмеженою відповідальністю. О. Селезньовою запропоновано, щоб комунальний банк створювався виключно в організаційно-правовій формі відкритого акціонерного товариства [11, 50]. Однак, оскільки на сьогодні набрав чинності Закон України «Про акціонерні товариства», то актуальним є питання створення комунального банку у формі приватного чи публічного акціонерного товариства. Частково погоджуючись із розглянутими позиціями, пропонується не обмежувати

відповідні органи місцевого самоврядування у праві вибору організаційно-правової форми створюваного комунального банку.

На законодавчому рівні спробою визначити правову природу комунального банку є законопроект «Про місто Харків» (zareєстрований в апараті Верховної Ради України за від 19 травня 2008 р. № 2512; ініціатор законопроекту — О. Фельдман), яким передбачено, що банки створюються у формі відкритого акціонерного товариства, кооперативного банку, або комунального банку. Зокрема, комунальний банк визначено як банк, 100 % статутного капіталу якого належать територіальній громаді; банк є юридичною особою, знаходиться у власності територіальної громади, підзвітний органу місцевого самоврядування м. Харкова. Виправданою вбачається позиція Головного науково-експертного управління Верховної Ради України щодо некоректності пропозиції визначити комунальний банк як банк, що «знаходиться у власності територіальної громади, підзвітний органу місцевого самоврядування міста Харкова» [12]. Крім того, складно погодись із тим, що комунальний банк є організаційно-правовою формою поряд, наприклад, із банком, створеним у формі акціонерного товариства, а також із тим, що комунальний банк створюється однією територіальною громадою і виконує лише обмежене коло завдань.

Підбиваючи підсумки, можна дійти висновку, що необхідно внести зміни до Закону України «Про банки і банківську діяльність», доповнивши його ст. 7¹ у такій редакції:

«Стаття 7. Комунальні банки

Комунальний банк — це банк, сто відсотків статутного капіталу якого сформовано з комунальної власності.

Комунальний банк засновується те-

риторіальною громадою або декількома територіальними громадами в особі їх представницьких органів та/або органів, що представляють спільні інтереси територіальних громад.

У разі якщо засновника (засновників) комунального банку представляє один представницький орган (сільська, селищна, міська, районна у місті, районна або обласна рада) та відсутні інші засновники, комунальний банк засновується за рішенням відповідного представницького органу.

У разі якщо засновників представляє два і більше представницьких органів, комунальний банк засновується за рішенням установчих зборів комунального банку. Рішення про ініціювання створення комунального банку приймається сільською, селищною, міською, районною у місті, районною, обласною радою. У цьому рішенні визначаються особи, уповноважені сільською, селищною, міською, районною у місті, районною, обласною радою для участі в установчих зборах комунального банку, та обсяг їх повноважень.

Статут та діяльність комунального банку мають відповідати вимогам цього Закону, інших законів України та нормативно-правових актів Національного банку України. Статут комунального банку затверджується установчими зборами комунального банку або рішенням представницького органу засновника (засновників).

Національний банк України здійснює державну реєстрацію комунальних банків відповідно до вимог цього Закону та нормативно-правових актів Національного банку України.

Територіальна громада (громади) в особі представницького органу (органів) здійснює і реалізує повноваження власника щодо корпоративних прав комунального банку.

Органами управління комунального банку є наглядова рада і правління банку. Органом контролю комунального банку є ревізійна комісія, персональний та кількісний склад якої визначаються наглядовою радою комунального банку. Органи управління та контролю кооперативного банку створюються та здійснюють свої повноваження відповідно до цього Закону.

Наглядова рада є вищим органом управління комунального банку. До складу наглядової ради комунального банку входять члени наглядової ради банку, призначені засновниками (учасниками, акціонерами) комунального банку. Кожен засновник (учасник, акціонер) комунального банку на власний розсуд призначає не більше двох членів наглядової ради.

У разі якщо засновника (учасника, акціонера) комунального банку представляє один представницький орган, та відсутні інші засновники, кількість членів наглядової ради не може перевищувати трьох осіб. Членом наглядової ради комунального банку може бути громадянин України, який має вищу економічну або юридичну освіту, або науковий ступінь у галузі економіки, фінансів та/або права. Члени наглядової ради комунального банку виконують свої функції без отримання будь-якої матеріальної винагороди.

Наглядову раду комунального банку очолює голова, який обирається наглядовою радою зі складу її членів.

Повноваження призначеного складу наглядової ради комунального банку та/або кожного з його членів можуть припинятися відповідно за

рішенням його засновників (акціонерів, учасників).

Повноваження виконавчого органу комунального банку визначаються його статутом.

Банк, створений у порядку, визначеному цією статтею, має право додавати до свого найменування слово «комунальний», використовувати зображення місцевої символіки».

Крім того, змін потребують пункти 2, 4 ч. 2 ст. 17 Закону України «Про банки і банківську діяльність», а саме: для реєстрації подаються: «установчий договір (крім державного банку та комунального банку у разі якщо засновника (засновників) комунального банку представляє один представницький орган та відсутні інші засновники); ...рішення про створення банку (протокол установчих зборів) або Постанову Кабінету Міністрів України про створення державного банку, або рішення відповідного представницького органу засновника комунального банку...»

Запропоновані зміни дозволять започаткувати створення правової основи для діяльності комунальних банків в Україні, але це питання потребує подальшого дослідження щодо формування бюджету з урахуванням витрат на формування статутного капіталу банку (його збільшення), переліку майна, яким може формуватися статутний капітал, порядку делегування до наглядової ради представників та їх відкликання, відображення в бухобліку органу місцевого самоврядування корпоративних прав та дивідендів, їх цільового використання, правового режиму корпоративних прав.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Джабраїлов Р. А.* Місто як засновник комунальних банків // *Економіко-правовые исследования в XXI веке : пробелы и экономически необоснованные нормы в законодательстве, регулирующем хозяйственную деятельность в Украине и пути их устранения : материалы Второй международной. науч.-практ. Интернет-конференции (г. Донецк, 2–5 июня 2009 г.) / Ин-т экономико-правовых исследований НАН Украины. — Донецк, 2009. — 242 с.*

2. Карманов Є. Правові аспекти реструктуризації банківської системи України // Право України. — 2001. — № 4. — С. 28–33.
3. Селезньова О. М. Комунальний банк : проблеми поняття, правового статусу і правового регулювання // Економіка, фінанси, право. — 2006. — № 9. — С. 18–21.
4. Слепнев Е. Л. Право собственности муниципальных образований : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. — Екатеринбург, 2000. — 193 с.
5. Юник И. Б. Кредит и хозрасчет в коммунальном хозяйстве. — Госфиниздат, 1949. — 152 с.
6. Дяченко С. Нормативно-правове забезпечення механізму державного регулювання ринку місцевих запозичень в Україні // Вісник Національної академії державного управління при Президентові України. — 2008. — № 4. — С. 168–175.
7. Банки Украины // <http://banki.ua/forum/thread273.html>
8. Постановление Верховного совета Российской Федерации «О создании муниципальных банков в городах» от 22 июля 1993 г. № 5498-1 // http://lawrussia.ru/texts/legal_185/doc18a973x203.htm
9. Закон Республики Беларусь «О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Беларусь «О местном управлении и самоуправлении в Республике Беларусь» от 10 января 2000 г. № 362-З // <http://www.zoneby.net/legal/n59docs/zk59361i/index.htm>
10. Пишиний А. Г. Правовий статус державних банків в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07» Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право». — К., 2007. — 22 с.
11. Селезньова О. Проблема правового регулювання комунального банку // Право України. — 2006. — № 10. — С. 49–50.
12. Проект Закону України «Про місто Харків» (zareestrovаний в апараті Верховної Ради України від 19 травня 2008 р. № 2512 ; ініціатор законопроекту — О. Б. Фельдман) // http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=32523

Дурнева Ю. А. Щодо законодавчого врегулювання діяльності комунальних банків

Анотація. Розглянено правову основу існування комунальних банків у Радянському Союзі та сучасних Україні, Російській Федерації та Республіці Білорусь. За результатами дослідження розроблено пропозиції щодо врегулювання правового статусу комунальних банків у законодавстві України.

Ключові слова: комунальний банк, організаційно-правова форма, органи місцевого самоврядування, правова основа.

Дурнева Ю. А. О законодательном урегулировании деятельности коммунальных банков

Аннотация. Рассмотрена правовая основа существования коммунальных банков в Советском Союзе и современных Украине, Российской Федерации и Республике Беларусь. По результатам исследования разработаны предложения об урегулировании правового статуса коммунальных банков в законодательстве Украины.

Ключевые слова: коммунальный банк, организационно-правовая форма, органы местного самоуправления, правовая основа.

Durnieva Yu. With regard to legislative regulation of public banks

Annotation. We consider the legal basis for the existence of public banks in the Soviet Union and modern Ukraine, the Russian Federation and the Republic of Belarus. The study developed proposals for a settlement of the legal status of public banks in the legislation of Ukraine.

Key words: municipal bank, organizational and legal form, local authorities, the legal framework.

ФАКТОРИ РОЗВИТКУ ПРАВА В КОНТЕКСТІ ПРОЦЕСІВ ГЛОБАЛІЗАЦІЇ



Т. ЧУБКО

*аспірант кафедри загальноправових дисциплін
та міжнародного права
(Одеський національний університет
імені І. І. Мечникова)*

Розвиток права — тривалий, багатоступеневий і різноаспектний процес, зумовлений особливостями конкретно-історичних цивілізацій, специфікою розвитку народу, культури, науки в тій чи іншій країні. Розглядуваний процес має значною мірою об'єктивний характер. Разом із тим систематизовані знання про фактори, що впливають на розвиток права, дають змогу певним чином впливати на останній, запобігаючи негативним тенденціям і створюючи умови для позитивних. Це надзвичайно актуально в сучасних умовах, коли значення права суттєво зростає у зв'язку з сучасними інтеграційними процесами в усіх сферах світового суспільства.

У вітчизняній і зарубіжній юридичній науці різних періодів вчені активно зверталися і звертаються до проблеми вивчення широкого спектра явищ, які визначають буття права та логіку його подальшого розвитку. Йдеться про численні праці в галузі філософії та соціології права, порівняльного правознавства тощо. У вітчизняній науці до зазначеної проблематики зверталися, зокрема, такі вчені, як Є. Бурлай, Д. Вовк, А. Заєць, М. Козюбра, Ю. Оборотов, В. Опришко, О. Петришин, П. Рабінович,

В. Селіванов, М. Селівон, О. Скакун, М. Цвік. Водночас слід підкреслити, що різноманітні фактори функціонування і розвитку права набувають нового забарвлення, нового змісту в умовах глобалізації. Саме характеристичні факторів існування і розвитку права в аспекті сучасних процесів глобалізації присвячується ця стаття.

Право як соціальне явище за своєю природою — результат взаємовпливу і взаємодії багатьох суспільних об'єктивних і суб'єктивних, матеріальних і духовних, політичних та громадянських, економічних і юридичних факторів тощо [1, 25]. При цьому слід підкреслити, що не всі явища виступають факторами розвитку права. Під останніми розуміють лише ті умови, причини, рушійні сили, завдяки яким відбувається розвиток права, його подальша модернізація та трансформація. Вони є досить різноманітними, що зумовлює множинність підходів до їх класифікації [2, 5–29; 3, 26–57; 4, 163]. На нашу думку, вирішення питання про види факторів розвитку права серед іншого можливе у площині з'ясування природи людини і різних аспектів її буття (зокрема економічного, політичного, юридичного, культурного). Звідси основними видами фак-

© Т. Чубко, 2011

торів розвитку права є: а) антропологічні; б) культурні; в) економічні; г) політичні; ґ) юридичні.

Як вже зазначалося, в сучасних умовах неможливо всебічно проаналізувати явища і процеси, що визначають напрями розвитку права, якщо проводити такий аналіз без урахування процесів глобалізації. У найбільш загальному плані глобалізація означає формування певного загального світового простору, пронизаного єдиними принципами економічного та гуманітарного співіснування націй. Глобалізація — це об'єктивне явище сучасності, що розвивається і діє за своїми законами. Воно зумовлено особливостями і рівнем розвитку виробництва, досягненнями науки, спільністю економічного, екологічного, інформаційного тощо просторів існування різних націй. Фактор глобалізації сьогодні ніяк не можна не враховувати, оскільки він впливає на всі сфери життя кожного окремо взятого суспільства.

Термін «глобалізація» у суспільствознавстві використовується для позначення одночасно процесу і результату розвитку певних тенденцій світової цивілізації і в останні роки розглядається як чи не найяскравіша характеристика розвитку сучасного світу. Вважається, що уперше термін «глобалізація» запровадив Т. Левіт у 1983 р. Він застосував його для характеристики феномену злиття ринків окремих продуктів, що виробляються великими ТНК [5, 7]. Термін «глобалізація» походить від французького слова «*global*» — загальний. Цим терміном визначається об'єктивний процес формування, функціонування і розвитку принципово нової всесвітньої системи відносин між країнами і народами на підставі взаємозв'язку та взаємозалежності, що поглиблюються у всіх сферах життєдіяльності світово-

го співтовариства [6, 106]. Отже, наукове осмислення «живої» динамічної матерії глобалізаційних процесів не сприймає галузевих обмежень. Політика, економіка, право різних країн перебувають у постійній взаємодії, тому спроби розглядати глобалізацію як статичне явище, а також виключно з позицій правової, економічної чи політичної науки призводить до спрощених оцінок та некоректних прогнозів [7, 68]. Таким чином, глобалізацію як явище слід розглядати у таких взаємозалежних аспектах: 1) економічному; 2) культурно-ідеологічному (в тому числі політичному і правовому); 3) територіальному; 4) інформаційно-комунікаційному. Із щойно викладеного випливає, що будь-яке явище чи процес сучасності, які виступають факторами існування і розвитку права, неодмінно перебувають під впливом глобалізації, а точніше є невід'ємними складовими глобалізаційних процесів. Отже, закономірною є характеристика факторів розвитку права з точки зору зазначених процесів.

В основі антропологічних факторів розвитку права лежить природа людини як біосоціальної істоти, її права, потреби та інтереси. Як зазначає В. Селіванов, для осмислення багатаспектності, багатомірності структури права і держави як різновидів соціальних явищ і їх понять необхідно спиратися на методологічне положення, що їх головним компонентом є людина, заради якої і здійснюються різноманітні соціальні модернізації та трансформації [1, 26]. Основними антропологічними факторами розвитку права є: 1) індивідуальна свобода людини і права людини як її юридичне вираження; 2) потреби та інтереси людини і суспільства в їх взаємозумовленій єдності. Зокрема, слід відзначи-

ти значущість прав людини для розуміння проблем і тенденцій розвитку сучасного права. Вона зумовлена насамперед тим, що права людини можна назвати модусом (від лат. *modus* — міра, спосіб, образ, вид) права, тобто одиничним виявом субстанції (права). Цей модус є одним із найважливіших, оскільки, по-перше, він перебуває у центрі політичного проекту сучасності, виявляє безпосередній зв'язок між владою і справедливістю; по-друге, права людини розглядаються як незалежні стандарти, завдяки яким можуть критикуватися закони, діяльність уряду та інших політико-правових інститутів [8, 4]. Така характеристика прав людини зумовлена тим, що від початку цей феномен виникає і формується як такий, що протистоїть державній владі, обмежує її, окреслює сферу автономії та свободи індивіда, вибудовує відносини між індивідом і державою на засадах справедливого балансу публічних і приватних інтересів.

На антропологічні фактори суттєво впливає глобалізація. Друга половина ХХ ст. ознаменувалася розвитком права в напрямі все більшого захисту автономної особистості [9, 23–28]. Цей процес супроводжується широким розповсюдженням універсальних стандартів у сфері прав людини, яким мають відповідати національні системи встановлення і захисту прав людини. Водночас з огляду на відмінності культурного розвитку різних суспільств, одночасно із універсалізацією прав людини почався процес їхньої регіоналізації, тобто створення стандартів і механізмів захисту прав людини відповідно до традицій і культури регіональних утворень. При цьому національне право має відповідати міжнародним стандартам у галузі прав і свобод людини і громадянина. Як

підкреслює С. Алексєєв, відбулося таке юридичне піднесення прав людини, коли вони через категорію об'єктивного права набувають глобального значення [10, 673]. Права людини стають чинним правом у глобальному відношенні — на «наднаціональному», наддержавному рівні. Вони мають універсальну юридичну силу, і тому з питань прав людини у міжнародному співтоваристві поступово затверджується універсальна юрисдикція. Це проявляється, перш за все, у створенні і діяльності численних міжнародних організацій з захисту прав людини під егідою ООН, системи європейської гуманітарної юстиції. Згідно з пріоритетами міжнародного права кожна національна юридична система покликана будуватися відповідно до принципів і критеріїв прав людини [10, 676–677].

До економічних факторів розвитку права належать соціально-економічні потреби населення й економічні трансформації в суспільстві, ресурси, тип виробництва, особливості розвитку ринкових відносин тощо. Розглядувана група факторів впливає на право двояко. По-перше, економічні відносини надали певного імпульсу для виникнення і формування права, оскільки зумовили необхідність правового регулювання таких відносин. По-друге, розвиток економіки впливає на зміну змісту правового регулювання: виникнення нових економічних інститутів призводить до виникнення відповідних елементів правового регулювання і навпаки.

Під впливом глобалізаційних процесів відбувається перебудова економічних відносин, суттю якої є формування «геоекономіки» [11, 73]. Зазначеній формі економіки притаманні такі риси: 1) прискорення процесу глобалізації економіки в останні десяти-

тиліття, коли різні ринки (капіталу, технології, товарів, праці) ставали дедалі більше взаємозалежними та інтегрованими в багатопланову мережу ТНК; 2) об'єднання різних видів ринків (товарів, послуг, інформації, фінансів); 3) взаємозалежність і взаємодія національних економік як результат поглиблення інтеграційного процесу; 4) універсалізація, що виявляється в дедалі більшій подібності національних систем економічного регулювання. Цьому явищу сприяють ТНК, СОТ, які здійснюють тиск на держави з метою приведення їхніх систем до світових стандартів.

Негативними явищами є те, що глобалізація різко посилює ринкову конкуренцію в національних та світових масштабах, що «знесилює» економічно слабкі країни; намагання окремих економічних суб'єктів використовувати глобальні ресурси задля задоволення інтересів незначного класу людей, що володіють капіталом та мають доступ до розподілу світового прибутку.

Отже, на розвиток права починають все більше впливати глобальні економічні процеси. Саме у праві формуються інструменти і механізми, які здатні адекватно реагувати на виклики глобалізованої економіки та забезпечувати її потреби. При цьому ключовим має бути принцип верховенства права, практична реалізація якого є одним із найвпливовіших гуманних засобів, здатним вирішити проблему несправедливого перерозподілу світових ресурсів.

Політичними факторами існування та розвитку права є баланс інтересів великих соціальних груп, особливості політичної системи, рівень політичної культури і політичної свідомості в суспільстві тощо. Політика впливає на право шляхом сприяння генезису но-

вих правових норм або гальмування цього процесу і визначення еволюційного руху усієї правової системи. Особливістю політичних факторів є те, що вони опосередковують вплив інших соціальних чинників і процесів. Водночас політичне опосередкування не повинно набувати викривленого, такого, що суперечить об'єктивним потребам суспільства, характеру й відображати суто групові інтереси. У такому випадку політика спирається на закон як інструмент захисту групових інтересів, який має мало спільного з сутнісними властивостями права. При такому викривленні право починає розумітися як інструмент реалізації політичних інтересів окремих соціальних груп, як знаряддя держави, використання якого залежить лише від волі останньої. Фундаментальною характеристикою політичних факторів розвитку права у світлі глобалізації є те, що остання посилює процеси затвердження демократичних принципів і форм політичного устрою. Без них економіка, полишена ліберального політико-правового підґрунтя, не може бути конкурентоспроможною, а країна починає відігравати роль сировинного придатку.

Професор О. Петришин вважає, що головним орієнтиром оновлення поглядів вітчизняного правознавства на співвідношення політики та права має стати запровадження принципу верховенства права, пов'язаного з таким: 1) поглибленням усталеного принципу законності шляхом адаптації власне правових чинників — конституційних положень, як норм основного закону, міжнародних стандартів прав і свобод людини; 2) визнанням поряд із законом, як основної форми права, множинності джерел права, що свідчить про ускладнення правової реальності; 3) особливим статусом судо-

вої влади як арбітра з питань права, зокрема у відносинах між державою і громадянином, прерогативою якої є прийняття остаточних рішень [12, 150–157].

До культурних (духовно-світоглядних) факторів розвитку права належать передусім релігія, особливості менталітету, традицій, звичок народу. Культурологічний аспект — це така складова будь-якої цивілізації, що характеризується філософським сприйняттям дійсності, системою цінностей, суспільно значимими ідеалами, узагальненим світосприйняттям. Право — один із важливих елементів соціокультурної системи [13, 29]. У процесі глобалізації одна культура проникає в іншу. І якщо економічному, політичному компонентам культури простіше проникати і далі розвиватися на нових просторах, то власне культурні компоненти як результати духовної діяльності людей — релігія, право, моральність, менталітет — досить часто зустрічають протистояння. Право, як елемент культури, має транснаціональний характер, що знайшло своє відображення не тільки в запозиченні правових норм і інститутів, перш за все у сфері ринкових, торговельних відносин, а й у створенні міжнародного права. Водночас національне право кожної країни в умовах глобалізації прагне зберегти свої особливості. На нашу думку, та обставина, що об'єктивні культурні бар'єри, які існують між націями, знаходяться у суперечності з сутнісними якостями глобалізації, сприяє особливому підвищенні значення принципу толерантності та взаємного дотримання загальноприйнятих демократичних і правових стандартів.

Юридичними факторами існування і розвитку права є юридична освіта, юридична наука, юридична практика.

Саме вони є визначальними елементами правової культури суспільства. У свою чергу, вже як аксіоматичне сприймається положення про те, що переважно від правової культури, ідеологічних і психологічних елементів суспільної свідомості, сформованих правових традицій залежить якість правової реальності відповідного суспільства. Отже, розвиток права в умовах глобалізації (його універсальності) неможливий без відповідних змін на рівні юридичної освіти, юридичної доктрини, юридичної практики та правової свідомості. Правова доктрина і правова освіта сьогодення повинні не тільки відображати національні особливості державної та правової дійсності, а й містити прогресивні елементи правового і державного буття та свідомості, притаманні як окремим країнам, так і міжнародній спільності, що об'єднує все людство у процесі історичного суспільного розвитку. Як відзначає М. Козюбра, процеси глобалізації призвели до того, що сьогодні пошук права — це завдання будь-якого юриста, який розглядає ті чи інші конкретні справи. В умовах глобалізації сучасне право позбавляється надмірної формальної визначеності, що перетворює матеріальні норми на формальність, а процесуальні — на абстрактний інструментарій. Головними елементами системи права мають бути не норми, а конституційні принципи, цінності, інтереси, цілі [14, 103].

Отже, всі соціальні явища та процеси, які визначають розвиток і функціонування права, перебувають під визначальним впливом глобалізації, є її невід'ємною складовою. Найактуальнішою потребою сьогодення, яка власне і спрямовує розвиток сучасного права, є вироблення певних загальних правових стандартів, які дозво-

лять перейти до нового якісного співіснування націй у сучасному світі на змістовних гуманістичних засадах. Виробленню і дотриманню таких стандартів сприятиме адекватне ро-

зуміння сутності змін у найбільш важливих сферах життєдіяльності сучасного суспільства та обумовленої ними логіки подальшого розвитку права.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Селіванов В. До проблеми методологічного забезпечення теоретичного аналізу державотворення і правотворення в Україні // Право України. — 2006. — № 4. — С. 23–26.
2. Правотворчество в СССР / под. ред. А. В. Мицкевича. — М., 1974. — С. 5–29.
3. Законотворчество в Российской Федерации / под. ред. А. С. Пиголкина. — М., 2000. — С. 26–57.
4. Лукьянова Е. Г. Некоторые проблемы правотворчества в современной России // Известия Высших учебных заведений. Правоведение. — 2007. — № 6. — С. 163.
5. Глобализация : взгляд с периферии / отв. ред. С. Хоменко. — К., 2002. — 61 с.
6. Капто А. С. Энциклопедия мира. — М., 2002. — 544 с.
7. Єфименко А. Виклики глобалізації та цивілізаційний вибір України // Юридичний журнал. — 2006. — № 5. — С. 68–74.
8. Удовика Л. Антропологічні проблеми права під впливом глобалізаційних процесів // Підприємство, господарство та право. — 2005. — № 6. — С. 3–7.
9. Оборотов Ю. М. Права людини та розвиток права // Актуальні проблеми політики. — 2001. — Вип. 12. — С. 23–28.
10. Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. — М., 2001. — 752 с.
11. Кравчук М. Глобалізація вимагає не орієнтуватись на поточні вигоди // Віче. — 2003. — № 11. — С. 73–76.
12. Петришин О. Трансформація політики в право (з міжнародної конференції) // Право України. — 2006. — № 1. — С. 150–157.
13. Права человека и процессы глобализации современного мира / отв. ред. Е. А. Лукашева. — М., 2007. — 464 с.
14. Козюбра М. Суд і правотворення : доповідь на міжнародному семінарі «Юридична методологія — основа гармонізації законодавства України до законодавства ЄС» // Законотворчість. — Вип. 4. Проблеми гармонізації законодавства України з міжнародним та європейським правом. — К., 2005. — С. 103–104.

Рекомендовано до друку кафедрою загальноправових дисциплін та міжнародного права Одеського національного університету імені І. І. Мечникова.

Чубко Т. П. Фактори розвитку права в контексті процесів глобалізації

Анотація. Статтю присвячено аналізу найбільш значимих соціальних явищ і процесів, що впливають на існування і розвиток сучасного права, у світлі глобалізації. Змістовно характеризуються основні фактори розвитку права: а) антропологічні; б) культурні; в) економічні; г) політичні; ґ) юридичні. Підкреслюється, що в сучасних умовах їх адекватний аналіз неможливий поза контекстом глобалізації.

Ключові слова: розвиток права, глобалізація, фактори розвитку права, види факторів розвитку права.

Чубко Т. П. Факторы развития права в контексте процессов глобализации

Аннотация. Статья посвящена анализу наиболее существенных социальных явлений и процессов, которые влияют на существование и развитие современного права, в аспекте глобализации. Содержательно охарактеризованы основные факторы развития права: а) антропологические; б) культурные; в) экономические; г) политические; д) юридические. Подчеркивается, что в современных условиях их адекватный анализ невозможен вне контекста глобализации.

Ключевые слова: развитие права, глобализация, факторы развития права, виды факторов развития права.

Chubko T. Factors of development of law as a part of processes of globalisation

Annotation. The article is focused on the analysis of the most significant social phenomena and processes in the context of globalization that affect the existence and development of modern law. The article covers the following basic factors of development of the law: a) anthropological b) cultural c) economic, d) political e) legal. It is pointed out that full and deep analysis of mentioned above processes is impossible outside the context of globalization.

Key words: development of law, globalization, factors of development of law, types of factors of development of law.

МКАС ТА ДЕРЖАВНІ СУДИ: ПРОБЛЕМИ ВЗАЄМОДІЇ



С. КРАВЦОВ

*аспірант кафедри цивільного процесу
(Національний університет
«Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»)*

Спори, що виникають у сфері зовнішньоекономічних відносин, вирішуються як державними судами, так і міжнародним комерційним арбітражними судами (далі — МКАС). Паралельна юрисдикція державних судів і МКАС щодо спорів певних категорій застосування принципу *lex fori* у процедурах судів та арбітражу, певна самостійність процедур МКАС та національний характер судового процесу зумовлює актуальність такої теми, як взаємодія МКАС і державних судів на інституційному рівні та автономності процедур розгляду спорів.

На інституційному рівні державні суди і МКАС, як юрисдикційні форми захисту цивільних прав, є незалежними один від одного. Передумовою цієї незалежності є визнання міжнародними конвенціями і актами внутрішнього законодавства обов'язковості арбітражної угоди щодо вирішення зовнішньоекономічного спору у відповідному міжнародному комерційному арбітражі. Укладення такої арбітражної угоди зумовлює два процесуально-правові наслідки: 1) обов'язок зацікавленої сторони спору звернутись до відповідного міжнародного комерційного арбітражу для вирішення спору;

2) виключення юрисдикції державних судів з цього спору. Якщо сторона арбітражної угоди всупереч арбітражній угоді все-таки звертається з позовом до державного суду, то останній з власної ініціативи (при системі абсолютної некомпетентності державного суду) чи за заявою сторони спору про відвід державного суду за непідсудністю (при системі відносної некомпетентності державного суду) повинен визнати себе некомпетентним розглядати цю справу і передати спір на розгляд міжнародного комерційного арбітражу, який зазначений в арбітражній угоді.

Цей визначальний момент свідчить, з одного боку, що звернення до міжнародного комерційного арбітражу виключає втручання національних державних судів у процес вирішення ним спору. З другого боку, виключення державного суду все ж таки є диспозитивним і національні суди у принципі впливають на правопорядок. Тому можна вказувати на наявність певної рівноваги державних судів та МКАС. Інституційна рівновага не означає повну відстороненість національних судів від участі в арбітражному вирішенні зовнішньоекономічних спорів, оскільки МКАС діє як в умо-

вах міжнародного правопорядку, застосовуючи міжнародні нормативно-правові акти, так і в умовах локального правопорядку, застосовуючи правопорядок конкретно обумовленої держави.

Крім інституційних проблем МКАС і національних судів, існують й інші аспекти їх взаємодії. Йдеться про певні питання арбітражу, які вирішуються національними судами у зв'язку з розглядом справи МКАС. Їх можна систематизувати так:

- призначення арбітрів;
- здійснення попередніх забезпечувальних заходів;
- контроль за рішенням МКАС;
- визнання та виконання рішень МКАС.

Відповідно до законодавства декількох європейських країн національні державні суди можуть надавати арбітрам правову допомогу у вирішенні процесуальних питань, що стосується призначення арбітрів. Таку форму впливу державних судів на процедуру розгляду справи в міжнародному комерційному арбітражі можна проілюструвати досить поширеним на практиці прикладом, коли одна із сторін спору, для вирішення якого створено арбітраж *ad hoc*, відмовляється призначити арбітра. В арбітражі *ad hoc*, на відміну від інституційного арбітражу, відсутній орган, відповідальний за формування складу арбітрів і вирішення інших питань, що можуть виникнути при здійсненні арбітражного процесу. Якщо арбітражна угода сторін про передачу спору на вирішення арбітражу *ad hoc* не передбачає звернення до інституційного арбітражу для сприяння у формуванні арбітражного складу, то арбітражний процес може зупинитись. Єдиним виходом за цих обставин є втручання судової влади місця арбітражу [1, 27–28].

Тому законодавство деяких країн надає державному судді право призначити арбітра, якщо призначення арбітра виключно на основі арбітражної угоди є неможливим. Однак ця допомога надається лише за умови поширення на міжнародний комерційний арбітраж національного законодавства держави, що передбачає можливість надання йому такої допомоги. Наприклад, у Франції повноваження з формування арбітражної комісії надаються голові Вищого суду Франції, якщо сторони не домовилися з приводу цього питання в арбітражній угоді і якщо місцем проведення арбітражу є Франція або арбітражний процес здійснюється за французьким правом [2, 249].

Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» не передбачає можливості втручання судової влади у процес формування складу арбітрів. Тому в разі виникнення такої ситуації, коли до арбітражу *ad hoc* застосовується законодавство України і сторони не можуть дійти згоди щодо порядку формування арбітражного суду, єдиним заходом, до якого може вдаватися зацікавлена сторона для ініціювання арбітражного процесу, є звернення до механізму, передбаченого Європейською конвенцією про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 р. та Законом України «Про міжнародний комерційний арбітраж». Відповідно до п. 3 ст. 4 Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 р. та п. 3 ст. 11 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», якщо сторони не домовились про вибір арбітра(ів), то на прохання будь-якої сторони арбітр має призначатися президентом Торгово-промислової палати України.

Окремим аспектом взаємодії державних судів та МКАС є застосування

попередніх забезпечувальних заходів. Інтенсивно розвивається економічний оборот, який вимагає адекватних заходів правового захисту. Попередні забезпечувальні заходи — це можливість фактичного виконання майбутнього судового рішення, наприклад у випадку порушення прав інтелектуальної власності, при переказі грошових коштів в офшорну зону, у відносинах з торговельного мореплавства.

Незважаючи на те, що ця проблема до певного часу не викликала інтересу, вона не така проста, як здається на перший погляд. За нею криються передусім складнощі практичного характеру. 25 червня 2010 р. Комісія Організації Об'єднаних Націй з права міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ) затвердила нову редакцію Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ. Зміненний Арбітражний регламент набув чинності з 15 серпня 2010 р. Нова редакція регламенту більш детально регламентує питання про забезпечувальні заходи та взаємовідносини з державними судами. Так, п. 9 ст. 26 цього Регламенту зазначає, що звернення сторони до судового органу з проханням про прийняття забезпечувальних заходів не повинно розглядатися як несумісне з угодою про арбітраж або як відмова від цієї угоди. Вони, зокрема, можуть торкатися таких питань, як винесення наказу про попередні заходи судом держави іншого, ніж країна арбітражу, співвідношення арбітражної угоди і права державного суду на винесення такого наказу, наслідків винесення наказу про забезпечувальні заходи державним судом. Обмежене ж коло досліджень з цієї проблеми можна пояснити відсутністю належного правового регулювання.

Економічний оборот інтенсивно розвивається і вимагає адекватних за-

ходів правового захисту. Попереднє забезпечення дає можливість фактичного виконання майбутнього судового рішення, наприклад у разі порушення прав інтелектуальної власності, при переказі грошових коштів в офшорну зону, у відносинах з торгового мореплавства. У всіх цих випадках потрібен швидкий, але при цьому юридично значущий блокуючий акт: заборона про поширення контрафактних товарів, заборона здійснювати операції по рахунку, арешт судна тощо. Відповідно досить часто у сторони немає можливості чекати початку арбітражного розгляду або процесу в суді, оскільки майно може зникнути або йому може бути завдано істотний збиток [3].

Однією з форм судового втручання є здійснення державними судами функції контролю за рішеннями міжнародних комерційних арбітражів. Контроль місцевих державних судів за рішеннями, що приймаються міжнародним комерційним арбітражем, здійснюється у разі подання однією зі сторін у справі прохання про скасування арбітражного рішення. Право на скасування арбітражного рішення передбачає, що сторона, на думку якої під час арбітражного розгляду справи було обмежено чи порушено її процесуальні права, може звернутись до суду країни, в якій арбітражне рішення у справі було винесене, з проханням оголосити це рішення недійсним, не чекаючи, поки інша сторона виконає його. Скасування рішення міжнародного комерційного арбітражу зазначеним судом є єдиним засобом його оспорування.

Правовою підставою здійснення такого контролю є положення п. I «е» ст. V Нью-Йоркської конвенції, за якою у визнанні та виконанні іноземного арбітражного рішення може бути відмовлено, якщо воно було скасовано

чи призупинено виконанням компетентною владою держави, в якій це рішення було винесено, або держави, закон якої було застосовано у процесі вирішення спору [4]. Хоча у самій Конвенції не зазначено підстави, за яких зазначені скасування чи призупинення виконання можуть бути здійсненими національними судами, вони знайшли чітке відображення у ст. 34 Типового закону ЮНСІТРАЛ, в якому містяться такі шість підстав для скасування рішення міжнародного комерційного арбітражу.

1. Одна зі сторін арбітражної угоди була певною мірою недієздатна, або ця угода була недійсною за законом, якому сторони її підкорили, а за відсутності відповідної вказівки — згідно з законом держави, в якій рішення було винесено.

2. Сторона не була належним чином сповіщена про призначення арбітра чи про арбітражне провадження або з інших подібних причин була позбавлена можливості надати свої пояснення у справі.

3. Рішення ухвалено у спорі, не передбаченому або не підпадаючому під умови арбітражної угоди чи арбітражного застереження в договорі, або містить постанови з питань, які виходять за межі арбітражної угоди чи арбітражного застереження в договорі з тим, однак, що коли постанови з питань, які охоплюються арбітражною угодою чи застереженням, можуть бути відокремленими від тих, що не охоплюються такою угодою чи застереженням, то та частина арбітражного рішення, яка містить постанови з питань, що охоплюються такою угодою або арбітражним застереженням в договорі, може бути визнаною та приведеною до виконання.

4. Склад арбітражного суду або арбітражний процес не відповідають

угоді сторін, якщо тільки ця угода не суперечить будь-якому положенню Закону, від якого сторони не можуть відступати, а за її відсутності, не відповідають цьому Закону.

5. Об'єкт спору не може бути предметом арбітражного розгляду за законодавством відповідної країни. Законодавство майже всіх держав світу, за тих чи інших обставин, залишає певні категорії справ у виключній компетенції державних судів, унеможливаючи у такий спосіб арбітражний розгляд відповідних справ.

6. Арбітражне рішення суперечить встановленому у відповідній державі правопорядку. Що стосується його використання як підстави для скасування арбітражного рішення, то, як свідчить практика, у такому випадку спостерігається тенденція щодо обмеженого тлумачення терміна «публічний порядок» [5].

Необхідно наголосити, що наведений перелік підстав є виключним. За окремими винятками навіть очевидні помилки, що були допущені арбітрами у застосуванні права чи у встановленні фактів, які мають суттєве значення для вирішення справи, не є все ж підставами для скасування (повного чи часткового) арбітражного рішення.

Особливість судового контролю за рішенням арбітражних судів полягає у такому: його може бути здійснено лише судом держави, в якій або за правом якої зазначене арбітражне рішення було винесено, і ні в якого іншого суду компетенція на здійснення такого контролю не виникає.

Внутрішнє законодавство кожної держави, яка визнала міжнародний комерційний арбітраж як метод вирішення спорів за участю іноземного елемента, встановлює строк, протягом якого клопотання про скасування арбітражного рішення повинно бути

подане і має бути розглянуте, та визначає вичерпний перелік підстав для скасування арбітражного рішення. Згідно з п. 3 ст. 34 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» арбітражне рішення може бути оскаржене протягом трьох місяців з дня отримання стороною арбітражного рішення.

Особливість оспорювання рішень міжнародного комерційного арбітражу за українським законодавством полягає в тому, що клопотання про скасування подається до суду загальної юрисдикції (обласного, міст Києва і Севастополя, Верховного Суду Автономної Республіки Крим) за місцезнаходженням арбітражу. Сторона, яка подає клопотання про скасування арбітражного рішення, повинна врахувати вимоги закону — оспорюючи правомірність арбітражного рішення, сторона не може посилається на обставини, не передбачені у вичерпному переліку, який наведено у ч. 2 ст. 34 Закону. Державний суд, наприклад, може не задовольнити клопотання про скасування арбітражного рішення, вказавши у своїй ухвалі, що ті чи інші доводи сторони є несуттєвими і не стосуються випадків, що ведуть до скасування рішення, прийнятого арбітрами міжнародного комерційного арбітражу. Аналіз переліку підстав для скасування судом арбітражного рішення свідчить про те, що суд загальної юрисдикції здійснює контроль за законністю арбітражного рішення з двох позицій. По-перше, це контроль за тим, щоб арбітраж не порушував процесуальні права сторін (наприклад, рішення міжнародного комерційного арбітражу може бути скасоване судом, якщо сторона, що заявляє клопотання про скасування, подасть докази того, що їй не було належним чином повідомлено про призначення

арбітра чи про арбітражний розгляд або з інших причин вона не могла подати свої пояснення). По-друге, це контроль за тим, щоб міжнародний комерційний арбітраж не втручався у сферу питань, які становлять виключну компетенцію державних судів (наприклад арбітражне рішення може бути скасоване судом, якщо суд визначить, що об'єкт спору не може бути предметом розгляду в міжнародному комерційному арбітражі за законодавством України або що арбітражне рішення суперечить публічному порядку України).

Слід зазначити, що законодавство ряду країн передбачає право сторін виключити повністю або в певній частині можливість оспорювання арбітражного рішення. Для цього сторони повинні чітко визначити це в арбітражній угоді. Така угода називається виключною — *exclusion agreement*. Зазначимо, що відмова від оспорювання може бути частковою, якщо сторони в арбітражній угоді виключають лише деякі підстави для скасування арбітражного рішення, передбачені в переліку закону про міжнародний комерційний арбітраж. Наприклад, відповідно до ст. 192 Закону Швейцарії «Про міжнародне приватне право» від 18 грудня 1987 р. право укласти угоду про виключне оспорювання арбітражного рішення належить сторонам, якщо жодна з них не має на території Швейцарії ні доміліцію (постійного місцезнаходження), ні комерційного підприємства [6]. Відповідно до ст. 34 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» оспорювання в суді арбітражного рішення може бути проведено тільки шляхом подання клопотання про скасування [7].

Питання про доцільність надання державному суду повноважень на скасування рішення, прийнятого міжна-

родним комерційним арбітражем, залишається предметом дискусії. У більшості держав нагляд національних державних судів за рішеннями міжнародного комерційного арбітражу дозволений, але в деяких державах такий нагляд заборонено. Законодавство Швейцарії та Великої Британії дозволяє сторонам укласти угоду про відмову від права на оспорування. На мою думку, позитивним є те, що закони всіх держав, які визнають можливість скасування рішення міжнародного комерційного арбітражу, завжди передбачають вичерпний перелік підстав для скасування арбітражного рішення. Арбітри міжнародного комерційного арбітражу мають враховувати такі підстави, щоб бути впевненими в тому, що рішення, прийняте ними у справі, буде виконано. Крім того, є сенс надати саме сторонам спору право зважити як переваги, так і негативні наслідки можливості анулювання арбітражного рішення у країні, де воно повинно виконуватись, і вирішити в самій арбітражній угоді питання про те, чи залишати за собою право оспорування винесеного міжнародним комерційним арбітражем рішення.

Крім перелічених вище процесуальних питань взаємодії національних судів та МКАС, провідне місце займає питання щодо визнання та виконання рішень МКАС. Якщо арбітражне рішення на вимогу однієї зі сторін спору перевірено відповідним національним судом і в заяві про його скасування відмовлено, то це означає, що воно на території держави суду визнано законним, тобто вважається таким, що підлягає виконанню і у випадках відмови від добровільного виконання такого рішення воно може бути поданим для примусового виконання в цій державі в порядку, передбаченому відповідним національним законодавством.

У всіх таких випадках в дію вступають механізми примусового виконання іноземних арбітражних рішень, що містяться як в різних міжнародних угодах, головною з яких є Нью-Йоркська конвенція, так і у положеннях національних законодавств.

Так, 17 вересня 2010 р. Апеляційний суд м. Києва виніс ухвалу у справі № 22-22616/10, яким відмовив НАК «Нафтогаз України» у задоволенні апеляційної скарги й залишив чинною ухвалу Шевченківського районного суду м. Києва від 13 серпня 2010 р., якою було надано дозвіл на примусове виконання Окремого Рішення Арбітражного інституту Торговельної палати Стокгольма від 30 березня 2010 р., а також Другого окремого рішення Арбітражного інституту Торговельної палати м. Стокгольма від 8 червня 2010 р.

У своїй апеляційній скаргі НАК «Нафтогаз України» серед іншого посилалася на те, що арбітражні рішення, визнання й виконання яких вимагається компанією «РосУкрЕнерго», не є остаточними та обов'язковими для сторін, а також на те, що дані арбітражні рішення суперечать публічному порядку України. Апеляційний суд м. Києва відкинув всі аргументи апелянта, підтвердивши правомірність визначення суду першої інстанції.

Апеляційним судом м. Києва було зазначено, що арбітражні рішення не суперечать публічному порядку України, оскільки вони прийняті щодо компанії «РосУкрЕнерго» і НАК «Нафтогаз України» і поширюють свою дію тільки на ці компанії, і відповідно, не впливають на незалежність, цілісність, недоторканність, основні конституційні права, волі, гарантії як складові частини існуючого в Україні порядку [8].

Щоб іноземне арбітражне рішення могло бути в тій чи іншій державі виконаним, воно повинно бути наданим до компетентного суду відповідної держави, який у той чи інший спосіб приймає рішення чи про його визнання та/або приведення до виконання, чи про відмову у зазначеному визнанні та/або виконанні.

Хоча в різних державах діють різні порядки щодо визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень, О. Брунцева зауважує, що їх можна привести до однієї з таких моделей:

1) депонування (чи реєстрація) арбітражного рішення в суді або іншому уповноваженому органі, після чого воно подається до виконання так, нібито його було винесено національним судом цієї держави;

2) виконання арбітражного рішення безпосередньо (тобто без його депонування або реєстрації), хоча в таких випадках дозвіл суду може і знадобитись;

3) звернення до суду з поданням про визнання та виконання іноземного арбітражного рішення (так звана система екзекватури).

В останньому випадку звернення до суду з позовом означає, що арбітражне рішення є підтвердженням наявності боргового зобов'язання, яке потребує судового захисту [9].

Із зазначених моделей найбільш поширеною є система екзекватури, яка сама знає різні види. У загальному виді екзеквотування — це процедура, зазвичай судова, метою якої є надання іноземному арбітражному рішенню виконавчої сили, тобто здатності бути приведеним до виконання із застосуванням, у випадку необхідності, державними органами примусових засобів щодо зобов'язаної особи або його майна.

Для прикладу візьмемо німецьке законодавство, яке у майнових справах, щоб визнати на території Німеччини іноземне судове рішення, вимагає звернути особливу увагу на такі вимоги, відсутність чи наявність яких, відповідно, дозволяє чи перешкоджає винесенню рішення про екзекватуру:

а) суди держави, до якої належить суд, що виніс рішення, за німецькими законами не є компетентними на вирішення цієї категорії справ;

б) відповідач-німець не брав участі у справі з тієї причини, що повістка про виклик до суду або відповідне розпорядження суду не були йому вручені ні особисто в державі провадження у справі, ні шляхом надання правової допомоги німецькими установами;

в) іноземний суд застосував колізійну норму, яка не відповідає правилам колізійного регулювання відповідних питань, однак лише у випадках, коли зазначене застосування шкодить інтересам німецької сторони у процесі;

г) визнання рішення суперечило б «добрим звичаям» у державі або цілям, які переслідуються німецьким законом;

г) щодо зазначеного визнання між Німеччиною та державою відповідного суду не забезпечена взаємність.

Коментуючи наведені положення, німецькі дослідники підкреслюють, поперше, що ЦПК Німеччини вимагає, щоб іноземне судове рішення мало законну силу. При цьому застосовується так званий принцип визнання юрисдикції іноземного суду, згідно з яким перевіряється, чи має іноземний суд, що виніс рішення, міжнародну підсудність з точки зору німецьких законів. По-друге, коли суди вимушені будуть звертатися до застереження про публічний порядок, застосування цього інституту у міжнародному цивільному процесі порівняно з МПрП повинно

бути більш стриманим, зокрема воно не дозволяє перевірки законності іноземного судового рішення, тобто його відповідності належним процесуальним або матеріальним законам. Нарешті, по-третє, відповідач за позовом про екзекватуру у німецькому суді не може повторювати заперечення, які він, вірогідно, мав можливість висунути (або він їх висунув, проте вони були відхилені) під час первісного слухання справи в іноземному суді [10].

Порядок визнання та виконання рішень міжнародних арбітражів відповідно до змісту Нью-Йоркської конвенції зводиться до виконання певних дій та вимог. Так, суб'єкт спору, на користь якого винесене рішення арбітражу, подає до компетентного органу оригінал арбітражного рішення або його належним чином засвідчену копію та оригінал арбітражної угоди або її належним чином засвідчену копію. Якщо документи, подані заявником, відповідають зазначеним вимогам, компетентному органу залишилось лише перевірити, чи немає у нього законних підстав для відмови у визнанні та виконанні рішення міжнародного арбітражу. До речі, якщо арбітражне рішення або арбітражна угода викладені мовою, яка не є офіційною мовою України, заявник повинен надати компетентному органу легалізований переклад [11].

На підставі ст. 9 Конституції України й ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори України» [12] чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. При цьому, якщо міжнародним договором за участю України передбачені інші правила, ніж ті, які передбачені в законодавстві України, застосовуються правила міжнародного договору. Україна як учасни-

ця Нью-Йоркської конвенції взяла на себе зобов'язання визнавати арбітражні рішення як обов'язкові й виконувати їх відповідно до своїх національних норм, які не повинні суперечити цій конвенції. Зазвичай країни — учасниці Нью-Йоркської конвенції правове регулювання порядку визнання й виконання арбітражних рішень, а також орган, компетентний розглядати клопотання про визнання й виконання арбітражних рішень, визначають у національному законі про арбітраж та/або у процесуальних кодексах.

В Україні загальні принципи визнання й виконання арбітражних рішень, а також підстави для відмови у визнанні й виконанні арбітражного рішення містяться у статтях 35 і 36 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», які повністю відповідають положенням Нью-Йоркської конвенції. Зокрема, у ст. 35 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» на національному рівні закріплюється основний принцип Нью-Йоркської конвенції, згідно з яким арбітражне рішення, незалежно від того, у якій країні воно було винесене, визнається обов'язковим і при поданні письмового клопотання до компетентного суду виконується.

Отже, розглядаючи питання взаємодії МКАС та національних судів, можна дійти висновку, що в теорії та практиці цивільного процесу існують як інституційні проблеми взаємодії, так й інші аспекти впливу національних судів на розгляд справ МКАС, тобто «процесуально-національний патріотизм». Таким чином, охоплюються всі сторони взаємовідношення національних судів та МКАСу і робляться висновки щодо певного недосконалення чинного національного та міжнародного законодавства щодо діяльності МКАСу.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Черняк Ю. В. Деякі аспекти взаємодії державних судів загальної юрисдикції та міжнародного комерційного арбітражу як форм захисту цивільних прав // Наукові записки. Том 21. Юридичні науки. — 2003. — С. 27–28.
2. Arbitration in settlement of international commercial disputes involving the Far East and arbitration in combined transportation // Abstr. of the 10th International Arbitration Congress. — 1988. — Boston. — 1989. — Р. 249.
3. Павлова Н. П. Применение государственными судами предварительных обеспечительных мер при разрешении спора в международном коммерческом арбитраже // Арбитражная практика. — № 9. — 2001.
4. Нью-Йоркська конвенція від 10 червня 1958 р. «Про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень» код 30631/2004 // Офіційний вісник України. — 2004. — № 45. — Ст. 3004. — С. 329.
5. Типовий закон ЮНСІТРАЛ щодо міжнародного торговельного арбітражу від 21 червня 1985 р. (Редакція з 25 травня 2007 р.).
6. Шелкопляс Н. Арбитражное соглашение : теоретические вопросы, имеющие практическое значение // Белорусский журнал международного права и международных отношений. — 1998. — № 3.
7. <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=4002-12>
8. <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/11496264>
9. Брунцева Е. В. Международный коммерческий арбитраж : учеб. / пособие для высших юрид. учеб. заведений. — СПб., 2005 — С. 338.
10. Шак Х. Международное гражданское процессуальное право : учеб. / пер. с нем. — М., 2001. — С. 11.
11. Захарченко Т. Правове регулювання порядку виконання арбітражних рішень // Правовий тижень. — 2009. — № 3 (129). — С. 12.
12. <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=4002-12>

Рекомендовано до друку кафедрою цивільного процесу Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого».

Кравцов С. О. МКАС та державні суди: проблеми взаємодії

Анотація. У статті розглянуто основні проблеми взаємодії МКАС та державних судів. Стверджується, що в теорії та практиці цивільного процесу існують як інституційні проблеми взаємодії, так й інші аспекти впливу національних судів на розгляд справ МКАС, тобто «процесуально-національний патріотизм». Таким чином, охоплюються всі сторони взаємовідношення національних судів та МКАСу і робляться висновки про недосконалість чинного національного та міжнародного законодавства щодо діяльності МКАСу.

Ключові слова: міжнародний комерційний арбітраж, арбітражна угода.

Кравцов С. О. МКАС и государственные суды: проблемы взаимодействия

Аннотация. В статье рассмотрены основные проблемы взаимодействия МКАС и государственных судов. Утверждается, что в теории и практике гражданского процесса существуют как институционные проблемы взаимодействия, так и другие аспекты влияния национальных судов на рассмотрение дел МКАС, то есть «процессуально-национальный патриотизм». Таким образом, охватываются все стороны взаимоотношения национальных судов и МКАСа и делаются выводы о несовершенстве действующего национального и международного законодательства относительно деятельности МКАС.

Ключевые слова: международный коммерческий арбитраж, арбитражное соглашение.

Kravtsov S. ICAC and national courts: problems of cooperation.

Annotation. The basic problems of cooperation of ICAC and national courts are considered in the article. It becomes firmly established that in a theory and practice of civil procedure exist as institutional problems of co-operation so other aspects of influence of national courts for consideration matters of ICAC, id est «judicially is national patriotism». Thus embraced all parties of interrelation of national courts and ICAC and it is done conclusions in relation to certain imperfections of current national and international legislation in relation to activity of ICAC.

Key words: international commercial arbitration, arbitration agreement.

ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВЕ РОЗУМІННЯ МОРАЛІ ТА ЇЇ ВИМОГ ДО СОЦІАЛЬНИХ ПРАКТИК ЗАСТОСУВАННЯ ПОКАРАННЯ



Д. ОВЧАРЕНКО

ад'юнкт кафедри філософії права

та юридичної логіки

(Національна академія внутрішніх справ)

Слід відмітити значний інтерес та, як наслідок, чималу кількість досліджень, присвячених моралі та справедливості як у вітчизняній, так і в зарубіжній літературі. Моральна проблематика цікавила мислителів здавна. За часів Стародавнього світу та Античності про мораль і справедливість як шлях до досконалості та самореалізації, гармонії з космосом основу міжособистісної взаємодії говорили, зокрема, Конфуцій, Платон та Арістотель. Здавна в релігійних та філософських вченнях Заходу та Сходу є відоме «золоте правило моральності». У Середньовіччі мораль розглядалася як засіб досягнення «Божої благодаті». За Нового часу І. Кант сформував категоричний моральний імператив. Значної уваги проблемам моралі приділили Г. Сковорода, Л. Петражицький, Б. Кістяківський, С. Познишев, сучасні дослідники В. Малахов, В. Верлок, а також зарубіжні учені Г. Харт, Л. Фуллер, Д. Ролз, О. Гьофе, П. Рікер, Ю. Хабермас та ін.

Разом із тим у літературі зазначається, що серед мислителів «немає однастайності» та відсутній єдиний концептуальний підхід у розумінні по-

нять моралі та справедливості [1], що, у свою чергу, породжує певний суспільний скепсис щодо доцільності оперування категоріями моралі та справедливості при вирішенні, зокрема, таких злободенних проблем, як ті, що пов'язані із застосуванням покарання. Так, мораль визначається і як форма суспільної свідомості, і як галузь із царства етичних цінностей, і як духовно-культурний механізм тощо [2]. Слід додати, що до сфери морального також належать такі семантичні коди: «добро/зло», «добре/погано», що вирізняють її з-поміж інших сфер. Що стосується поняття справедливості, то напевне єдиним, на що можуть пристати усі без винятку дослідники, є те, що категорія «справедливість» належить до сфери морального та очевидно співвідноситься з мораллю як частина та ціле.

Проаналізуємо ключові позиції одного із найбільш поширених підходів до з'ясування сутності моралі — позитивістської концепції. На думку С. Алексєєва, В. Нерсисянца, В. Четвертіна та інших, явища моралі та права слід розглядати як окремі соціальні системи. Обидві згадані системи спря-

© Д. Овчаренко, 2011

мовані на регуляцію людської поведінки, проте різними способами. Більше того, деякі теоретики, серед яких, зокрема, В. Четвернін, схильні недооцінювати значення моралі, яка, на їх думку, «вносить плутанину в суспільну правосвідомість і в теорію права та не сприяє формуванню юридичного праворозуміння» [3, 8].

Однак такий підхід аж ніяк не можна визнати переконливим. Попри перелічені відмінності все ж відсутні чіткі критерії розмежування двох «соціальних систем». Наприклад, мало переконливими, на нашу думку, є наявні у літературі пояснення щодо причин фактичного «дублювання» моральних та правових норм [4]. Ситуація ще більш ускладнюється, якщо згадати, що згідно з аналізованою концепцією до сфери морального належать не лише норми поведінки, а й уявлення про цінності («краса», «честь», «совість» тощо).

У зв'язку з цим слід звернутися до альтернативних підходів до з'ясування сутності моралі та права. Ми маємо на увазі передусім концепцію «широкого праворозуміння» [5], згідно з якою існування права не обмежується виключно юридичними нормами. Прихильники концепції зазначають, що лише незначна частина правових норм міститься в писаних джерелах права та перебуває під контролем держави. Інша частина правової реальності пов'язується із свободою дій людини «в межах закону на свій розсуд». Одним із результатів наведеного підходу до сутності права є заперечення примусу як обов'язкової його ознаки. Дійсно, коли особа дізнається про зміст правової норми, вона піддає її власній оцінці, а коли особа «внутрішньо» погоджується з її цінністю — вона цілком добровільно виконує відповідний припис.

Щодо моралі та справедливості, то доводиться вкотре констатувати, що сутність означених явищ залишається недостатньо з'ясованою навіть з позицій «широкого праворозуміння». Відмічається лише, що теоретик-позитивіст фокусується виключно на дослідженні права на етапі від прийняття закону до здійснення правозастосовної діяльності на його підставі, залишаючи поза увагою процеси, що їм передують. Однак видається, що саме усвідомлення сутності процесів, що передують прийняттю закону, допоможе зрозуміти сутність моралі та її співвідношення з правом.

Наш аналіз ми розпочнемо з доби первісного суспільства, оскільки мораль називають однією з найбільш ранніх форм свідомості [2]. Більше того, враховуючи, що будь-який свідомий вчинок нерозривно пов'язаний із відповідними йому моральними міркуваннями [6], то слід зазначити, що формування моральної свідомості відбувається разом із самоусвідомленням людиною власного буття на світанку людства.

Слід з'ясувати основні положення найпершої системи цінностей, її принциповий «фундамент». Очевидно, що слід вести мову про найсуттєвіший біологічний інстинкт, що властивий будь-якому живому організму, — самозбереження. Але в чому ж принципова відмінність людини, що усвідомила своє буття на тому чи іншому відносному його рівні, від інших представників живої природи, які керуються тими ж інстинктами? Ми схильні припустити, що наслідком самоусвідомлення стала оцінка власного буття загалом та окремих дій зокрема з точки зору їх «корисності» в контексті самозбереження та задоволення інших інстинктів. Відтак, первісна мораль зводиться до оцінки усього на-

вколишнього світу за допомогою семантичних символів «добро/зло» («корисно/шкідливо»).

Переходимо до аналізу міжособистісної взаємодії у первісній групі. На підставі моральних уявлень окрема людина тією або іншою мірою самостійно регулює власну поведінку та робить судження з приводу всього того, що відбувається навколо неї. Враховуючи, що індивідуальна моральна свідомість відрізняється в окремих індивідів, цілком логічним буде припустити «конфлікти інтересів» між носіями різних поглядів на добро і зло. Результатом таких суперечностей стало формування колективних моральних уявлень, які пов'язані з успіхом усієї групи «як одного цілого». Враховуючи, що лише у групі первісна людина отримувала змогу вижити, стає очевидною мотивація до «компромісу» індивідуальних моральних уявлень.

Таким чином, колективні (індивідуальні) моральні уявлення людини впливають на її поведінку в розумінні здійснення вибору між тим або іншим її вчинком. Використовуючи кантівську термінологію, можна виокремити два основні види суджень, що передують вчинку: рефлектуючі судження, які спрямовані на створення нового правила за нової ситуації (як зазначив П. Рікер, «акт судження... проголошує право в конкретній ситуації» [7, 185]), та детермінуючі, які застосовують вже існуюче правило до конкретної ситуації. Так, усвідомлення шкідливості та небезпечності інцесту або вбивства (їх «зла») очевидно призвело до заборони (табу) таких вчинків. Саме в такий спосіб моральні переконання стали передумовою виникнення права.

Під запропованим кутом зору право уособлює свободу вибору людини на підставі її моральних уявлень.

Дійсно, ще І. Кант визначив «право» як сукупність умов, за яких свавілля одного узгоджується із свавіллям іншого [8, 285], а Р. Ієрінг визначив «розумну мету» як уособлення здійсненого вибору моральним суб'єктом, в якості передумови виникнення будь-якого права [9]. Отже, ми схильні погодитися з наведеною традицією та вважаємо, що право можна визначити як усвідомлену свободу дій у межах їх моральної доцільності. По суті, йдеться про вироблення на основі індивідуальних моральних уявлень правил власної поведінки індивіда, а на підставі колективних — правил самоорганізації групи (далі — соціальне право).

З наведеного розуміння зв'язок моралі та права — самоочевидний. Вони співвідносяться як невід'ємні та взаємозумовлені частини одного цілого механізму — саморегуляції людиною власною буття, в якому сутністю першого елемента є оцінка, а сутністю другого — вироблення на її підставі правила поведінки. Наприклад, запропонуємо проаналізувати тези, з якими «внутрішньо» погодиться кожен читач: 1) ядерна війна — це безумовне зло для людства; 2) людство зобов'язане утриматися від ядерної війни як засобу вирішення політичних конфліктів. Перша теза є прикладом морального судження, що виражає оцінку запропонованого явища, а друга — прикладом відповідного їй правила (правовою нормою). Ґрунтуючись на принциповому розмежуванні понять «оцінка» та «норма», ми схильні заперечити включення до змісту моралі будь-яких норм (правил), які натомість, на наше переконання, становлять специфічний зміст права.

Утворення перших держав позначилося об'єднанням багатьох розрізнених родоплемінних об'єднань з

відмінними колективними моральними уявленнями та соціальним правом у межах одного великого утворення. Виникла необхідність «об'єктивації» соціального права різних членів такої держави, тобто виокремлення таких правових норм, які будуть загальнообов'язковими вже для всього населення. Перші правові збірки з'являються внаслідок фіксації та санкціонування державою окремих норм звичаєвого (соціального) права. Проте згодом функції правотворчості поступово переймає на себе привладна верхівка, що призвело до того, що позитивне право стало виразником не соціального права всього населення, а моральних уявлень та права законодавця — аристократії, які відповідно навіязувалися населенню переважно методом сили.

З'ясувавши поняття моралі та її співвідношення з правом (соціальним та позитивним), переходимо до з'ясування поняття «справедливість». Більшість авторів визначають останню як категорію або міру оцінки, еталон, критерій, принцип тощо [10]. Проте залишається неоднозначним, а отже, незрозумілим предмет такої оцінки або порівняння. Ш. Монтеск'є зазначив, що порівнянню з позицій справедливості підлягають співвідношення між речами, а Б. Кістяківський додав, що справедливим можна визнати лише предмети, речі та явища саме соціального світу [11]. Більше того, більшість дослідників основною умовою справедливості називають відповідність одне одному або «рівність» оцінюваних соціальних елементів. І все ж незрозуміло, керуючись чим можна констатувати «рівність» двох принципово різних за своєю природою соціальних подій — наприклад, нанесення тілесних ушкоджень та виправні роботи строком до двох років

(ч. 1 ст. 122 КК України). Тим більш парадоксальним є те, що кожна «пересічна» людина здатна, по суті, інтуїтивно «вихопити» саме ті значущі для порівняння факти та шуканий нами взаємозв'язок між ними, на підставі чого готова з впевненістю судити про справедливість тієї або іншої конкретної ситуації.

Ми пропонуємо таке вирішення означеної проблеми. Низка дослідників цілком слушно розуміють справедливість як такий «уклад, що призводить до гармонії і миру» [12]. Враховуючи наведені вище міркування щодо моралі та права, цілком логічним буде припустити, що умовою «замиреності» соціального буття є повне взаємне врахування прав усіх учасників соціальних відносин. Відтак, під справедливістю слід розуміти оцінку відповідності того або іншого конкретного вчинку відповідному праву на його вчинення у конкретного соціального суб'єкта. І дійсно, в Античності було винайдено правило справедливості, що виражає її сутність — «воздай кожному належне» (лат. *«suum cuique tribue»*). Набагато пізніше І. Кант усвідомив: «Той, хто вимагає чогось на підставі справедливості, спирається на своє право...» [8]. Навіть найбільш відомий та цитований на сьогодні теоретик справедливості Дж. Ролз спирався на те, що справедливість передбачає рівність прав різних суб'єктів при розподілі благ [13].

Грунтуючись на запропонованому вище розумінні моралі та права, маємо змогу перейти безпосередньо до аналізу моральної складової процесу застосування покарання. Зауважимо, що наше розуміння покарання не обмежується лише кримінально-правовою сферою його застосування (або сферою, врегульованою позитивним (адміністративним, цивільно-право-

вим) законодавством загалом). Натомість ми цілком погоджуємося, зокрема, з М. Фуко та вважаємо, що застосування покарання є широкою соціальною практикою використання каральних заходів одним соціальним суб'єктом по відношенню до іншого у відповідь на небажану поведінку (негативні наслідки або реакцію) у всіх без винятку сферах суспільного буття: на підприємствах, у школах, в армії, лікарнях, сім'ї, неформальних групах тощо [14, 260]. Дійсно, в разі певного відхилення своєї поведінки від загальноприйнятих моделей особа зазнає осуду з боку інших членів суспільства та може потерпати від конкретних заходів на свою адресу. Очевидно, що людська істота вже з моменту свого народження підпадає під застосування подібних практик реагування на небажані вчинки з боку спочатку батьків, потім вихователів освітянських закладів, а вже згодом у всіх без винятку соціальних інститутах. За таких обставин застосування покарання у кримінально-правовій сфері є власною крайньою формою буття соціальних практик покарання як засобу врегулювання найбільш значущих суспільних відносин. Саме з огляду на це в межах запропонованого аналізу ми будемо орієнтуватися переважно на кримінально-правовий досвід застосування покарання як найбільш ілюстративний щодо обстоюваних положень.

Відповідно, оцінка покарання з точки зору моральних уявлень цілком залежить від попередньої у часі небажаної поведінки іншого суб'єкта. Оскільки така поведінка сприймається як «зло», то цілком природним є «рефлексуюче» судження щодо необхідності йому протидіяти — в такий спосіб формується індивідуальне право соціального суб'єкта на застосування покарання. У свою чергу, право ок-

ремого соціального суб'єкта на застосування покарання може визнаватися й з точки зору колективних моральних уявлень всього суспільства, набуваючи таким чином ознак соціального права. Так, за первісного суспільства у випадку приватного зіткнення — усією групою схвалювалося право «скривдженої» особи нанести шкоду у відповідь.

Подальший історичний аналіз засвідчує тенденцію колективних моральних уявлень до змін [15]. Як ми з'ясували, зміни у моральних уявленнях спричиняють відповідні «пульсуючі» зміни й у соціальному праві, як у визнаній спільнотою свободі поведінки окремого суб'єкта та, згодом, і в позитивному праві (законодавчому мінімуму соціального права, призначенням якого є врегулювання найбільш значущих соціальних відносин). Так, з одного боку, деякі види поведінки перестають сприйматися як моральне «зло» (скажімо, Ріпуарська Правда вже забороняє помсту за неумисне вбивство). Або навпаки зауважуємо тенденцію засуджувати такі види поведінки, які до того часу не привертали до себе уваги (скажімо, Закони XII таблиць передбачають покарання за вчинки, «шкідливість» яких була неактуальною за первісного суспільства: нічні зборища (VIII, 26), хабарництво (IX, 3) тощо). З другого боку, і це безпосередньо стосується предмета нашого аналізу, констатуємо моральні зміни у ставленні до покарання, а саме усвідомлення того, що покарання є також «злом», а тому його нічим не обмежене застосування у відповідь на образу (як за первісних часів) суперечить інтересам суспільства — вже згідно з законами Драконта зазначаємо заборону особистої помсти за вбивство з «наслідуванням» цієї функції державою. Дійсно, обран-

ня того або іншого виду покарання зумовлене не лише суто протидією небажаних поведінці об'єкта, а й деякою «цивілізаційною чуттєвістю» або «моральністю» [16]. Саме означенням пояснюється заборона тілесних покарань наприкінці XVIII ст. або сучасна заборона жорстоких покарань та таких, що принижують людську гідність. Отже, під моральною вимогою до виду покарання ми розуміємо мінімізацію негативних наслідків від його застосування при збереженні ефективності.

Що стосується моральних вимог до міри покарання, то дійсно переважна більшість дослідників наголошувала на необхідності відповідності покарання вчиненому «злу». Однак не всі дослідники, на нашу думку, правильно усвідомили критерії такої відповідності. Так, одним із найпоширеніших підходів до справедливості покарання є теза про «дзеркальне» співвіднесення злочину та покарання, на якій, зокрема, наполягають послідовники І. Канта. Проте така теза не витримує жодної критики. По-перше, слід навести популярний аргумент про сумнівну доцільність «дзеркальних» дій по відношенню до злочинця, наприклад у випадку з'валтування, катування тощо. По-друге, навіть у випадку цілковитої відповідності між злочином та покаранням (припустимо — крадіжка на суму в 1 000 гривень та штраф на таку ж суму) — запропонована «справедливість» покарання аж ніяк не буде умовою його ефективності. Подібний штраф не змусить злочинця уникати вчинення злочинів у майбутньому, оскільки від такого покарання останній фактично нічого не втрачає та нічим не ризикує. З другого боку, за умови відходу від позиції «дзеркальних» покарань та їх заміни на інші «рівнозначні» заходи, виникає згадана вище проблема визначення

критеріїв визнання такої «рівності» двох принципово різних явищ. З цього приводу ще М. Шаргородський зазначив, що теорія кримінального права не може логічно обґрунтувати призначення конкретної міри покарання за конкретний злочин [17].

З метою вирішення означеної проблеми пропонуємо застосувати наш підхід до сутності справедливості як критерію відповідності конкретних дій суб'єкта його праву на вчинення таких дій. Як ми з'ясували, визнання з точки зору суспільних моральних уявлень права за окремим соціальним суб'єктом або інститутом на застосування покарання продиктоване природним прагненням протидії «злу». Отже, є очевидним, що межі права на застосування покарання цілком визначаються досягненням відповідної моральної мети — протидії «злу», яка, у свою чергу, конкретизується у превенції (загальній та спеціальній) та інших цілях застосування покарання. Дійсно, як дійшов висновку сучасний дослідник «адекватності» покарання В. Махінчук, протягом історії єдиним дієвим способом визначення міри належного покарання у сфері кримінального права був емпіричний метод [18], тобто по суті ретроспективний аналіз ефективності покарання в розрізі поставлених цілей. Отже, під моральною вимогою до міри покарання ми розуміємо його достатність з точки зору досягнення моральних цілей його застосування.

Оцінка застосовуваного покарання з точки зору його справедливості не обмежується міркуваннями щодо його міри. Натомість умовою висновку про справедливість покарання є також застосування покарання правильним з точки зору моральних уявлень суб'єктом, а також по відношенню до правильного об'єкта. Так, в різні історичні

моменти різні соціальні суб'єкти визнавалися належними суб'єктами застосування покарання з точки зору саме моральних уявлень. За первісного суспільства, як вже зазначалося, «моральним» суб'єктом застосування покарання міг бути визнаний сам скривджений. Пізніше право на застосування покарання за найбільш значущі суспільно небезпечні діяння цілком поглинається державою, в той час як право реагування шляхом покарання на менш значні діяння визнається за широким спектром соціальних суб'єктів фактично у всіх без винятку соціальних сферах, про що йшлося вище. Аналогічні міркування стосуються й об'єкта. Як яскравий приклад можна згадати покарання «винних» тварин, рослин або навіть предметів за доби раннього Середньо-

віччя, які таким чином визнавалися в якості належного («морального») об'єкта застосування покарання. Відтак, очевидно, що моральні уявлення висувають чіткі вимоги до суб'єкта та об'єкта застосування покарання на кожному аналізованому історичному проміжку часу.

Таким чином, до моральних вимог до соціальних практик застосування покарання ми пропонуємо віднести: 1) вимогу до виду покарання — в розумінні мінімізації негативних наслідків від його застосування при збереженні ефективності; 2) вимогу до міри покарання — в розумінні його достатності задля досягнення моральних цілей його застосування; 3) вимогу належного суб'єкта застосування покарання; 4) вимогу належного об'єкта застосування.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Гьофе Отфрід*. Справедливість і субсидіарність : Виступи в Україні. — К., 2004. — 144 с.; *Самохвалов В. В.* Законність і справедливість : теоретико-правові проблеми співвідношення та взаємодії : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / НАН України; Ін-т держави і права ім. В. М. Корещького. — К., 2008. — 203 с.
2. *Азаренко С. А., Андрианов В. М., Анкин Д. В.* и др. Современный философский словарь / В. Е. Кемеров (общ. ред.). — 3-е изд., испр. и доп. — М., 2004. — С. 408; *Философский словарь* — *Philosophisches Wörterbuch* : Основан Г. Шмидтом / Георги Шишкофф. — 22-е изд., перераб. — М., 2003. — С. 282; *Мораль* : філософський енциклопедичний словник / Т. Аболіна, І. Надольний ; НАН України; Ін-т філософії ім. Г. С. Сковороди / В. І. Шинкарук (голова редкол.). — К., 2002. — С. 397.
3. *Четвернин В. А.* Понятия права и государства. Введение в курс теории права и государства : учеб. пособие / Академия нар. хозяйства при правительстве РФ юрид. ф-т им. М. М. Сперанского. — М., 1997. — 120 с.
4. *Малахов В. П.* Концепция философии права. — М., 2007. — 751 с.
5. *Гетьман-Пятковська І. А.* Право та мораль : теоретико-правові проблеми співвідношення та взаємодії : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / НАН України; Ін-т держави і права ім. В. М. Корещького. — К., 2007. — С. 8; *Фуллер Лон Л.* Мораль права. — К., 1999. — 232 с.
6. *Zaibert, Leo.* Punishment and retribution. — Ashgate Publishing. — Aldershot, England/Burlington, USA. — 2006. — P. 31; *Жюлиа Дидье*. Философский словарь / пер. на рус. Н. В. Андреева. — М., 2000. — С. 256.
7. *Рікер Поль*. Право і справедливість / О. Сирцова (пер.), В. Каденко (пер.). — К., 2002. — 216 с.
8. *Кант Иммануил*. Основы метафизики нравственности. Критика практического разума. Метафизика нравов. — 3-е, стер. изд. — СПб., 2007. — 528 с.
9. *Иеринг Р. фон* Избранные труды / Антология юрид. науки ; редкол. : И. В. Елисеев (отв. ред.), И. Ю. Козлихин (отв. ред.) и др. : в 2 т. — СПб., 2006. — Т. 1. — 624 с.
10. *Луцький І. М.* Справедливість як філософсько-правова засада українського державотворення : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.12 / Нац. акад. внутр. справ України. — К., 2005. — С. 6; *Гуревич П. С.* Философский словарь. — М., 1997. — С. 243; *Велиев С. А., Савенков А. В., Кругликов Л. Л., Становский М. Н.* и др. Энциклопедия уголовного права / В. Б. Малинин (отв. ред.). — СПб., 2008. — Т. 8. — С. 131.
11. *Кистьяковский Б. А.* Философия и социология права / Русский Христианский гуманитарный ин-т / Ю. Н. Давыдов (сост.), В. В. Сапов (сост.). — СПб., 1998. — С. 105–116.

12. Мельничук Н. Ю. Дискурс «злочину» та «покарання» у контексті класичної філософської парадигми / Львів. держ. ун-т внутр. справ. — Л., 2006. — С. 50.
13. Ролз Джон. Теорія справедливості / О. Мокровольський (пер.). — К., 2001. — 822 с.
14. Фуко Мишель. Надзирати і наказувати. Рождение тюрьмы / И. Борисова (ред.), В. Наумов (пер. с фр.). — М., 1999. — 479 с.
15. Дюркгейм Эмиль. Социология. Ее предмет, метод, предназначение / А. Б. Гофман (пер.). — М., 1995. — 352 с.
16. Елиас Норберт. Процес цивілізації. Соціогенетичні і психогенетичні дослідження : Т. I—II «La civilisation... n'est pas encore terminée» (Holbach, «Systeme Sociale», 1774) / Олекса Логвиненко (пер. з нім.). — К., 2003. — 670 с.
17. Шаргородский М. Д. Наказание по советскому уголовному праву. — М., 1958. — 240 с.
18. Махінчук В. М. Адекватність кримінального покарання як філософсько-правова проблема : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.12 / Нац. акад. внутр. справ України. — К., 2002. — 222 с.

Рекомендовано до друку кафедрою філософії та юридичної логіки Національної академії внутрішніх справ.

Овчаренко Д. А. Філософсько-правове розуміння моралі та її вимог до соціальних практик застосування покарання

Анотація. На противагу традиційному позитивістському розумінню моралі, справедливості та права пропонується альтернативний погляд на їх зміст та співвідношення. Вже на цьому підґрунті висувається низка моральних вимог до соціальних практик застосування покарання.

Ключові слова: мораль, справедливість, право, покарання.

Овчаренко Д. А. Философско-правовое понимание морали и ее требований к социальным практикам применения наказания

Аннотация. В противовес традиционному позитивистскому пониманию морали, справедливости и права предлагается альтернативный взгляд на их содержание и соотношение. Уже с этих позиций выдвигается ряд требований к социальным практикам применения наказания.

Ключевые слова: мораль, справедливость, право, наказание.

Ovcharenko D. Philosophical-legal understanding of morality and its requirements to social practices of punishment application

Annotation. In contrast to traditional understanding of morality, justice and law, it is suggested the alternative point of view to their content and correlation, on the ground of what it is proposed a number of moral requirements to punishment application.

Key words: morality, justice, law, punishment.

Пропонується посібник:

Правознавство : навч. посіб. / В. М. Олуйко, Р. І. Кондратьєв, Р. О. Стефанчук та ін. ; за ред. Р. І. Кондратьєва. — К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2008. — 488 с.



У навчальному посібнику викладено матеріал з проблем правознавства, який написано відповідно до програми вивчення основ правознавства у загальноосвітній школі і максимально адаптовано до вимог вищої школи.

Посібник розраховано на абітурієнтів вищих навчальних закладів юридичного профілю, студентів вищих навчальних закладів та широкий читачий загал.

Замовляйте видання за телефоном:

0(44) 537-51-11

або електронною поштою:

sales@inyure.kiev.ua

http://shop.inyure.kiev.ua

ГЕННАДІЙ КОСТЯНТИНОВИЧ МАТВЄЄВ — ВІРНИЙ ЛИЦАР ЦИВІЛІСТИКИ

Можна без перебільшення сказати, що Геннадій Костянтинович до останніх днів життя був відданий справі виховання молодих юристів. Його численні статті присвячені завданням підготовки юридичних кадрів, особливостям викладання юридичних дисциплін іноземним студентам, методиці проведення практикумів з юридичних дисциплін, і сьогодні не втратили своєї актуальності.

Із вдячністю викладачі юридичного факультету та факультету міжнародних відносин і міжнародного права згадують години, проведені з професором Г. Матвєєвим у його знаменитому кабінеті, який був справжньою «Меккою» для українських цивілістів. Геннадій Костянтинович вмів бути дуже вимогливим (навіть суворим!) і водночас доброзичливим. У нього завжди знаходилися слова, якими можна було підтримати і підбадьорити молодого викладача. Але коли мова заходила про навчальний процес, про вимогливість і професійний рівень, тут Геннадій Костянтинович міг бути різким і безкомпромісним. Однак попри все — завжди справедливим. Може саме тому до нього тягнулися аспіранти та пошукувачі наукових знань не тільки з України, а й з далекої Африки, Близького Сходу та інших регіонів.



Геннадій Костянтинович Матвєєв пройшов довгий і нелегкий життєвий шлях. Він народився 21 серпня 1908 р. у с. Пектубаєво Кадамської волості Яранського повіту В'ятської губернії. Батько Геннадія Костянтиновича Костянтин Олександрович займався сільським господарством і одночасно дрібною торгівлею.

Як згадував Геннадій Костянтинович у своїй автобіографії, в 1913 р. батько серйозно захворів і в лютому 1918 р. помер, залишивши на руках матері шестеро дітей.

Бідність і нестатки змусили 12-річного Геннадія піти в дитячий будинок у сусідньому селі Салобеляк, де він у 1925 р. закінчив середню школу.

Після трьохмісячних вчительських курсів він у вересні 1925 р. почав самостійну трудову діяльність. 17-річний юнак став сільським вчителем у с. Верхоусліно. Далі — комсомольська робота, потім — навчання на юридичному факультеті Казанського державного університету. Після одержання в 1931 р. диплома юриста Г. Матвєєв деякий час проходив військову службу, а в 1933 р. після демобілізації вступив до аспірантури.

Закінчивши її, з 1935 р. по 1938 р. він працює викладачем кафедри цивільного права в цьому університеті, а після цього був переведений на

юридичний факультет Київського державного університету.

Понад 40 років було віддано викладацькій роботі в Київському університеті — на юридичному факультеті та факультеті міжнародних відносин і міжнародного права.

Геннадій Костянтинівч Матвеєв обирався завідувачем кафедри цивільного права, деканом юридичного факультету; останні роки працював професором-консультантом кафедри цивільного права, а потім кафедри міжнародного права.

Геннадій Костянтинівч був мужньою людиною. Пройшовши нелегкими шляхами Великої Вітчизняної війни, стройовий офіцер Г. Матвеєв загартував свою волю для боротьби з численними труднощами, яких було на його життєвій ниві більш ніж достатньо. Але він не схиляв перед ними голову. Він боровся і перемагав, а коли і не перемагав — то не опускав рук.

Було багато людського горя в його долі. Дуже рано пішла з життя Надія Митрофанівна — дружина і великий друг... Жінка тонкої і доброї душі, з ніжним серцем створювала в їхньому домі атмосферу тепла, сердечності та взаєморозуміння.

Здавалося б, невпинний час угамував гостроту болю. Тут новий удар — у 1990 р. не стало сина Юрія.

Скільки надій і сподівань було пов'язано саме з ним, обдарованим природою і батьками, талановитим юристом і дипломатом Юрієм Геннадійовичем Матвеєвим. Саме для нього він був найвимогливішим вчителем і суддею — Батько і Вчитель...

Не кожен зможе піднятися над власним горем і продовжувати жити — життям учнів, життям колег.

До останніх днів Геннадій Костянтинівч продовжував працювати — писав рецензії, готував статтю, цікави-

вся підготовкою проекту нового Цивільного кодексу України.

23 січня 1996 р. перестало битися невгамовне серце цієї стомленої хворобами, але нескореної й красивої людини. Але поки живуть на землі його учні, вони будуть нести у світ любов до свого Вчителя — вірного лицаря Цивілістики.

Геннадій Костянтинівч Матвеєв був правознавцем, якого цікавили різні напрями цивілістичної думки в її якнайширшому розумінні. Свої роботи він присвячував найактуальнішим проблемам цивільного, сімейного, міжнародного, приватного права.

Але були серед них такі проблеми, до яких він постійно звертався впродовж свого довгого наукового життя. До них передусім належить вчення про цивільно-правову відповідальність.

У 1939 р. у Москві у Всесоюзному інституті юридичних наук (ВІЮН) Г. Матвеєв захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Возмещение договорного убытка».

У 40-ві — на початку 50-х років побачили світ наукові статті Г. Матвеєва: «Виды договорных убытков» (1940 р.), «Об определении размеров договорного убытка» (1948 р.), «К вопросу о вине как основании договорной ответственности» (1947 р.), «О вине как основании деликтной ответственности» (1950 р.), «Дела о возмещении вреда» (1950 р.), «О вине как основании гражданско-правовой ответственности» (1952 р.), «Основание ответственности советских юридических лиц» (1953 р.).

У 1951 р. цей етап наукових досліджень завершується блискучим захистом дисертації на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук (Інститут держави і права Ака-

демії наук СРСР) на тему «Вина як підстава цивільно-правової відповідальності».

Основні висновки і положення, що були обґрунтовані дисертантом, у 1955 р. побачили світ у відомій монографії «Вина в советском гражданском праве», яка зайняла чільне місце у скарбниці вітчизняної цивілістичної літератури.

У 60–70-і роки Г. Матвєєв досліджує підстави цивільно-правової відповідальності. Він звертається до загальних проблем філософії та теорії держави і права, аналізує праці відомих радянських криміналістів, присвячені питанням складу злочину як підстави кримінальної відповідальності.

Наукові статті «Теоретические вопросы причинности бездействия» (1962 р.), «О прямых и косвенных убытках» (1963 р.), «О понятии непреодолимой силы» (1963 р.), «Гегель о причинности в праве» (1968 р.), «Склад цивільного правопорушення як загальна підстава відповідальності» (1969 р.), «Об основаниях ответственности хозорганов» (1968 р.), «Основания юридической ответственности» (1971 р.), «Основания ответственности за правонарушение» (1971 р.), «Основания юридической ответственности за правонарушения» (1972 р.), «В защиту принципа виновной ответственности в отношениях между хозорганами» (1973 р.) визначили підґрунтя і науковий фундамент монографії «Основания гражданско-правовой ответственности», яка була видана в Москві у видавництві «Юридическая литература» в 1970 р.

Важко переоцінити значення цієї праці Г. Матвєєва. Впродовж не одного десятиліття вона є науковим компасом для дослідників, які звертаються до проблем не тільки цивільно-право-

вої, а й юридичної відповідальності в цілому. Висновки професора Г. Матвєєва про склад цивільного правопорушення як необхідну і достатню підставу цивільно-правової відповідальності увійшли в усі сучасні підручники цивільного права. Вони стали базовими і для проведення загально-теоретичних досліджень проблеми юридичної відповідальності та її підстав.

Геннадій Костянтинів Матвєєв зробив великий внесок у розвиток науки сімейного права та сімейного законодавства. Завдяки його праці, як вченого і викладача, сімейне право визначилося як самостійна галузь права, в ньому сформулювався ряд принципів засад. Саме Геннадій Костянтинів був автором таких корінних засад сімейного права в Україні, як визнання підставним лише шлюбу, укладеного в державних органах запису актів громадського стану, ліквідації прочерків у метричних свідоцтвах позашлюбних дітей та визначення батьківства на підставі судового встановлення сімейних відносин, можливості зміни прізвища дитини, яка залишилася жити з одним із батьків при їх розлученні або визнанні шлюбу недійсним.

Професор Г. Матвєєв мав енциклопедичні знання з права. Теорія права була в полі його зору як методологія наукових пошуків. Досягнення галузевих правових наук творчо застосовувалися в його працях. Особливим полем його інтелектуальних мандрівок була наука міжнародного приватного права. І це було невипадково. Геннадій Костянтинів все своє наукове життя сповідував ідею про те, що справжній цивіліст повинен знати увесь цикл приватно-правових дисциплін. Йому було у кого вчитись! Усі видатні дореволюційні й післярево-

люційні цивілісти були знавцями приватного права у широкому його розумінні.

Наприкінці 70-х — початку 80-х років у наукових колах юристів-міжнародників з новою силою розгорнулася полеміка навколо старої проблеми щодо природи, системи та джерел міжнародного приватного права.

Своєрідним підсумком наукової позиції Г. Матвєєва із зазначених питань стала написана ним глава про предмет, систему та джерела міжнародного приватного права до навчального посібника «Міжнародне приватне право», що вийшов під його редакцією у 1985 р.

Г. Матвєєв створив українську школу вчених з міжнародного приватного

права. Починаючи з 60-х років під його керівництвом захищається ряд кандидатських дисертацій з проблем міжнародного права власності, міжнародного сімейного та спадкового права. Це дало можливість у 1985 р. випустити перший в Україні посібник з міжнародного приватного права. Логічним підсумком цієї праці стало створення у 1992 р. унікальної в Україні і на терені колишнього СРСР кафедри міжнародного приватного права в Інституті міжнародних відносин та відкриття в ньому спеціалізації з міжнародного приватного права для юристів-міжнародників.

ІСТОРІЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО УПОРЯДКУВАННЯ СУЧАСНОЇ УКРАЇНСЬКОЇ ДЕРЖАВИ



В. ШАПОВАЛ

*доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАН України,
член Робочої групи Конституційної
комісії України (1994–1996 рр.)*



А. КОРНЄЄВ

*кандидат філософських наук,
народний депутат України
першого скликання,
керівник Робочої групи Конституційної
комісії України (1994–1996 рр.)*

(Продовження. Початок читайте у № 4 за 2011 р.)

III. Конституційна комісія 1994 року: складності формування, робота секцій. Конституційний Договір

Результати парламентських і президентських виборів 1994 р. у виявилися далекими від очікувань багатьох з тих, хто вимагав негайного розпуску попереднього складу Верховної Ради, пророкуючи тотальну перемогу демократичних сил. Немало таких необачних «провидців» не знайшли підтримки виборців і залишилися поза складом нового депутатського корпусу. Зазнали поразки у боротьбі за президентський пост колишні керівники держави і Співголови Конституційної комісії Л. Кравчук та І. Плющ [1].

Конституційний процес не знаходився поза колом проблем, які дискутувалися під час виборчих компаній навесні та влітку 1994 р. Необхідність прийняття нового Основного Закону стала очевидною для суспільства, що знайшло відображення у політичних програмах різних партій і рухів. Відповідні гасла постійно лунали на мітингах, зібраннях та інших масових заходах. Зобов'язання добиватися невідкладного прийняття нової Конституції містилося у програмах практично усіх кандидатів у народні депутати і Президенти. Зокрема, «Повна передвиборча програма» Л. Кучми передбачала завдання наполягати «на терміновому прийнятті нової Консти-

туції як основи законотворчості, формування громадянського суспільства національної злагоди, а також створення авторитетної виконавчої влади на засадах компетентності, порядності та відповідальності» [1, 184].

Тому не випадково новообрані народні депутати, їх об'єднання, постійні комісії Верховної Ради другого скликання відразу почали пошук найбільш прийнятних і ефективних шляхів результативного продовження конституційного процесу. Актуальними ці питання були і для новообраного Президента. Як згадує Д. Табачник, ще до офіційної інаугурації новообраного Президента Л. Кучми при обговоренні найважливіших, стратегічних пріоритетів діяльності глави держави на одне з перших місць ставилася проблема підготовки та прийняття нової Конституції [2].

16 липня 1994 р. відразу після завершення складного двомісячного процесу обрання Голови Верховної Ради і формування постійних комісій парламенту Президія Верховної Ради розглянула питання про продовження конституційного процесу. Було зроблено висновок про необхідність активізувати розробку проекту нової Конституції. Комісії Верховної Ради з питань правової політики і судово-правової реформи, у складі якої було сформовано підкомісію з питань конституційної реформи, доручалося узагальнити різні думки і підготувати пропозиції відносно персонального складу майбутньої Конституційної комісії.

29 липня 1994 р., в останній день роботи першої сесії Верховної Ради другого скликання, питання про створення Комісії з опрацювання нової Конституції розглядалося на пленарному засіданні парламенту. З цього питання доповідав голова Комісії Вер-

ховної Ради з питань правової політики і судово-правової реформи В. Стретович.

І знову почалися суперечки. Обговорення було фактично зведене до визначення принципу забезпечення представництва у Конституційній комісії усіх політичних сил, наявних тоді у парламенті. Виникла ситуація, коли для того, щоб задовольнити усі подані заявки, Конституційна комісія мала б складатися з 78-ми осіб. До того ж жодних пропозицій з цього питання від Президента не надходило. Тому остаточного рішення щодо принципів формування складу відповідної комісії не було прийнято, і погодились дати доручення Комісії Верховної Ради з питань правової політики і судово-правової реформи внести на розгляд парламенту пропозиції щодо персонального складу Комісії з опрацювання нової Конституції під час другої сесії.

Питанням відновлення та завершення конституційного процесу був стурбований і новообраний Президент, котрий у своєму листі-зверненні до Верховної Ради 7 вересня 1994 р. критично висловився щодо пропозицій, які обговорювались у парламенті, і зазначив, що у проекті Комісії з питань правової політики і судово-правової реформи «не враховано реалій сучасної політичної ситуації в Україні, не зовсім зрозумілими є логіка й критерії, які покладені в основу пропозицій». Треба зауважити, що у парламенті йшлося про утворення Конституційної комісії як органу Верховної Ради, і це об'єктивно слугувало підставою виникнення серйозних ускладнень у подальшій роботі. Розуміння такої небезпеки зобов'язувало до пошуку більш переконливого принципу формування Конституційної комісії.

Президент вважав за доцільне створити Конституційну комісію у складі 39-ти осіб: Президент і Голова Верховної Ради як Співголови Комісії, визначений ними секретар Комісії, по дев'ять представників від кожної з «тілок» влади, вісім представників від різних регіонів України та особа, уповноважена керівництвом Республіки Крим. Надалі 12 вересня 1994 р. Президія Верховної Ради, розглянувши лист Президента, прийняла постанову, якою узяла до відома його побажання і знову доручила Комісії з питань правової політики і судово-правової реформи запропонувати для розгляду нові підходи до формування Конституційної комісії.

Проблема формування Конституційної комісії, крім зазначених розбіжностей у відповідних підходах, ускладнювалась тим, що за чинним на той час Основним Законом прийняття нової Конституції було віднесено до повноважень Верховної Ради. При цьому кожний суб'єкт права законодавчої ініціативи фактично мав можливість внести обов'язковий для розгляду парламентом свій проект Конституції. Це створювало реальну небезпеку обговорення на пленарних засіданнях багатьох конкуруючих проектів і неприйняття жодного з них.

Обговоривши ситуацію, що склалася, Голова Конституційного Суду Л. Юзьков, завідувач сектору конституційного права Секретаріату Верховної Ради А. Корнеєв і радник Голови Верховної Ради О. Ющик погодилися з тим, що Конституційну комісію треба формувати за принципом представництва від усіх суб'єктів права законодавчої ініціативи, передбачених у ст. 103 чинної на той час Конституції (Основного Закону), і у такий спосіб мати можливість підготувати єдиний проект Конституції. Зазначений прин-

цип був погоджений з Комісією Верховної Ради з питань правової політики і судово-правової реформи. Для оптимізації роботи над проектом було визнано за доцільне утворити з числа членів Конституційної комісії секції для опрацювання різних розділів проекту, залучити до цього відомих фахівців у якості експертів. Такі ідеї були підтримані Головою Верховної Ради, який з конкретними пропозиціями звернувся до Президії Верховної Ради. 19 вересня лист відповідного змісту було направлено Президенту.

20 вересня 1994 р. питання про Комісію з опрацювання нової Конституції розглядалось на пленарному засіданні Верховної Ради. Доповідач В. Стретович запропонував формувати кількісний склад цієї Комісії на основі представництва від усіх суб'єктів права законодавчої ініціативи, передбачених саме ст. 103 Конституції (Основного Закону). Комісія мала складатися з 40–41 особи залежно від того, чи погодяться її Співголови обрати секретаря Комісії із запропонованих кандидатур, чи назвуть окрему погоджену кандидатуру, яка доповнить цей склад.

Згідно з відповідними пропозиціями, законодавчу владу у Комісії з опрацювання проекту нової Конституції мали представляти 16, а виконавчу владу — 12 осіб: Президент, представники Кабінету Міністрів, а також інші особи, визначені розпорядженням Президента. Також планувалось включити до складу Комісії по два представника від Верховного Суду, Вищого арбітражного суду та Генеральної прокуратури, а також Голову Конституційного Суду. У народних депутатів зазначені пропозиції викликали багато питань, особливо щодо того, як буде визначатися парламентська частина Комісії. Прийняття відпо-

відного рішення відбулося лише на наступний день — 21 вересня 1994 р. — після нових консультацій Голови Верховної Ради і Президента.

Відповідно до Постанови Верховної Ради «Про чисельний склад Комісії з опрацювання проекту нової Конституції України (Конституційної комісії)», датованої, однак, 20 вереснем 1994 р., парламент і глава держави мали делегувати до складу цієї Комісії по 15 осіб, один представник визначався Верховною Радою Автономної Республіки Крим, сім — судовими органами і Генеральною прокуратурою. Члени Комісії від Верховної Ради мали пропонуватися депутатськими групами (фракціями) за пропорційним принципом.

Згодом Постановою Верховної Ради від 21 жовтня 1994 р. до складу Конституційної комісії було включено 15 народних депутатів, рекомендованих депутатськими групами (фракціями): четверо від Компартії, двоє — від «Аграрників України» та по одному від інших об'єднань. Представники від Верховного Суду, Вищого арбітражного суду, Генеральної прокуратури (по два) та від Автономної Республіки Крим (один) були визначені раніше. Після цього до Верховної Ради надійшли пропозиції від Президента щодо делегованих ним до складу Комісії 15 осіб, серед яких були голови Львівської і Харківської обласних, Київської міської Рад народних депутатів, науковці-юристи.

10 листопада 1994 р. Верховна Рада ухвалила Постанову «Про склад Комісії з опрацювання проекту нової Конституції України (Конституційної комісії)», якою затвердила Комісію у складі Президента Л. Кучми і Голови Верховної Ради О. Мороза як Співголів, А. Корнєєва — секретаря Конституційної комісії і 38-ми інших

членів Комісії, серед яких був і Голова Конституційного Суду. Усього до складу Конституційної комісії входила 41 особа. Постановою також передбачалось, що Комісія припиняє свою діяльність після прийняття Конституції або закінчення строку повноважень Верховної Ради чи Президента.

Нова Конституційна комісія, яка згідно з відповідним Положенням була визначена «тимчасовою загальнодержавною комісією» (а не органом Верховної Ради України), була загалом налаштована на ефективну, продуктивну діяльність. Істотною передумовою успішності її роботи були якісні характеристики. Члени Комісії мали високий рівень освіти, причому освіти спеціалізованої.

На першому пленарному засіданні Конституційної комісії 28 листопада 1994 р. у виступах її Співголів і більшості інших членів лунала тверда упевненість у тому, що Конституція буде прийнята. Але насторожувало те, що у виступі Президента Л. Кучми було заявлено про необхідність попередньо прийняти закон про владу у зв'язку з тим, що у відносинах законодавчої та виконавчої «гілок» існувала неузгодженість, яка була серйозною перешкодою на шляху здійснення активних і широкомасштабних заходів з припинення різноманітних кризових явищ.

Позиція О. Мороза щодо цих ініціатив була досить стриманою. Голова Верховної Ради зазначив, що «будь-який інший закон, крім Основного Закону держави, не може бути вичерпним навіть у питаннях державної влади». Водночас він акцентував на тому, що у разі неузгодженості з чинною Конституцією відповідний закон « внесе остаточне безладдя в правове регулювання суспільних відносин ».

На підтримку ідей, озвучених Президентом, висловився С. Головатий: «Україна може стати унікальним явищем в плані конституційного процесу. Мова йде про Конституційний Договір між трьома гілками влади, Конституційний Договір про визнання Закону про владу як закону на перехідний період до прийняття нової Конституції». Пояснюючи свою пропозицію, народний депутат запропонував: «Три гілки влади можуть визнати цей Закон про владу як закон, який є, має вищу юридичну силу. І вони всі втрех погоджуються, що дійсно саме на цей період вони будуть дотримуватися цього Закону про владу, а не тієї Конституції, яка суперечлива і яка призводить до конституційного безпорядку в Україні» [3].

Проте члени Конституційної комісії у більшості виявили прагнення розпочати роботу безпосередньо над проектом Основного Закону, прийнявши як вихідний, базовий документ проект Конституції, опублікований 26 жовтня 1993 р. Важливим було й те, що на своєму першому пленарному засіданні Конституційна комісія зробила реальні організаційні кроки для забезпечення ефективності своєї діяльності. Так, було прийнято за основу Положення про Комісію, план її роботи та інші документи.

Для продовження опрацювання окремих розділів проекту Основного Закону з числа членів Конституційної комісії на тому самому її засіданні 28 листопада 1994 р. було утворено сім секцій, склад яких формувався так, щоб у кожній були більш-менш рівномірно представлені різні політичні сили та різні органи державної влади. Секціями мали керувати затверджені на засіданні відповідальні координатори: Голова Конституційного Суду Л. Юзьков — секція «Загальні засади

конституційного ладу», народний депутат В. Буткевич — «Права, обов'язки людини та громадянина», народний депутат О. Карпов — «Громадянське суспільство і держава», народний депутат А. Бутейко — «Пряме народовладдя. Законодавча влада», народний депутат О. Ємець — «Виконавча влада. Президент України. Кабінет Міністрів України», народний депутат В. Стретович — «Судова влада. Охорона Конституції», радник Президента України з питань регіональної політики В. Гриньов — «Територіальний устрій і територіальна організація влади».

До роботи у секціях Конституційної комісії були залучені наукові консультанти з числа відомих вчених у різних галузях права, політології, економіки, а також досвідчені у законотворчій діяльності відповідальні працівники органів державної влади, апаратів Верховної Ради і Кабінету Міністрів. Так, у секції «Загальні засади конституційного ладу» у якості експертів працювали майбутні судді Конституційного Суду, доктора юридичних наук М. Козюбра і В. Шаповал, доктор юридичних наук А. Копиленко, кандидат юридичних наук В. Мелащенко. До секції «Права, обов'язки людини та громадянина» були залучені доктори юридичних наук А. Мацюк, Є. Тихонова, Ю. Шемшученко. В інших секціях працювали відомі правники В. Авер'янов, Ю. Грошевий, А. Заєць, В. Копейчиков, М. Корнієнко, П. Мартиненко, М. Михеєнко, В. Погорілко, М. Теплюк, М. Цвік, О. Ющик та деякі інші.

З метою контролю за ходом опрацювання проекту нової Конституції на пленарному засіданні Конституційної комісії 27 грудня 1994 р. було заслухано інформацію координаторів секцій про стан справ і про питання, щодо

яких не було одностайності і, більш того, виявилась неможливість знайти узгоджене рішення.

Конструктивно працювала перша секція. Як доповів її координатор Л. Юзьков, члени секції та наукові консультанти визначились стосовно того, що створювати проект нової Конституції потрібно на основі проекту у редакції від 26 жовтня 1993 р., який пройшов офіційну апробацію, але з використанням матеріалів інших проектів, де містилося чимало цікавих і сприйнятних положень. Було також запропоновано нову назву першого розділу «Загальні положення», скорочення кількості його статей і зміну їх редакції задля покращання нормативності відповідних положень, а також були сформульовані поправки до преамбули.

Несподіваними були пропозиції Л. Юзькова щодо порядку прийняття Конституції. На його думку, в разі, якщо Верховна Рада не зможе забезпечити для відповідних цілей кваліфіковану більшість, «можливе використання інституту Конституційного Договору між всіма гілками влади з приводу Конституції в цілому чи її окремих розділів» [4, 114]. Очевидно пропонувалось, за згодою всіх «гілок», наділити Верховну Раду повноваженням приймати Конституцію в цілому чи її окремі розділи простою більшістю.

У секції «Громадянське суспільство і держава», як повідомив О. Карпов, виявилися розбіжності щодо доцільності включення такого розділу до Конституції, оскільки багато його формулювань дублювали положення інших розділів і глав. Такою була точка зору, зокрема, В. Тація. Навпаки, А. Гальчинський запропонував зберегти відповідний розділ і його назву, але зміст суттєво переробити.

А. Бутейко проінформував Конституційну комісію про напрацювання членів секції «Пряме народовладдя. Законодавча влада». Секція дійшла висновку, що матеріал із зазначеної проблематики, підготовлений попередньою Конституційною комісією, перш за все з питань конституційного закріплення певних форм безпосередньої демократії, може бути прийнятий за основу для подальшої роботи. Щодо організації законодавчої влади, секція запропонувала повернутися до ідей двопалатної Верховної Ради, скорочення числа депутатів і висловила сумніви щодо доцільності збереження такого органу, як Президія Верховної Ради. Скептичним було ставлення А. Бутейка до ідеї Конституційного Договору, і він закликав добре подумати перед тим, як діяти у такий спосіб.

Інформація О. Ємця про роботу секції «Виконавча влада. Президент України. Кабінет Міністрів» містила ряд принципових пропозицій стосовно підходів до вирішення питань взаємовідносин Верховної Ради, Президента, Кабінету Міністрів. Члени секції вважали, що Президент має бути главою держави і главою виконавчої влади, призначати і звільняти Прем'єр-міністра та за поданням останнього — інших членів Кабінету Міністрів. Президент мав би визначати порядок денний засідань уряду і головувати на його засіданнях. Нормативні акти Президента загальнообов'язкової дії передбачалось підписувати тільки після їх обговорення на засіданнях Кабінету Міністрів, який сам жодних подібних нормативних актів не повинен був видавати. Президент також мав би бути наділений повноваженням пропонувати Верховній Раді кандидатури для призначення на посади Голови і членів Верховного Суду, Генерального прокурора, Голови

Правління Національного банку та деякі інші.

За умов заснування двопалатного парламенту передбачалось, що Президент буде наділений повноваженням розпускати нижню палату у визначених Конституцією випадках, а парламент — повноваженнями усувати Президента з поста (посади) за процедурою імпичменту. Реалізація таких пропозицій фактично наближала б державу до суто президентської республіки.

У секції «Судова влада. Охорона Конституції», як поінформував її координатор В. Стретович, були визначені напрями щодо підготовки відповідного розділу Основного Закону. Дискусійним постало питання судової системи: чи існуватиме її єдність «під началом» Верховного Суду, в структурі якого мають створюватися спеціалізовані колегії, чи буде встановлений поділ судової влади на підсистеми спеціалізованих судів. Різні думки були висловлені і щодо місця прокуратури у системі державних інституцій: пропонувалось або зберегти її статус самостійного органу, що здійснює відповідний нагляд, або віднести прокуратуру до виконавчої чи судової влади із зміною функцій і повноважень.

У виступах В. Буткевича (секція «Права, обов'язки людини та громадянина») і В. Гриньова (секція «Територіальний устрій і територіальна організація влади») інформації про конкретні напрацювання було обмаль, але обидва координатора запевнили, що до кінця січня попередні варіанти текстів відповідних розділів будуть підготовлені.

У процесі загального обговорення на пленарному засіданні Конституційної комісії 27 грудня 1994 р. знову виникло питання визначення суспільно-економічного ладу («капі-

талістичного або соціалістичного»), дискутувалися питання щодо збереження радянської влади, закріплення назви «український народ» чи «народ України», ставлення держави до корінної нації та національних меншин, бікамеральності чи монокамеральності парламенту тощо. Обговорення цих питань було бурхливим, але члени Комісії погодилися з пропозицією головуючого на засіданні О. Мороза не ставити їх на голосування, ще раз уважно обміркувати відповідні проблеми для того, щоб на наступному пленарному засіданні Комісії зважено їх вирішити.

У своїх виступах практично всі координатори секцій і члени Конституційної комісії висловились за те, щоб базовим для подальшої роботи був визнаний проект Конституції у редакції від 26 жовтня 1993 р.

Інший Співголова Конституційної комісії Л. Кучма також пропонував не поспішати з рішеннями щодо спірних питань. Така позиція значною мірою зумовлювалася стурбованістю складностями проходження у Верховній Раді президентського законопроекту «Про державну владу і місцеве самоврядування в Україні», який бурхливо обговорювався на засіданнях парламенту і 28 грудня 1994 р. був схвалений у першому читанні.

Засідання Конституційної комісії відбулося 6 березня 1995 р., що було зумовлено зосередженістю відповідальних осіб на процесі проходження у Верховній Раді саме законопроекту «Про державну владу і місцеве самоврядування в Україні». Цьому засіданню передувала сумна подія: 2 березня 1995 р. раптово пішов із життя Л. Юзьков, який із самого початку, протягом майже шести років, був справжнім інтегратором конституційного процесу в Україні. Члени Кон-

ституційної комісії та всі присутні на засіданні вшанували його пам'ять хвилиною мовчання. Координувати роботу першої секції було доручено секретарю Комісії А. Корнєєву.

На засіданні Конституційної комісії відбулося лише заслуховування доповідей координаторів секцій і обговорення напрацьованих текстів відповідних розділів проекту, розданих членам Комісії. Матеріали щодо прав людини і громадянина не викликали серйозних зауважень, за винятком неприйняття народними депутатами від Компартії пропонованої відмови від положень соціалістичних конституцій щодо соціальних гарантій. Виступаючий від секції з проблем громадянського суспільства В. Тацій обґрунтував висновок про недоцільність збереження у проекті окремого розділу з цих питань, а також про необхідність додатково внести до проекту спеціальний, завершальний розділ «Конституційні наглядові органи» або «Охорона Конституції». Секція з проблем народо-владдя і парламенту запропонувала однопалатну Верховну Раду, до складу якої мало би входити 300 народних депутатів, що викликало традиційне неприйняття з боку певної частини учасників засідання.

Гостра дискусія на засіданні Конституційної комісії 6 березня 1995 р. відбулася з питань, порушених координатором секції «Виконавча влада. Президент України. Кабінет Міністрів України» О. Ємцем. Секція дійшла висновку, що Україна має бути президентською республікою, на зразок Сполучених Штатів Америки, в якій «Президент України представляє націю і здійснює виконавчу владу». Передбачалось, що Президент призначатиме міністрів, один з яких мав би бути Першим міністром і здійснювати

за дорученням Президента певні дії, притаманні главі уряду.

Ці пропозиції викликали критику з боку значного числа учасників засідання і обвинувачення у приниженні ролі парламенту, звуженні демократії.

Озвучені О. Ємцем ідеї не знайшли підтримки й у Л. Кучми. Водночас Л. Кучма позитивно ставився до пропозицій про утворення двопалатного парламенту, зокрема через те, що у суспільній і професійній свідомості Голова Верховної Ради нерідко сприймався як глава законодавчої влади, тобто особа того самого рівня, що і глава виконавчої влади.

За інформацією В. Стретовича, в секції «Судова влада. Охорона Конституції» не дійшли згоди щодо організації судової системи: чи «бути нашої судовій системі цілісній із впровадженням єдиної судової політики на чолі з Верховним Судом і відповідними галузевими судами... чи залишити пережиток командної адміністративної системи в особі арбітражних судів і покликаними стояти на сторожі державної власності». Не знайшла підтримки також пропозиція про віднесення прокуратури до судової влади, і члени секції зійшлися на думці, що «треба залишити систему органів прокуратури в тому вигляді, в якому вона зараз існує в державі» [5, 169].

Суттєві розбіжності виявилися з ряду важливих питань регламентації територіального устрою і територіальної організації влади, про що інформував В. Гриньов. Ці питання гостро обговорювалися на засіданні Конституційної комісії: деякі її члени наполягали на поновленні системи радянської влади, інші були стурбовані слабкістю державної влади на місцевому рівні, треті виступали за утвердження «справжнього місцевого самоврядування». Через це наступна

робота на спільних засіданнях певних секцій практично не мала наслідків.

Нове зволікання у конституційному процесі викликало стурбованість громадськості, політичних партій, інших об'єднань громадян. Багато хто реально включився у конституційний процес, підготував і надіслав до Конституційної комісії свої зауваження, пропозиції, побажання і навіть власні проекти Основного Закону.

Важливим чинником було й те, що в Україні поглиблювалася економічна криза, зростала напруга у суспільних відносинах, ускладнювалася соціально-політична ситуація, все більше безкомпромісними ставали погляди і позиції різних політичних партій та рухів. 10 травня 1995 р. секретар Конституційної комісії А. Корнєєв звернувся до Л. Кучми і О. Мороза як Співголів Комісії з листом, у якому звернув увагу на критичність ситуації, що склалася, і запропонував невідкладно провести нараду координаторів секцій Комісії за участю провідних експертів. На цій нараді пропонувалось обговорити першочергові завдання щодо завершення роботи над проектом Конституції та питання формування Робочої групи для підготовки остаточного тексту проекту. Співголови своєчасно розглянули ці пропозиції та підтримали їх.

Нарада була скликана Президентом і Головою Верховної Ради 30 травня 1995 р. Цьому передували важливі події: 18 травня Верховна Рада схвалила абсолютною більшістю Закон «Про державну владу і місцеве самоврядування в Україні». Оскільки цей Закон містив багато положень, які суперечили чинній на той час Конституції (Основному Закону), для його введення в дію було запропоновано прийняти ще один Закон «Про застосування Закону України «Про держав-

ну владу і місцеве самоврядування в Україні» та зміни Конституції (Основного Закону) України у зв'язку з його прийняттям». У разі його схвалення кваліфікованою більшістю (дві третини від складу парламенту) певною мірою була б пом'якшена гостра невідкладність прийняття нової Конституції.

Проте цього не сталося, адже потрібної кількості голосів народних депутатів відповідний законопроект не отримав. Тому важливим кроком було проведення згадуваної наради. Усі присутні на ній висловилися за те, що треба негайно переходити до завершального етапу роботи над проектом Конституції. Також погодилися, що відповідну роботу мала виконати Робоча група Конституційної комісії, невідкладно створити яку було рекомендовано Президенту і Голові Верховної Ради як Співголовам цієї Комісії. Другим актуальним завданням вважали ввести в дію Закон «Про державну владу і місцеве самоврядування в Україні» шляхом підписання Конституційного Договору між Президентом та Верховною Радою. З цією метою проводилася робота з народними депутатами, лідерами депутатських фракцій і груп, керівниками постійних комісій Верховної Ради.

На початку червня 1995 р. відбулися зустрічі Президента з керівниками та членами депутатських фракцій, з Президією Верховної Ради. 7 червня на пленарному засіданні парламенту після виступів Л. Кучми та О. Мороза відбулося голосування щодо Конституційного Договору, до змісту якого був «вмонтований» повний текст Закону «Про державну владу і місцеве самоврядування в Україні», і 240 народних депутатів проголосували за цей документ.

Конституційний Договір набрав чинності 8 червня 1995 р. після його урочистого підписання Президентом, Головою Верховної Ради і бажаними народними депутатами. Це був не тільки юридичний, а й політичний документ, появу якого викликали особливості гострої, небезпечної для самого існування держави ситуації у суспільстві. Саме такою була його загальна оцінка з боку Венеціанської комісії та деяких інших інституцій Ради Європи.

Але така угода двох вищих органів держави, на укладення якої вони не мали повноважень, за своїм характером була об'єктивно протиконституційною. Верховна Рада і Президент були не «суверенними», а конституційними органами влади, і як такі не могли укладати між собою договори за власною волею. Тому в тексті Конституційного Договору немає жодного посилання на конкретні правові норми, а лише сформульоване положення, за яким сторони «є суб'єктами конституційного права» і діють «на основі доброї волі Сторін, взаємних поступок та компромісу». До того ж Конституційним Договором запроваджувалось нормативне регулювання відносин державного владарювання при фактичному зупиненні дії відповідних положень чинної Конституції, які при цьому не скасовувалися.

З другого боку значення Конституційного Договору для прискорення конституційного процесу в Україні було на той час безумовно позитивним. Його підписанням завершився багатомісячний, фактично конкурентний конституційному процес.

Водночас у Конституційному Договорі визнавалось за необхідне «створення належних умов для прискорення та успішного завершення конституційного процесу в Україні, щоб

прийняти нову Конституцію України в строк не пізніше одного р. з дня підписання цього Конституційного Договору». Конституційний Договір містив положення щодо обмеження його дії у часі — до прийняття нової Конституції, і це також вимагало активізації діяльності Конституційної комісії.

Фактично Конституційним Договором встановлювався граничний строк для підготовки проекту Конституції, передбачалися певні умови та визначалися окремі елементи порядку прийняття нового Основного Закону. При цьому у відповідний спосіб були вирішені деякі спірні питання, актуальні для роботи з опрацювання проекту нової Конституції, а також більш вдало, порівняно з уже напрацьованими текстами розділів, сформульовано деякі важливі конституційно-правові положення.

IV. Конституційна комісія 1994 року: Робоча група Конституційної комісії, народження проекту нової Конституції

Після підписання Конституційного Договору і відповідно до рекомендацій наради координаторів секцій Л. Кучма й О. Мороз 19 червня 1995 р. видали Розпорядження Співголів Конституційної комісії України «Про утворення Робочої групи Конституційної комісії», де її завданням було визначено «прискорення доопрацювання проекту нової Конституції України на основі узагальнення матеріалів альтернативних проектів та текстів розділів, підготовлених секціями Конституційної комісії».

До складу Робочої групи Конституційної комісії увійшли В. Авер'янов і В. Погорілко — доктори юридичних наук, завідувачі відділами Інституту держави і права ім. В. М. Корецького

НАН України; Ф. Бурчак, В. Копейчиков — доктори юридичних наук, наукові консультанти Президента; А. Заєць — кандидат юридичних наук, заступник завідувача відділом Секретаріату Верховної Ради; М. Козюбра, В. Шаповал — доктори юридичних наук, завідувачі кафедр Київського національного університету ім. Тараса Шевченка; П. Мартиненко — кандидат юридичних наук, завідувач кафедри Українського Інституту міжнародних відносин; М. Пухтинський — кандидат юридичних наук, перший заступник Голови Фонду сприяння і становлення місцевого і регіонального самоврядування України; А. Корнеєв — кандидат філософських наук, секретар Конституційної комісії. Останній був одночасно визначений керівником Робочої групи.

До цього треба додати, що М. Козюбра та А. Корнеєв як члени Конституційної комісії, а А. Заєць, В. Копейчиков, П. Мартиненко, В. Погорілко і М. Пухтинський як експерти були зайняті у конституційному процесі ще з 1990 р. В. Авер'янов, Ф. Бурчак, В. Шаповал підключились до цієї роботи з 1994 р. Крім того, П. Мартиненко був одним з авторів проекту Конституції, поданого до Конституційної комісії Християнсько-демократичною партією України, а В. Погорілко був серед розробників проекту, що надійшов від Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. Таким чином, склад Робочої групи забезпечував і наступність, і новизну в роботі над проектом нової Конституції.

Розпорядженням Співголів Конституційної комісії також передбачалось, що для участі в опрацюванні окремих розділів проекту Конституції до діяльності Робочої групи будуть залучатися експерти секцій Конституцій-

ної комісії Ю. Грошевий, В. Кампо, О. Копиленко, М. Корнієнко, А. Мацюк, М. Теплюк, Є. Тихонова, Ю. Шемшученко, О. Ющик.

На пленарне засідання Конституційної комісії, яке відбулося 18 вересня 1995 р., Робоча група представила тексти преамбули і першого розділу проекту Конституції. Порівняно з попередніми редакціями, було запропоновано нове визначення суб'єкта установчої влади — «український народ — громадяни України усіх національностей». Уточнення були зроблені й щодо формулювання у преамбулі цілей, яким мав відповідати нормативний зміст Конституції. Зокрема, було визнано за доцільне замінити формулювання «підключуючись про побудову і розвиток громадянського суспільства» та «бажаючи вільно жити в демократичній правовій державі» іншим — «прагнучи утвердити демократичну соціальну правову державу як складову частину міжнародного співтовариства».

У проекті Конституції у редакції від 26 жовтня 1993 р. перший розділ під назвою «Засади конституційного ладу» був змінений на «Загальні положення». Зміст розділу був розширений шляхом збільшення кількості статей і, разом з тим, скорочений за рахунок більш лаконічного викладення матеріалу і вилучення повторів. Також була додана ст. 2 про суверенітет України, а її другою частиною стало положення щодо цілісності й недоторканності території держави. Новою була і стаття про державні символи і столицю України.

Якщо залишити поза оцінку переважно політичні за змістом виступи на відповідному засіданні частини членів Конституційної комісії, пропозиції яких видавалися несумісними із запропонованим Робочою групою

текстом (починаючи з пропозиції назви «Конституція УССР»), обговорення преамбули і першого розділу було в цілому конструктивним і результативним. Певні уточнення були запропоновані до положень щодо державної мови, ролі міжнародних договорів, системи національного законодавства тощо. Загалом рішенням Комісії запропоновані тексти преамбули і першого розділу були прийняті за основу.

Гостра дискусія відбулася з питання подальшої роботи щодо нової Конституції. П. Симоненко за підтримки своїх прихильників і В. Марченка знову порушив питання про проведення «упереджувачого» (за визначенням О. Мороза — «упереджувального») референдуму «з основоположних моментів». Хоча Конституційний Договір по суті виключив можливість проведення референдумів, крім з питання прийняття Конституції, О. Мороз припускав таку можливість, якщо відповідне рішення «прийме разом Президент і Верховна Рада» [6, 226]. Але Конституційна комісія не погодилася на такі пропозиції. Вона доручила Робочій групі через місяць подати повний текст проекту.

Протягом жовтня 1995 р. члени Робочої групи працювали у передмісті Києва, в санаторії «Пуца-Озерна». Надзвичайно важливим було політичне питання щодо одно- чи двопалатності парламенту: від результату його вирішення залежали структура і зміст значної частини тексту проекту. Тому відразу домовилися готувати два варіанти проекту — з двопалатними Національними Зборами і з однопалатною Верховною Радою.

Робоча група остаточно доопрацювала преамбулу і перший розділ проекту. До преамбули було включене положення про здійснення україн-

ським народом свого права на самовизначення.

Набагато більше теоретичне і практичне значення мало опрацювання положень щодо принципу розподілу влад (поділу влади). Потрібно було виправити певну некоректність нормативного визначення цього важливого конституційного принципу організації державної влади. У проекті Конституції у редакції від 26 жовтня 1993 р. передбачалось, що «влада народу (народовладдя) здійснюється на основі Конституції України безпосередньо і через систему державних органів і органів місцевого самоврядування». При цьому як наступне було сформульоване положення, за яким державна влада здійснюється за принципом її розподілу на законодавчу, виконавчу і судову. І далі: «Кожна влада при виконанні своїх функцій діє у встановлених Конституцією межах».

З таких формулювань можна було зробити висновок про фактичне існування і реальне функціонування у державі різних влад («гілок» влади), про необхідність визначення їх конституційного статусу, зокрема, конкретних повноважень, а це суперечило загальному положенню про те, що народ здійснює владу саме через, зокрема, систему державних органів. Тому такий підхід був відкинтий.

За будь-яких умов, згідно з принципом поділу влади реально поділяються, тобто розмежовуються (відповідно до своїх повноважень) органи державної влади, а не сама єдина влада, яка в узагальненій формі існує як влада народу. Внаслідок цього у тексті чинної Конституції відсутній термін «гілки влади», і говорити чи писати професійним юристам про конституційні чи неконституційні дії різних «гілок влади», «конфлікти гілок» то-

що є, на наше переконання, вкрай недоречно.

Важливе уточнення було зроблене Робочою групою у ст. 6 щодо положення про найвищу юридичну силу Конституції. Замість формулювання «закони та інші правові акти не повинні суперечити Конституції та конституційним законам України», запропонували формулу «закони та інші правові акти мають прийматися на основі Конституції і відповідати їй», яка підкреслювала значення конституційних основ законодавчого процесу.

Робоча група відмовилася від розділу «Громадянське суспільство і держава», важливі положення якого були частково перенесені до розділу другого «Права і свободи людини і громадянина», а частково були враховані у розділі першому «Загальні положення». Як наслідок, розділ другий проекту, при збереженні покладених в основу його змісту концептуальних засад, був суттєво перероблений за структурою і змістом.

Робоча група відмовилася від застосування у тексті проекту Конституції категорії природних прав і фактично на заміну запропонувала положення про невідчужуваність та непопущність прав і свобод людини. З тексту проекту було вилучене положення про застосування (хоча б і обмежене) смертної кари: ця міра покарання позбавлялась конституційного закріплення, що відкривало можливість відмови від неї при реформуванні кримінального законодавства. У формулювання інших положень щодо прав і свобод людини і громадянина були внесені уточнення і доповнення, якими посилювались конкретність і нормативність тексту другого розділу, усувалось певне ідеологічне навантаження, що вбачалось в окремих фрагментах

проекту Конституції у редакції від 26 жовтня 1993 р.

Значні складнощі виникли при опрацюванні положень проекту стосовно соціально-економічних прав. Ці складнощі були спричинені наслідками очевидного впливу на учасників конституційного процесу радянської традиції патерналістського розуміння відповідних прав, які вважались такими, що надаються державою за її можливостями. Реальна проблема полягала в тому, що ці права, навіть попри їх конституційне закріплення, не були суб'єктивними правами індивіда, які б забезпечувались судовим захистом.

Опрацювання зазначених положень проекту Конституції здійснювалося у напрямі пристосування вже сформульованого змісту соціально-економічних прав людини і громадянина до реалій, що склалися у суспільстві. Це було паліативне рішення, воно знімало певні проблеми, але породжувало інші, які постійно виявляються і будуть виявлятися при запровадженні відповідних положень чинної Конституції.

Робочою групою був суттєво скорочений розділ проекту «Пряме народо-владдя», який отримав назву «Вибори. Референдум. Народна законодавча ініціатива». Принципово нові положення були сформульовані стосовно референдуму.

При опрацюванні розділу, присвяченого законодавчій владі, Робоча група в обох варіантах (однопалатного і двопалатного парламенту) виходила з того, що Верховна Рада (Національні Збори) не є найвищим органом державної влади, який очолює по суті загальнодержавну систему Рад. Тому відповідний розділ був значно скорочений за рахунок норм процесуального характеру.

Питання статусу Президента вирішувалися Робочою групою з ураху-

ванням розбіжностей, які з'ясовувалися при порівнянні відповідних розділів проекту Конституції у редакції від 26 жовтня 1993 р. і Конституційного Договору. У названому проекті Президент визначався як глава держави, широкі повноваження якого значною мірою були зумовлені вимогою відповідного подання Прем'єр-міністра та необхідністю затвердження певних його актів Верховною Радою. За Конституційним Договором Президент був главою держави та главою державної виконавчої влади, і здійснення ним повноважень лише у деяких випадках вимагало погодження з Верховною Радою (призначення Голови Конституційного Суду, Голови Верховного Суду, Генерального прокурора тощо).

За таких обставин Робоча група прагнула до того, щоб, не допускаючи явних суперечностей з положеннями Конституційного Договору, «пом'якшити» статус Президента і підвищити роль Кабінету Міністрів. У підготовленому нею проекті Конституції Президент був визначений лише як глава держави. Одночасно передбачалось, що його акти, видані в реалізацію найбільш важливих повноважень, зокрема тих, які стосуються здійснення державної влади, для набуття чинності мали скріплюватися підписами Прем'єр-міністра і міністра, відповідального за акт та його виконання. У попередніх проектах Конституції такої норми не було.

Вимога скріплення актів Президента передбачалась стосовно великого переліку його повноважень: керівництво здійсненням зовнішньої політики, призначення виборів до парламенту та його розпуску, призначення та звільнення осіб, що входять до складу Кабінету Міністрів, утворення та ліквідація міністерств, відомств та інших центральних органів виконав-

чої влади, оголошення війни і мобілізації, оголошення воєнного або надзвичайного стану, присвоєння вищих військових та спеціальних звань, дипломатичних рангів, класних чинів, прийняття до громадянства та припинення громадянства.

Робочою групою була опрацьована більш реальна, порівняно із встановленою на сьогодні, процедура усунення Президента з поста у порядку імпичменту: право ініціювати цю процедуру надавалось не менше ніж третині складу Палати депутатів Національних зборів (Верховної Ради), а рішення мало прийматися на основі більшості, яка становила не менше ніж дві третини складу Сенату (Верховної Ради).

Зміст інших розділів був опрацьований тією чи іншою мірою відповідно до рекомендацій секцій Конституційної комісії. Так, окремий розділ було присвячено Конституційному Суду; зафіксовано принципи територіальності та спеціалізації, за якими мала б бути побудована система судів загальної юрисдикції; місцеве самоврядування визначено як право територіальних громад — мешканців сіл, селищ та міст — самостійно вирішувати питання місцевого значення; збережено основні підходи до визначення статусу прокуратури тощо.

Загалом підготовлений Робочою групою проект Конституції у редакції від 15 листопада 1995 р. (саме так його потім визначали) концептуально не відрізнявся від проекту в редакції від 26 жовтня 1993 р. Але була значно спрощена, раціоналізована структура: увесь нормативний матеріал викладався у 12-ти розділах і 159-ти статтях (у проекті Конституції у редакції 26 жовтня 1993 р. було 211 статей), виключалася рубрикація на глави.

Відповідна робота над проектом нової Конституції була дуже напруже-

ною. Кожного дня члени Робочої групи збиралися о 9:00 і працювали щонайменше до 18:00, обговорюючи матеріали, напрацьовані напередодні, і матеріали наступних розділів на завтрашню перспективу. Найбільший обсяг роботи був виконаний В. Авер'яновим, М. Козюброю, А. Корнеєвим, П. Мартиненком, В. Шаповалом. Ефективною була праця В. Копейчикова і В. Погорілка. На жаль, тривала хвороба завадила взяти активну участь у роботі Групи Ф. Бурчаку (але пізніше він активно працював у складі Робочої підкомісії), А. Зайця від роботи часто відволікала зайнятість у заходах, пов'язаних із його балотуванням на виборах народних депутатів. М. Пухтинський свою участь обмежив в основному проблемами місцевого самоврядування.

В опрацювання розділів «Загальні засади» і «Права і свободи людини і громадянина» певний внесок був зроблений залученою у якості експерта Є. Тихоною. М. Корнієнко у такому ж статусі допомагав у вирішенні питань організації місцевої влади і місцевого самоврядування. Треба відзначити і той факт, що за дорученням Ради Європи та Європейської комісії за демократію через право (Венеціанська Комісія) з Робочою групою зустрічалися окремі зарубіжні фахівці, а також науковці з ФРН, рекомендовані Німецьким фондом міжнародного правового співробітництва і Фондом Конрада Аденауера.

Постійна увага до Робочої групи приділялася з боку Співголів Конституційної комісії, окремих народних депутатів, відповідальних посадових осіб Адміністрації Президента, вітчизняних засобів масової інформації, представників громадських організацій, дипломатичних представників іноземних держав (насамперед США і

ФРН), різних фондів тощо, які приїжджали до санаторію поспілкуватися з членами Групи. Від Президента постійний зв'язок з Робочою групою підтримував заступник Глави Адміністрації Л. Підпалов, член Конституційної комісії, який своїми пропозиціями сприяв успішному опрацюванню проекту Основного Закону.

У середині жовтня 1995 р. з Адміністрації Президента було передано прохання надати Л. Кучмі для ознайомлення напрацьовані матеріали, оскільки у другій половині місяця мав відбутися відносно тривалий візит Президента до країн Латинської Америки. На той час більш-менш остаточно була підготовлена частина тексту з розділами про загальні засади, права і свободи людини і громадянина, народний суверенітет, парламент (у варіантах однопалатного і двопалатного).

Президент разом із Л. Підпаловим зустрівся з Робочою групою. У бесіді з членами групи він повідомив про своє задоволення опрацьованим текстом, але запропонував збільшити до трьох мільйонів кількість підписів на підтримку ініціативи щодо проведення всеукраїнського референдуму за народною ініціативою. Крім того, Л. Кучма висловив нерозуміння, для чого Група зробила два варіанти тексту. На його думку, парламент мав бути двопалатним. Після з'ясування усіх актуальних питань Президент висловив свою впевненість у тому, що через два тижні проект Конституції буде повністю опрацьований.

Натомість незадоволення Голови Верховної Ради стосувалося варіанту з двопалатним парламентом. Крім того, О. Мороз висловив більше двадцяти різних зауважень. Відчувалось, що він як Співголова Конституційної комісії незадоволений опрацьованим проектом. Проте частина конкретних

пропозицій О. Мороза була використана Робочою групою для уточнення окремих положень і формулювань у процесі остаточного опрацювання проекту.

Наприкінці жовтня 1995 р. Робоча група в основному завершила підготовку тексту Конституції, і він був переданий для ознайомлення Президенту. 15 листопада 1995 р. проект був направлений до Конституційної комісії.

Пленарне засідання Конституційної комісії з обговорення проекту відбулося 23 листопада 1995 р. За чергою головував Л. Кучма, який вважав за необхідне поздоровити всіх з тим, що «є вже робочий варіант нової Конституції України. Основні положення проекту були викладені у доповіді Секретаря Конституційної комісії А. Корнєєва. З поясненнями з різних питань виступали члени Робочої групи В. Колейчиков та В. Шаповал. Уже за змістом запитань до доповідача можна було очікувати, що обговорення буде гострим.

Представники фракції «Комуністи України», зокрема, стверджували, що «статті робочого проекту повністю фактично ліквідують в юридичному плані радянську владу, яка закріплена чинною Конституцією». Вони порівнювали внесений проект зі своїм проектом Конституції Української Радянської Соціалістичної Республіки, в якому, як зазначав А. Пейгалайнен, написано, що «кожний громадянин Української РСР має право...» Навпаки, І. Заєць дійшов висновку, що «є деяка антиукраїнська заангажованість цього проекту». На глибоке переконання В. Стретовича запропонований Робочою групою проект «якісно гірший, ніж проект, взятий за основу в 1993 році, — не витриманий, недосконало завершений, концептуально не виважений».

Вкрай негативною була оцінка проекту С. Головатим. На його думку, суттєвими вадами проекту були «відсутність конституційної гарантії захисту приватної власності», «відсутність конституційного забезпечення приватної власності на землю». При цьому він стверджував, що зміст розділів від I до XII виключає можливість бути правовою державою, «тому що в Україні не діятиме принцип розподілу влад і в Україні не діятиме принцип верховенства права», проект «не дозволить Україні виконати ряд зобов'язань, які вона взяла на себе, ставши членом Ради Європи». І всі ці «вади» проекту «не забезпечать Україні демократичний устрій».

Щоб «виправити положення» і продовжити конституційний процес, С. Головатий запропонував «варіант нової робочої групи із десяти членів Конституційної комісії: чотири — від законодавчої влади, чотири — від виконавчої, два — від судової. Доопрацьований новою робочою групою проект можна було б розглянути Конституційною комісією ще в грудні цього року».

Більшість інших виступаючих на засіданні Конституційної комісії 23 листопада 1995 р. висловили позитивну в цілому оцінку представленого проекту Основного Закону. Так, В. Тацій зазначив, що за проектом «Конституція значно скорочена. Вона стала більш концентрованим документом, яким можна краще користуватися». Схожі оцінки висловили В. Білосусенко, В. Буткевич, О. Ємець, М. Костицький, М. Титов та ін. Вони сформулювали певні зауваження до тексту і підтримали пропозицію про схвалення проекту як основу для подальшої роботи. На підтримку висловився і голова Львівської обласної Ради, член Комісії М. Горинь, який, визначаючи

проект новим кроком у конституційному процесі, основним здобутком назвав те, що авторам «вдалося деідеологізувати Конституцію, враховуючи нинішній стан суспільства».

Останнім на засіданні Конституційної комісії 23 листопада 1995 р. був виступ О. Мороза. Він заявив таке: «Чи хотіли б члени Робочої групи жити за нормами проекту через десять років, якщо вони не будуть вже членами Робочої групи? Це питання не потребує відповіді, воно таке риторичне... На мій погляд, важко бути вченим на державній службі». Вже минуло понад 15 років з дня відповідного засідання, і проживши останні п'ять років за так званою Конституцією у редакції від 8 грудня 2004 р., можна дійти безсумнівного висновку на користь «первинного» тексту Основного Закону, коли б він належно виконувався.

У своєму виступі О. Мороз закидав Робочій групі, що вона не врахувала його зауваження, що у тексті проекту Верховна Рада не визначена вищим органом законодавчої влади, що в ньому запропонований двопалатний парламент, що за Верховною Радою не визначені повноваження стосовно місцевих рад, місцевих органів державної влади тощо. При цьому він також припускав, що доопрацьований проект можна схвалити вже у грудні на засіданні Конституційної комісії й у грудні ж винести на сесію Верховної Ради. Зрештою, Конституційна комісія після тривалої дискусії того ж дня — 23 листопада 1995 р. — прийняла представлений проект Конституції за основу для подальшої роботи.

Несподіваний інтерес проект нової Конституції викликав у Росії. Так, 7 грудня 1995 р., коли проект був відомий лише вузькому колу членів і експертів Конституційної комісії та окремим представникам засобів масової

інформації, котрі були присутні на відповідному пленарному засіданні Комісії, «Независимая газета» (м. Москва) розмістила на кількох шпальтах текст проекту та його коментарі під загальним заголовком «Україна може отримати дуже добру Конституцію». Висновок коментаторів був дуже втішний: «Можна сказати, що досить важке завдання вирішене Конституційною комісією (незважаючи на окремі невдачі, завжди природні у такій важкій справі) блискуче, особливо порівняно з колишніми побратимами з Союзу».

Для узгодження позицій, які позначилися на пленарному засіданні Конституційної комісії, розпорядженням Співголів Комісії від 24 листопада 1995 р. була утворена група з членів Конституційної комісії (точніше, як визначено в її регламенті, — Робоча підкомісія), завданням якої було «доопрацювання проекту Конституції України, прийнятого за основу для подальшої роботи».

Верховну Раду у Робочій підкомісії представляли четверо народних депутатів з різних фракцій і депутатських груп: В. Буткевич, С. Гмиря, І. Заєць, В. Стретович. Від Президента і Уряду до Підкомісії були делеговані Ф. Бурчак, С. Головатий, О. Ємець, Л. Підпалов. Верховний Суд і Вищий арбітражний суд представляли В. Стефанюк і Д. Притика. Координаторами, відповідальними за організацію роботи Підкомісії, було призначено В. Буткевича і Л. Підпалова. У роботі Підкомісії постійно брав участь Секретар Конституційної комісії А. Корнеєв, а на її окремі засідання запрошувалися деякі члени Робочої групи, яка підготувала проект. Оскільки за згодою Підкомісія відбувалась у приміщенні Української Правничої Фундації, було прийнято рішення покласти на її

очільника (президента) С. Головатого функції забезпечення приміщенням, ведення технічного запису на диктофон, друк протоколів засідань, зберігання записів, і за ним визнали спеціальний статус — «відповідальний секретар».

Робоча підкомісія протягом трьох місяців розглядала кожну статтю, кожне формулювання. Суттєвими рішеннями Робочої підкомісії щодо проекту можна вважати доповнення його положеннями про ознаки державних символів, про присягу народних депутатів (за наполегливою пропозицією І. Зайця), вилучення положення про народну законодавчу ініціативу як одну з форм безпосередньої демократії, позбавлення Кабінету Міністрів статусу суб'єкта права законодавчої ініціативи, значне ускладнення процедури імпічменту, а також політично спірні зміни до розділу про автономію Криму з відмовою від застосування в її назві слова «республіка».

Свою передісторію мала зміна процедури імпічменту. Після засідання Конституційної комісії 23 листопада 1995 р. проект Конституції був на вивченні у Секретаріаті Ради національної безпеки, де дійшли висновку, що Президент є незахищеним. Нове формулювання щодо процедури дострокового припинення повноважень глави держави у порядку імпічменту, яке передбачало, зокрема, прийняття остаточного рішення у Верховній Раді на основі більшості у три чверті від її загального складу, було запропоновано Л. Підпаловим. Члени Робочої підкомісії два дні безуспішно «відбивалися» від цієї пропозиції, але не витримали і погодились на зміни, за якими відповідна процедура набула практично умовного значення.

Самим значним доповненням до тексту проекту були нові розділи

«Внесення змін до Конституції України» та «Перехідні положення». Але ці матеріали на прохання Робочої підкомісії були підготовлені членами Робочої групи В. Авер'яновим, М. Козюброю, А. Корнєєвим, В. Погорілком, В. Шаповалом і прийняті практично без змін як Підкомісією, так і у подальшому — Верховною Радою.

Запропонований жорсткий порядок внесення змін до Конституції надалі сприяв її стабільності: багаторазові спроби змінити Основний Закон були безрезультатними аж до грудня 2004 р., коли в умовах кризового стану з порушенням конституційної процедури здійснили так звану конституційну реформу. Водночас сьогодні треба визнати, що у тексті відповідного розділу була допущена певна логічна непослідовність: правом ініціювати зміни до Конституції наділявся Президент, на якого одночасно покладалася функція гаранта додержання Конституції. На жаль, це не було виправлено у процесі наступних обговорень, а також при прийнятті чинного Основного Закону.

На чергове пленарне засідання Конституційна комісія зібралася 11 березня 1996 р. Від імені Робочої підкомісії доповідати було доручено В. Буткевичу. Попередньо членам Комісії розіслали документ під назвою «Проект Конституції України, узгоджений між представниками Президента України, Верховної Ради України, Верховного Суду України і Вищого арбітражного суду України, в редакції від 24 лютого 1996 року», який за ініціативою С. Головатого був опублікований у пресі. Така назва набувала особливого значення у контексті вимоги Конституційного Договору про можливість винесення на всеукраїнський референдум лише узгодженого сторонами тексту Конституції.

Це викликало настороженість представників лівих сил, побоювання, що таким чином їх хочуть обкрутити, але після гострої дискусії згадку про узгодженість проекту було знято.

У день відповідного засідання членам Конституційної комісії було роздано книгу зі стенограмами засідань Робочої підкомісії та порівняльною таблицею, в якій наводився постатейно текст проекту, схваленого 23 листопада 1995 р., зауваження до нього членів Конституційної комісії, різні пропозиції, які висловлювались під час обговорення членами Підкомісії, та ухвалений ними постатейний текст проекту. Прикметно, що в документах Робочої підкомісії були відсутні відомості щодо того, хто ухвалював рішення про таке представлення підсумків її роботи. Вочевидь, це мало б продемонструвати роботу, яка була проведена Підкомісією.

Однак реальні наслідки появи цієї книги були непередбаченими. Члени Конституційної комісії від «лівих» фракцій відразу почали вимагати відкласти засідання на два тижні для вивчення відповідного матеріалу. Коли ж із залу пролунала репліка, що цю книгу можна було не роздавати взагалі, а О. Ємець прокоментував, що «з тим текстом працювати неможливо чисто технічно», головуючий О. Мороз заявив, що «цей документ обов'язково повинен бути розданий», і зауважив, що «ми повинні розглядати сьогодні цей документ, де тут є триста сімдесят сторінок». Потім він постійно наполягав на тому, що до Верховної Ради потрібно направити не схвалений проект Конституції, а саме цю книгу, роздану, найімовірніше, за ініціативою С. Головатого.

У доповіді щодо проекту Конституції координатор Робочої підкомісії В. Буткевич зупинився на порядку її

роботи, розповів про «відсотки» підтримки тих чи інших положень членами Підкомісії. Велику увагу він приділив аналізу переваг і недоліків двопалатного парламенту. На завершення народний депутат запропонував проект рішення такого змісту: «Опрацьований Робочою підкомісією Конституційної комісії проект Конституції із зауваженнями і пропозиціями членів Конституційної комісії схвалити як основу для подальшого опрацювання і розгляду у Верховній Раді».

Цей варіант рішення збігався з пропозицією О. Мороза, висловленою на початку засідання: проект обговорювати не постатейно, а концептуально, «і після короткого підбиття підсумків або висловлення з мотивів голосування — прийняття відповідного рішення про передачу цього документу на розгляд Верховної Ради». Отже, з цієї пропозиції впливало, що до парламенту треба направити не проект Конституції, схвалений Конституційною комісією, а проект, поданий Робочою підкомісією з зауваженнями і пропозиціями членів Конституційної комісії, тобто згадану книгу. Тим самим народні депутати фактично позбавлялися можливості бачити, яку ж Конституцію пропонує для прийняття парламентом Конституційна комісія.

Реальне обговорення представленого проекту на засіданні Конституційної комісії 11 березня 1996 р. все ж таки відбулося. Конструктивними були зауваження і пропозиції А. Бутейка, О. Ємця, О. Карпова, Л. Косаківського, М. Титова, Голови Верховної Ради Автономної Республіки Крим Є. Супрунюка та ін. Водночас найбільш гострими виявилися суперечки щодо форми рішення Комісії стосовно проекту, під час яких головуючий О. Мороз неодноразово нагаду-

вав про відсутність у Конституційної комісії права законодавчої ініціативи.

Після обговорення різних пропозицій та неодноразових голосувань Конституційна комісія прийняла таке рішення: «Розглянувши й обговоривши проект Конституції України, доопрацьований Робочою групою, утвореною 24 листопада 1995 року, Конституційна комісія постановляє: Проект Конституції України схвалити та передати на розгляд у Верховну Раду України разом із зауваженнями і пропозиціями членів Конституційної комісії». За це проголосували 26 членів Комісії з 32-х присутніх на засіданні, причому О. Мороз при голосуванні утримався.

З метою вирішення усіх процедурних питань 18 березня 1996 р. було проведено останнє засідання Конституційної комісії, на якому згадане рішення попереднього засідання підписали Співголови Комісії Л. Кучма та О. Мороз. Далі потрібно було підписати ще й супровідний лист до Верховної Ради, який зачитав головуєчий Л. Кучма. Цей лист був такого змісту:

«Комісія з опрацювання проекту нової Конституції України (Конституційна комісія), затверджена постановою Верховної Ради України 10 листопада 1994 року, підготувала і на своєму засіданні 11 березня 1996 р. схвалила проект Конституції України.

У відповідності з пунктом 1 статті 97 Конституції України, пунктом 1 статті 17 Конституційного Договору між Президентом України та Верховною Радою України «Про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України», на підставі Положення про комісію з опрацювання проекту нової Конституції

України (Конституційну комісію) вносимо проект Конституції України для розгляду і прийняття Верховною Радою України.

Додаток:

1. Проект Конституції України.
2. Зауваження членів Конституційної комісії до проекту Конституції» [7].

Однак О. Мороз категорично відмовився підписувати такого листа. Він почав знову переконувати присутніх у тому, що на попередньому засіданні Конституційна комісія нібито прийняла рішення схвалити і направити до парламенту не проект Конституції з окремим додатком зауважень членів Конституційної комісії, а лише представлену до засідання від 11 березня 1996 р. книгу стенограм засідань Робочої підкомісії. До цієї книги він вважав за можливе додати зауваження, що були висловлені на пленарному засіданні Конституційної комісії від 11 березня 1996 р. Усі заперечення виступаючих О. Мороз відкидав, і переконати його не вдалося. Навіть С. Головатий у своєму виступі засвідчив: «Це (книга. — *Авт.*) є протоколи засідань робочої комісії, це є внутрішній документ, який був поданий членам Конституційної комісії для того, щоб вони бачили, як йшов процес узгодження. Це не є документ, який може бути рекомендований для розгляду Верховною Радою».

Проте О. Мороз і надалі робив заяви, що Конституційна комісія схвалила не проект Конституції, а проект разом із зауваженнями. Так було, наприклад, на засіданні Верховної Ради 17 квітня 1996 р. при першому обговоренні схваленого Комісією проекту. У зв'язку з такою позицією одного із Співголів Конституційної комісії було вирішено, що підписати супровідного листа і направити проект Конституції

до Верховної Ради має секретар Комісії, що і було зроблено 19 березня 1996 р. Окремо до Верховної Ради були передані матеріали Робочої підкомісії, які склалися з протоколів її засідань із викладенням зауважень членів Конституційної комісії до проекту Конституції у редакції від 15 листопада 1995 р. На жаль, у Секретаріаті Верховної Ради отриманий проект Конституції не розповсюдили, а супровідний лист щодо проекту поєднали з книгою стенограм засідань Підкомісії й у такому вигляді поширили серед народних депутатів. Однак зацікавлені народні депутати, за власною ініціативою, підготували необхідну кількість примірників проекту Конституції та забезпечили ними усіх членів парламенту.

На засіданні Конституційної комісії 18 березня 1996 р. були також вирішені питання про процедуру офіційного представлення проекту Конституції у Верховній Раді та про його опублікування. Проти останнього виступив О. Мороз, посиляючись на те, що відповідно до регламенту Верховної Ради оприлюднювати законопроекти може тільки сама Верховна Рада. Але члени Комісії переконали його у тому, що проект має бути опублікований як офіційний документ Конституційної комісії.

Реалізація рішення Конституційної комісії щодо офіційного представлення проекту Конституції також супроводжувалась певними ускладненнями. Питання обговорювалось протягом всього ранкового засідання Верховної Ради 20 березня 1996 р., тобто у визначений для представлення проекту день. Суперечки були викликані проблемою визначення форми засідання: буде це пленарне засідання Верховної

Ради, як пропонували прихильники проекту, чи просто спільне засідання усіх парламентських комісій, на чому наполягали ліві.

Врешті-решт, представлення проекту Конституції розпочалося 20 березня 1996 р. на вечірньому спеціальному засіданні Верховної Ради, на яке були запрошені і члени Конституційної комісії. З невеликими доповідями про проект Конституції виступили Президент і Голова Верховної Ради як Співголови Конституційної комісії.

За змістом та за акцентами виступи Співголів були різними. Л. Кучма переважно говорив про демократичний характер проекту, підкреслив значення конституційного закріплення прав і свобод людини і громадянина, зазначив, що «проект є результатом спільної клопіткої тривалої роботи великого колективу людей, які практично репрезентують усі верстви і складові нашого суспільства» [8], і закликав народних депутатів невідкладно розпочати безпосередню роботу над документом. О. Мороз акцентував увагу на тому, що представлення проекту має значення не юридичного акта, а публічного, і, залишивши поза увагою зміст проекту, докладно аналізував проблеми адаптації регламентних норм для незвичайної процедури розгляду і прийняття Конституції парламентом.

Однак головним було те, що урочиста процедура представлення проекту Конституції у Верховній Раді відбулась, і вона засвідчила, що Конституційна комісія виконала свої завдання. З цього моменту прийняття нового Основного Закону набуло значення питання історичної відповідальності народних депутатів.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Вибори в Україні 1994 року* : 2-ге вид., доповн. — К., 1995
2. *Дмитрий Табачник* : конституционный процесс вписывается в календар Януковича. — «Киевский телеграф», 2-8 июля, 2010, № 27 (259) // <http://telegrafua.com/529/politics/11129>
3. *Стенограма засідання Конституційної Комісії 28 листопада 1994 р.* // Конституція незалежної України : у 3 кн. Книга третя. Частина друга. — К., 1998.
4. *Стенограма засідання Конституційної Комісії 27 грудня 1994 р.* // Конституція незалежної України : у 3 кн. Книга третя. Частина друга.
5. *Стенограма засідання Конституційної Комісії 6 березня 1995 р.* // Конституція незалежної України : у 3 кн. Книга третя. Частина друга.
6. *Стенограма засідання Конституційної Комісії 18 вересня 1995 р.* // Конституція незалежної України : у 3 кн. Книга третя. Частина друга. Документи. Стенограми. — К., 1998.
7. *Стенограма засідання Конституційної Комісії 18 березня 1996 р.* // Конституція незалежної України : у 3 кн. Книга третя. Частина дванадцята. Документи. Стенограми. — К., 2003.
8. *Стенограма засідання Верховної Ради України № 40 від 20 березня 1996 р.* // http://www.rada.gov.ua./zakon/skl2/BUL25/200396_40.htm

(Закінчення статті буде в наступному номері журналу)

Пропонується підручник:

Скрипнюк О. В.

**Конституційне право України : підруч. для студ. вищ. навч. закл. /
О. В. Скрипнюк. — К. : Ін Юре, 2010. — 672 с.**



У підручнику викладаються основи конституційного права України як галузі права, науки, навчальної дисципліни і провідної галузі національної правової системи. У Загальній частині конституційного права України аналізується поняття та історія конституційного права як галузі публічного права, досліджується система і джерела конституційного права України, викладаються основні теорії конституції, подається характеристика конституційно-правових відносин і конституційно-правової відповідальності, висвітлюються перспективи розвитку конституційного права України в контексті європейської інтеграції. В Особливій частині конституційного права України аналізується конституційне матеріальне та конституційне процесуальне право України, які містять розгляд таких проблем: основи конституційного ладу України, конституційні основи розвитку Української держави і громадянського суспільства, включаючи їх базові інститути, конституційно-правовий статус людини і громадянина, поняття, система і джерела конституційного процесуального права України.

Для студентів вищих навчальних закладів, аспірантів, викладачів юридичних факультетів та відділень університетів, науковців, державних службовців тощо.

Замовляйте видання за телефоном:

0(44) 537-51-11

або електронною поштою:

sales@inyure.kiev.ua

<http://shop.inyure.kiev.ua>

КОНКУРС НА ПРИСУДЖЕННЯ ПРЕМІЇ ІМЕНІ ЯРОСЛАВА МУДРОГО

Оголошується конкурс на присудження запровадженої спільним рішенням Президії НАПрН України та вченою радою Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого» Премії імені Ярослава Мудрого, метою якої є колективне визнання видатних заслуг науковців-правознавців та практиків-юристів України в розбудові правової демократичної держави України.

Премія має чотири номінації:

- 1) за видатні досягнення в науково-дослідницькій діяльності з правознавства;
- 2) за видатні заслуги в галузі підготовки юридичних кадрів;
- 3) за видатні заслуги в законотворчій, судовій та правозастосовній діяльності;
- 4) за підготовку й видання підручників для студентів юридичних спеціальностей вищих закладів освіти.

Висунення кандидатів на присудження Премії провадиться: рішеннями комітетів Верховної Ради України, Верховним Судом України, Конституційним Судом України, Вищим господарським судом України, Вищим адміністративним судом України, колегіями Генеральної прокуратури України, колегіями центральних правозастосовних органів, вченими радами юридичних навчальних і наукових закладів.

Премія присуджується таємним голосуванням на засіданні Комітету з присудження Премії імені Ярослава Мудрого, який створюється із представників юридичної громадськості України спільним рішенням Президії НАПрН України і вченої ради Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого».

Особам, яким присуджується Премія, видається диплом лауреата, пам'ятний нагрудний знак — медаль і грошова винагорода. Лауреатом Премії за кожною номінацією особа може бути лише один раз.

У конкурсі на присудження Премії імені Ярослава Мудрого можуть брати участь: автори монографій, підручників, навчальних посібників, науково-практичних коментарів чинного законодавства, юридичних енциклопедій, циклів наукових праць (кандидати та доктори юридичних наук); особи, які мають видатні досягнення в підготовці докторів і кандидатів юридичних наук або видатні досягнення у службовій чи громадській діяльності, в галузі підготовки юридичних кадрів, у законотворчій та правозастосовній діяльності.

У конкурсі з першої та четвертої номінації можуть брати участь як одна особа, так і група осіб (не більше восьми). За результатами конкурсу присуджується по три премії з кожної номінації.

Подання на конкурс повинно мати конкретний характер і бути підтверджено необхідними документами. До нього обов'язково додаються наукові праці, що подаються на конкурс, а також такі документи:

а) рішення колективного органу про висунення кандидатур (кандидатів) на присудження Премії;

б) перелік наукових праць авторів (осіб);

в) розгорнута довідка, яка містить інформацію про особу та її видатні заслуги з тієї чи іншої номінації.

Документи мають бути оформлені відповідно до вимог діловодства і підписані керівником установи.

Термін подання документів на присудження

Премії імені Ярослава Мудрого —

до 30 вересня 2011 р.

На адресу: 61024, м. Харків, вул. Пушкінська, 77.

Тел. для довідок: 0 (57) 704-93-20, факс: 0 (57) 704-11-35.

ВСЕУКРАЇНСЬКА НАУКОВО-ПРАКТИЧНА КОНФЕРЕНЦІЯ З ПРОБЛЕМ ЗАХИСТУ ПРАВА ВЛАСНОСТІ (нотатки з конференції)

А. ПОЛЕШКО

заслужений журналіст України

Вищим господарським судом України та Центром комерційного права було організовано і проведено Всеукраїнську науково-практичну конференцію «Захист права власності: правове регулювання та судова практика» (19–20 квітня 2011 р., м. Київ). У роботі конференції взяли участь представники органів державної влади, судді Верховного Суду України, Вищого господарського суду України, апеляційних та місцевих господарських судів, знані науковці та експерти у зазначеній галузі.

На обговорення були винесені основні питання захисту права власності: аналіз стану захисту права власності; особливості правового режиму конкретних об'єктів права власності (земля, інтелектуальна власність, цінні папери тощо). Визначалася специфіка регулювання залежно від суб'єкта права (держава, юридичні особи публічного права, об'єднання підприємств, непідприємницькі юридичні особи тощо), Активно обговорювалася відповідна судова практика.

Після привітальних промов при відкритті конференції з побажаннями успіху в її роботі присутні заслухали ґрунтовну доповідь доктора юридичних

наук, професора кафедри цивільного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, академіка НАПрН України **Н. Кузнецової** «Захист права власності: проблеми теорії та практики». У подальшому наступні доповідачі та промовці не раз згадували її положення на підтвердження певних своїх думок.

Доктор юридичних наук, професор кафедри господарського права Київського національного університету імені Тараса Шевченка **О. Беянович** виступила з доповіддю «Загальні засади цивільного законодавства і захист права власності». Вона, зокрема, докладно розглядала поняття «добросовісність». «Поняття нерухомого



Віктор Москаленко, заступник Голови Вищого господарського суду України; Валентина Данішевська, директор Центру комерційного права; Юрій Попов, головний експерт із правознавства Центру комерційного права; Олена Беянович, доктор юридичних наук, професор кафедри господарського права Київського національного університету імені Т. Шевченка

фото Луканіної Анни, Центр комерційного права

© А. Полешко, 2011

майна та права на нього. Цілісний майновий комплекс як об'єкт нерухомого майна» — тема доповіді доктора юридичних наук, професора кафедри цивільного права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого» **І. Спасибо-Фатєєвої**. Вона порушила ряд досі чітко не визначених понять. Що таке будівля і споруда? Що таке дороги? Що таке приміщення? — тощо.

Головний експерт із правознавства Центру комерційного права **Ю. Попов** темою своєї доповіді обрав «Право господарського відання та право оперативного управління», докладно зупинившись на їх повноваженнях.

Заступник завідувача відділу проблем аграрного, земельного та екологічного права Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, кандидат юридичних наук **П. Кулинич** ознайомив присутніх із «Деякими аспектами реалізації права власності на землю та будівлі (споруди) в контексті концепції єдиної юридичної долі». Доповідач зауважив, що дещо в понятті права власності на землю не узгоджено. Реєстрація не обов'язок, а право. Доктор юридичних наук, доцент кафедри трудового, земельного та екологічного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка **А. Мірошніченко** продовжив тему права власності на землю у доповіді «Обрання належного способу захисту прав на земельні ділянки». На практиці мають місце численні позови щодо визнання недійсними державних актів на землю.

Про «Захист права власності на цінні папери: проблемні питання судової практики» йшлося у доповіді викладача Інституту підвищення кваліфікації Національного університету «Юридична академія України імені

Ярослава Мудрого», кандидата юридичних наук **Ю. Мица**. Кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого» **В. Крат** темою своєї доповіді обрав «Переважне право співвласника. Способи захисту».

Змістовну доповідь на тему «Захист прав інтелектуальної власності в Україні» зробила доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, директор Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності НАПрН України **О. Орлюк**. Вона зазначила, що у взаємовідносинах між українським законодавством та європейським щодо захисту інтелектуальної власності існують проблеми. Суспільство не готове до поважання права інтелектуальної власності. В Україні є добре підготовлені судді з питань інтелектуальної власності, але нині працює лише 10–15 експертів. На її думку, нам потрібен Патентний суд (в Європі їх 15).

20 квітня робота конференції відбувалась у формі секційних обговорень. Головним предметом дискусій на секціях був проект постанови Пленуму Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики розгляду справ у спорах, що виникають із земельних відносин».

На секції «Захист права власності на нерухоме майно» модераторами були: суддя, секретар другої судової палати Вищого господарського суду України **Є. Першиков** та доктор юридичних наук, доцент кафедри трудового, земельного та екологічного права КНУ імені Тараса Шевченка **А. Мірошніченко**.

У своєму виступі Є. Першиков зупинився на питаннях підвідомчості справ, їх підсудності. Торкнувся він також проблем оренди землі. Член-ко-

респондент НАПрН України **В. Носік**, виступаючи на секції, зокрема наголосив, що коли дія є незаконною, то відповідний земельний акт є незаконним.

Секцію «Захист прав інтелектуальної власності» очолили суддя, заступник Голови Вищого господарського суду України **В. Москаленко** та кандидат юридичних наук, директор Центру інтелектуальної власності та передач технологій НАН України **Ю. Капіца**. Робота секції — це повноцінний семінар, зауважив В. Москаленко. Це засвідчила участь у ній європейських експертів. Як відомо, спірним моментом є розмежування юрисдикції між господарськими та адміністративними судами. Практика засвідчує, як важко вирішувати спірні питання, пов'язані з інтелектуальною власністю. Треба рухатися до поглиблення спеціалізації — без цього неможливо належно забезпечити захист інтелектуальної власності.

Директор Центру комерційного права **В. Данішевська** та кандидат юридичних наук, викладач Інституту підвищення кваліфікації Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого» **Ю. Мица** керували роботою семінару «Захист права власності на цінні папери та інше рухоме майно». В. Данішевська основну увагу приділила спірним питанням, пов'язаним із захистом права власності на цінні па-

пери, насамперед акції, чи потрібно їх залучати при вирішенні спірних питань щодо акцій реєстраторів тощо.

Всі доповіді та виступи як на пленарному засіданні, так і на секціях супроводжувалися активними обговореннями. Підсумовуючи роботу Всеукраїнської науково-практичної конференції з питання захисту права власності в Україні, її організатори зазначили, що учасники конференції розглянули широке коло питань, що можуть поліпшити ситуацію щодо захисту права власності, зокрема: правове забезпечення захисту права власності, в тому числі інтелектуальної; поняття нерухомого майна та права на нього; поняття цілісного майнового комплексу як об'єкта нерухомого майна; визначення переважного права співвласника та способів його захисту; захист права власності на цінні папери і пов'язані з цим проблемні питання судової практики; обрання належного способу захисту прав на земельні ділянки тощо.

Учасники конференції одностайно високо оцінили практичну корисність як для судової практики, так і для подальшого пошуку належного правового регулювання спірних моментів відповідного законодавства. Плідна робота конференції була зумовлена належною організацією, що забезпечили її ініціатори — Вищий господарський суд України та Центр комерційного права.

ЛІСАБОНСЬКИЙ ДОГОВІР ТА ВІДНОСИНИ МІЖ ЄВРОПЕЙСЬКИМ СОЮЗОМ І УКРАЇНОЮ

(нотатки з міжнародного семінару)

А. ЛИТВИНЕНКО

заслужений журналіст України

У рамках проекту за програмою Європейської комісії ім. Жана Моне в Національному університеті «Києво-Могилянська академія» (далі — НаУКМА) відбувся перший семінар з актуальних питань європейського права на тему «Вплив Лісабонського договору на відносини між Європейським Союзом та Україною» (21 квітня 2011 р., НаУКМА, м. Київ). У його роботі взяли участь науковці українських вищих наукових установ, навчальних закладів, експерти з європейських студій, правники, викладачі та студенти соціальних дисциплін, державні службовці та працівники органів місцевого самоврядування, усі, хто цікавиться правовими аспектами відносин між Європейським Союзом та Україною.

У привітаннях з нагоди початку роботи семінару президент Національного університету «Києво-Могилянська академія» **С. Квіт**; декан факультету правничих наук НаУКМА, професор **А. Мелешевич**; член делегації Європейського Союзу в Україні **Хосе Роман Леон Лора**; голова кафедри ім. Жана Моне з права ЄС НаУКМА, президент Української асоціації європейських студій **Р. Петров** — визначили своє бачення завдання цього семінару. Зокрема — сприяти пропаганді європейського права серед правників України. Доповідачі у своїх виступах давали свою оцінку Лісабонського договору та його впливу на правову систему Європейського Союзу.

У фундаментальній доповіді професора **Дагмара Шієк** (університет

Лідс — Велика Британія) йшлося про «Новели Лісабонського договору та їх вплив на правову систему ЄС і держав — членів ЄС». Виголошена англійською мовою без перекладу на українську чи російську, вона, проте, викликала активне обговорення присутніх. Доповідачеві довелося давати відповіді на численні запитання. В обговоренні також взяв участь заступник міністра економіки **В. П'ятницький**. Слід зауважити, що оцінка Лісабонського договору не була однозначною. Наводилися як позитивні його сторони, так і негативні щодо взаємодії із системою європейського права.

На секції перший головував декан факультету правничих наук НаУКМА, професор **А. Мелешевич**. Представник Міністерства економіки України **Л. Пірожков** у доповіді «Вплив Лісабонського договору на переговорний процес із створення зони вільної торгівлі між ЄС і Україною» зазначив, що цей процес є затяжним, вже пройшло 16 переговорів, триває 17-й. На жаль, вплив Лісабонського договору беззастережно назвати позитивним важко. А представник Міністерства юстиції України **Т. Качка** у доповіді «Вплив Лісабонського договору на процес адаптації українського законодавства до законодавства ЄС» взагалі вважає негативним. Представник Європейського суду з прав людини **П. Пушкар**, розглядаючи «Правові та практичні наслідки приєднання ЄС до Європейської конвенції з прав людини. Перспективи практики Суду сто-

совно України», навів такі дані: наслідком приєднання стало те, що приблизно 30 тисяч заяв українців до України після цього були розглянуті Європейським судом.

Голова кафедри права ЄС ім. Жана Моне Національного університету «Києво-Могилянська академія» **Р. Петров** проаналізував «Вплив Лісабонського договору на правову реформу в Україні». На його думку, Лісабонський договір відіграє в цілому позитивну роль. Незалежний експерт з прав ЄС **Г. Друзенко** прокоментував позицію **Р. Петрова**.

Завідувач кафедри Європейського права Львівського національного університету імені Івана Франка, професор **М. Микієвич** виклав свої думки щодо «Впливу Лісабонського договору на відносини між ЄС і Україною в сфері безпеки і правосуддя та зовнішньої політики». Він навів новели Лісабонського договору щодо цих проблем, зокрема, що нині ці відносини характеризуються як асоціативні.

Професор **А. Мелешкевич** підсумував проведення обговорення, зазначивши, що докладний аналіз новацій Лісабонського договору дає змогу дійти висновку, що його норми, незважаючи на те, що в ряді з них є й негативні моменти для України, в цілому слід оцінити як позитивні для взаємин між ЄС та Україною.

Секцією 2 керував голова кафедри права ЄС ім. Жана Моне Національного університету «Києво-Могилянська академія» **Р. Петров**. Він також вважає, що Лісабонський договір — документ, який містить ряд позитивних моментів для України, адже економічне членство в ЄС включає і політичні взаємини.

У доповіді завідувача кафедри права ЄС та порівняльного правознавства Національного університету «Одеська

юридична академія», професора **О. Вишнякова** йшлося про «Вплив Лісабонського договору на торговельні відносини між ЄС та Україною». Україна одержала, зазначив доповідач, новий статус — «ключовий сусід», що наближає її до статусу повноцінного членства в царині економіки, судочинства, в науковому просторі.

Г. Добринська (факультет правничих наук Національного університету «Києво-Могилянська академія») прокоментувала доповідь О. Вишнякова, підтримавши його позицію.

Доцент кафедри європейського права Львівського національного університету імені Івана Франка **О. Головко** зупинилася на «Впливі Лісабонського договору на відносини між ЄС і Україною в сфері соціальної політики». **Т. Бик** (кафедра європейського права Львівського національного університету імені Івана Франка) зауважив, що Лісабонський договір вніс зміни в стосунки соціальних партнерів — він містить окремий розділ з цього питання. На думку представника Європейського суду з прав людини П. Пушкаря, у договорі не реалізовані функції міжнародного арбітражу.

На підведенні підсумків роботи семінару виступили **К. Смирнова**, **О. Вишняков** та **Р. Петров**. Вони, зокрема, зазначили, що Лісабонський договір не завадить подальшій інтеграції України до Європейського Союзу. Ми вже зобов'язані жити за рядом європейських норм. Така інтеграція не перешкоджатиме нашому співробітництву з колишніми республіками СРСР.

Міжнародний семінар з права Європейського Союзу ім. Жана Моне, враховуючи представництво на ньому найширшого кола вчених, працівників державних установ, сприятиме пропаганді європейського права в Україні.

АКАДЕМІЧНІ ЧИТАННЯ З ПИТАННЯ ІНСТИТУЦІЙНОЇ ФОРМИ ДЕРЖАВНО-ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРСТВА

А. ПОЛЕШКО

заслужений журналіст України

У рамках програми V Всеукраїнського фестивалю науки Київський регіональний центр НАПрН України 25 травня 2011 р. провів академічні читання, на яких з науковою доповіддю «Інституційна форма державно-приватного партнерства» виступила член-кореспондент НАПрН України **Оксана Мар'янівна Вінник**.

Доповідь складалася з трьох частин:

1. Державно-приватне партнерство як особлива форма співпраці держави/органів місцевого самоврядування та приватного бізнесу.

2. Характерні ознаки інституційного державно-приватного партнерства.

3. Проблеми правового забезпечення інституційного державно-приватного партнерства в Україні.

У країнах розвинених ринкових відносин і перехідної економіки концепція державно-приватного або публічно-приватного партнерства є досить поширеною. З прийняттям 1 липня 2010 р. Закону України «Про державно-приватне партнерство (далі — Закон про ДПП) вона знайшла відображення і в законодавстві України. Взаємодія (співпраця) держави з приватними партнерами не нова для України, зауважила О. Вінник, але термінологія «державно-публічне партнерство» (ДПП) чи «приватно-публічне партнерство» (ППП) почала використовуватися протягом останніх трьох

років — спочатку в законопроектах («Про державно-приватне партнерство», «Про основні засади взаємодії держави з приватними партнерами»), а згодом у Концепції розвитку державно-приватного партнерства у житлово-комунальному господарстві та Законі про ДПП. Україні давно відомі різні форми співпраці держави/органів місцевого самоврядування з приватними підприємцями/підприємницькими організаціями, а саме:

- договірна (договір концесії, угода/договір про розподіл продукції тощо);
- організаційно-правова (шляхом створення господарських організацій за участю в них держави та/або територіальної громади);
- шляхом запровадження спеціального (зазвичай сприятливого) правового режиму для суб'єктів господарювання.

Зарубіжна практика використання ДПП свідчить, що сферою його використання можуть бути освіта, транспорт, капітальне будівництво, громадський порядок, охорона природи, фінансовий сектор.

Як доводить зарубіжна практика застосування ДПП, у певних випадках доцільно використовувати інституційно-корпоративні форми ДПП, що передбачає використання для реалізації проектів ДПП господарської форми за участю державного та приватного партнерства. Практика свідчить, що інституційне партнерство має ряд не-

заперечних переваг — можливість залучення інвестицій не лише партнерів, а й акціонерів-інвесторів та навіть облігаціонерів; внутрішньо-корпоративні механізми управління ДПП відповідно до укладеної між партнерами угоди та законодавства про ДПП.

О. Вінник зауважила, що відсутність у вітчизняному Законі про ДПП положень щодо інституційного партнерства в Україні зумовлює потребу звернення до зарубіжного досвіду правового регулювання відносин такого партнерства та практики його застосування з урахуванням вітчизняного досвіду співпраці держави і приватного бізнесу (приватних інвесторів) з використанням інституційної (корпоративної) форми такої співпраці. Зарубіжний досвід, як доводить практика, різноманітний. В українському Законі про ДПП інституційне партнерство, на переконання доповідача, безпідставно залишено без уваги. Ключовою ознакою інституційного партнерства, наголосила О. Вінник, є використання господарської організації зі статусом юридичної особи, яка забезпечує реалізацію його проектів. Вона навела відомі світові практики моделі інституційної (корпоративної) форми ДПП/ППП. Доповідачка підкреслила, що врахування зарубіжного досвіду не повинно ґрунтуватися на законодавстві про ДПП певної країни.

На користь закріплення в законодавстві України положень про інституційну (корпоративну) форму державно-приватного партнерства свідчить, зокрема, необхідність такої форми співпраці у сфері господарювання, а також зарубіжне законодавство та вітчизняний досвід створення акціонерних товариств за участю держа-

ви/органу місцевого самоврядування у процесі корпоратизації та приватизації.

Відносини державно-приватного партнерства, підсумувала свою доповідь О. Вінник, — потреба життя сучасного суспільства, в якому ринкові засади економіки мають поєднуватися із соціальним її спрямуванням і, відповідно, збалансованим поєднуванням публічних та приватних партнерів як учасників співпраці для реалізації суспільно необхідних проектів.

Всі учасники академічних читань високо оцінили доповідь члена-кореспондента НАПрН України О. Вінник із проблеми інституційної форми державно-приватного партнерства. Промовці, а серед них віце-президент НАПрН України, керівник Київського регіонального центру, академік НАПрН України **В. Тихий**, завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін Академії муніципального управління, академік НАПрН України **В. Луць**, директор Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва, академік НАПрН України **О. Крупчан** та інші відзначили глибину аналізу порушеної проблеми, її актуальність для сучасної економічної ситуації в Україні, загострення уваги до цього питання як науковців, так і державно-правових органів.

У виступах також зазначалося, що Закон України «Про державно-приватне партнерство» «сирий» і потребує доопрацювання.

Було запропоновано узагальнити зауваження та пропозиції, що були висловлені на «читаннях», і направити їх до відповідних державних установ, а також комітетів Верховної Ради України.

IV МІЖНАРОДНА НАУКОВО-ПРАКТИЧНА КОНФЕРЕНЦІЯ З МЕДИЧНОГО ПРАВА

Нещодавно відбулася V Всеукраїнська (IV Міжнародна) науково-практична конференція з медичного права «Медичне право України: законодавче забезпечення царини охорони здоров'я (генезис, міжнародні стандарти, тенденції розвитку й удосконалення)», організаторами якої виступили Всеукраїнська громадська організація «Фундація медичного права та біоетики України», Міністерство охорони здоров'я України, Одеський національний медичний університет, Одеська обласна державна адміністрація, Управління охорони здоров'я Одеської міської ради (19–21 травня 2011 р., м. Одеса).

Цей науково-практичний захід став для нашої держави доброю традицією, яка спрямована на розвиток науки медичного права, оптимізацію правозастосування у цій царині, формування державної політики і законотворення у сфері охорони здоров'я. Щороку ук-

раїна розширює коло міжнародних гостей, які все активніше залучаються до дебатування проблем у галузі охорони здоров'я, обміну досвідом та реалізації спільних проектів. Ідея наукової мандрівки теренами України, оновлення формату виникла не випадково. Бажання розширити коло осіб, зацікавлених у царині медичного права, інтегрувати фахівців і навчальний та науковий доробки, активізувати доктринально-практичний пошук, ввести в лоно медичного права все більше спеціалістів, дивувати національними культурологічними надбаннями — це все те, що спонукало ідейних натхненників цього річного заходу **І. Сенюту** і **В. Бронуву** до змін.

Наукове панно заходу в цьому році задовольнило найвибагливіші доктринально-естетичні потреби й перевершило усі сподівання організаторів і делегатів конференції. До участі у заході було запрошено представників



органів державної влади, органів місцевого самоврядування, вищих навчальних закладів, громадських організацій, закладів охорони здоров'я, правників, фахівців інших сфер життєдіяльності — як науковців, так і практиків, сфера професійного інтересу яких — медичне право. У конференції брали участь понад 300 учасників, з-поміж яких близько 60 експертів зарубіжної науково-практичної плеяди, зокрема, фахівці з Російської Федерації, Республіки Польщі, Чеської Республіки, Республіки Вірменії, Республіки Молдови, Республіки Білорусь, Республіки Азербайджан, Турецької Республіки, Республіки Хорватії, Китайської Народної Республіки. Цьогорічними учасниками були спеціалісти понад 50 вишів, серед яких 23 є закладами іноземних держав, а також члени Всесвітньої асоціації медичного права.

Захід відбувався за інформаційної підтримки журналів «Медичне право», «Право України», «Медична практика: організаційні та правові аспекти», «Управління закладом охорони здоров'я», Щотижневика «Аптека», юридичного порталу «*Pravotoday.in.ua*», наукового фахового видання «Бюлетень Міністерства юстиції України», а також за сприяння туроператора «Аеролакс» та юридичної фірми «*MedLex*».

Конференцію відкрила співголова оргкомітету, президент ВГО «Фундація медичного права та біоетики України» І. Сенюта, яка зазначила, що цього року Фундація має приємну можливість спільно зі своїми партнерами, співорганізаторами запросити на ювілейну конференцію національну і зарубіжну медико-правову громадськість до однієї з провідних колик науки — м. Одеси. І. Сенюта наголосила на позитивних трансформаційних моментах у розвитку медич-

ного права України, на переорієнтацію процесів у цій царині з площини професійної, громадської у державницьку, подякувала МОЗ України, Одеському національному медичному університету, Одеській обласній державній адміністрації, Управлінню охорони здоров'я м. Одеси за честь працювати спільно над проведенням цього непересічного науково-практичного форуму, який зібрав визначну плеяду фахівців, що мали можливість сфокусовано обговорити ключові питання концепції розвитку медичного права в Україні, обмінятися досвідом та визначити вектори подальшої співпраці.

З вітальним словом від МОЗ України виступив **М. Хобзей**, директор Департаменту лікувально-профілактичної роботи, який зазначив, що конференція об'єднала науковців — медиків та юристів, управлінців, представників практичної медицини та юристів-практиків для обміну досвідом, обговорення й визначення подальших напрямів розвитку медичного права України. Сформування концепції розвитку галузі медичного права в системі права України дозволить застосувати системний підхід до перспектив розвитку законодавства, яке регулює відносини, що складаються під час організації та здійснення медичної діяльності, їх теоретичне осмислення і внесення пропозицій щодо вдосконалення законодавства й правового забезпечення медичної сфери. Микола Кузьмич подякував співорганізаторам, делегатам конференції та побажав плідної роботи на ниві розвитку медичного права.

Одну з провідних медичних шкіл України — Одеський національний медичний університет — з вітальним словом представив її натхненник та очільник — ректор **В. Запорожан**, який привітав учасників конференції,

подякував співорганізаторам за співпрацю, відзначив актуальність тематики заходу, окреслив важливість біоетичної складової у реформуванні системи охорони здоров'я, у тому числі її фундаменту — нормативно-правової бази. Валерій Миколайович побажав делегатам конструктивної роботи, цікавих надбань, викристалізації нових напрямів співпраці, а також приємного враження від міста Одеса, її архітектурних перлин.

Відкриття конференції, як і перший день роботи, відбулося в залі засідань Одеської обласної ради, наступні засідання проходили в Одеському національному медичному університеті.

У межах конференції відбулась прес-конференція за участю **М. Бортка**, начальника Управління охорони здоров'я та медицини катастроф ООДА, **Н. Кризиної**, заступника директора з наукової роботи ДУ «Український інститут стратегічних досліджень МОЗ України», **І. Сенюти**, президента ВГО «Фундація медичного права та біоетики України», **М. Хобзея**, директора Департаменту лікувально-профілактичної допомоги МОЗ України. Учасники прес-конференції обговорили концептуальні вектори розвитку медичного права в Україні, тенденції нормотворення у сфері охорони здоров'я, а також правові механізми, спрямовані на гармонізацію відносин «лікар — пацієнт».

На конференції поряд із пленарними засіданнями відбулись три міжнародні круглі столи, а саме: «Медична допомога і медична послуга: проблеми і перспективи правового регулювання», «Механізми і процедури захисту прав суб'єктів медичних правовідносин», «Державна політика, інституціоналізація та громадянське суспільство: роль і значення для нормотворення і захисту прав людини в галузі охорони здоров'я». Окрім цього, було проведено на-

уково-практичний семінар «Механізми управління медичною допомогою населенню та питання інтеграції з суміжними галузями».

Учасники науково-практичного заходу мали можливість поділитися досвідом, обговорити ключові питання, пов'язані з проблематикою законодавчого забезпечення царини охорони здоров'я, у тому числі міжнародні стандарти та зарубіжний досвід, удосконалення управлінських механізмів у цій галузі й інтеграційні процеси з іншими суміжними сферами, імплементація навчальних новел, підвищення рівня інституційної спроможності закладів охорони здоров'я, зокрема фінансово-господарський контекст, а також правозахисні, правореалізаційні й правозастосовні процедури в галузі медичного права.

На конференції відбулась низка цікавих презентацій, з-поміж яких представлення нової книги — практичного посібника «Права людини у сфері охорони здоров'я», автор і керівник проекту І. Сенюта (вперше презентованого на XVIII Всесвітньому конгресі з медичного права, 10 серпня 2010 р., м. Загреб) — новітнього джерельного надбання професійної полиці фахівців, сфера інтересу яких — теоретико-практична проблематика захисту прав людини у сфері охорони здоров'я.

За результатами роботи конференції було прийнято резолюцію, в якій відображено домовленості учасників цього науково-практичного заходу, сфокусовані на нормотворенні у сфері охорони здоров'я, визначенні підвалин Національної концепції розвитку медичного права, імплементації навчально-наукових новел, а також на багатовекторній державницькій, професійній, громадській діяльності, яка спрямована на захист прав людини у сфері охорони здоров'я.

ЧЛЕНУ-КОРЕСПОНДЕНТУ НАПРН УКРАЇНИ ОЛЕКСАНДРУ ВАСИЛЬОВИЧУ ДЗЕРІ — 65 РОКІВ

Народився Олександр Васильович Дзера 10 травня 1946 р. у с. Шапіївці Сквирського району Київської області. У 1972 р. закінчив юридичний факультет Київського державного університету ім. Т. Г. Шевченка (нині — Київський національний університет імені Тараса Шевченка). У 1972–1973 рр. працював на посаді слідчого прокуратури Подільського району м. Києва. З 1974 р. працює на юридичному факультеті Київського національного університету імені Тараса Шевченка, де пройшов шлях від асистента, старшого викладача, доцента до професора кафедри цивільного права.

1976 р. захистив кандидатську дисертацію, 1996 р. — докторську на тему «Розвиток прав власності громадян в Україні». Науковий ступінь доктора юридичних наук йому присуджено в 1996 р., вчене звання професора присвоєно у 2001 р. Обраний членом-кореспондентом Академії правових наук України (нині — Національна академія правових наук України) у 2004 р.

Основними напрямками наукової діяльності О. Дзери є цивільне право, сімейне право. Він опублікував понад

160 наукових праць, серед яких: «Загальна теорія цивільного права» (у співавторстві, 1992 р.), «Цивільне право України: У 2-х кн.» (у співавторстві, 1995, 1996, 1999 рр.), «Сімейне право України» (1997, 2002 рр.), «Право власності в Україні» (у співавторстві, 2000 р.), «Цивільне право України: Навчальний посібник» (2002, 2004, 2005 рр.), «Непорушність права власності — гарантія стабільності та розвитку підприємницької діяльності» (2006 р.), «Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар» (у співавторстві, 2004, 2005, 2006, 2008 рр.), «Договірне право України: Загальна частина» (у співавторстві, 2008 р.), «Цивільне право України: Підручник: у 2-х т.» (у співавторстві, 2009 р.), «Договірне право України: Навчальний посібник, т. 2» (у співавторстві, 2009 р.), «Практикум з цивільного права: Навчальний посібник» (у співавторстві, 2009 р.).

Олександр Васильович — заслужений юрист України (2009 р.), лауреат премії імені Ярослава Мудрого (2002 р.), лауреат премії Спілки юристів України за видання «Науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України» (2005 р.).

Редакційна колегія та колектив редакції журналу «Право України» вітають шановного Олександра Васильовича з 65-річним ювілеєм і зичать йому довгих і плідних років, козацького здоров'я, добра і щастя.



ТЕОРЕТИЧНИЙ АНАЛІЗ ДОКАЗУВАННЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Є. ШУМИЛО

*доктор юридичних наук, професор,
проректор Національної академії
Служби безпеки України,
заслужений діяч науки і техніки*

У 2002 р. автор цих рядків брав участь у міжнародному науково-практичному семінарі з проблем оптимізації кримінально-процесуального законодавства, який провадився в Будапешті.

Спілкуючись із колегами, я, зокрема, запитав: як у їхньому національному законодавстві вирішується питання визначення загального поняття доказу. Реакція західних процесуалістів була вельми неочікуваною — спочатку вони просто не могли зрозуміти, про що йдеться, а потім запитали мене: а для чого, власне кажучи, це робити, чим уже неабияк спантеличили мене ...

Відтоді в мене почала формуватися думка, що тенденції розвитку вітчизняного доказового права далеко не завжди збігаються зі світовими тенденціями, а напрями наукової думки в цій сфері аж ніяк не повинні обмежуватися лише коментуванням законодавства або пошуком теоретичного «обґрунтування» під уже готову юридичну конструкцію.

Хоча вже минув добрий десяток років, таки доводиться визнати: відтоді ситуація у вітчизняній кримінально-процесуальній науці мало змінилася, бо сформована ще за радянських часів і втілена в законодавстві пара-

дигма теорії доказів і далі визначає вектори розуміння їх природи й напрями роботи вчених, які працюють у цій царині. Практика переконливо свідчить, що зміна теоретичних уявлень відбувається лише тоді, коли в науковому середовищі виникають нові, інколи радикальні, «божевільні» ідеї, які починають крок за кроком опановувати наукове середовище.

Тому слід вітати спроби процесуалістів поглянути на проблематику діяльності з доказування в іншому ракурсі, тобто з відмінних теоретичних позицій, у межах інших систем координат і методологій, адже проліферація знання конче потрібна для повноцінного розвитку сучасної науки.

Хочу зазначити, що останні декілька років позначились появою теоретичних робіт, виконаних в іншій манері й стилістиці, з використанням можливостей сучасного знання, і то насамперед не юридичного. Це дало змогу запропонувати процесуальній публіці нові, оригінальні теоретичні способи вирішення споконвічних проблем. Серед робіт такого ґатунку можна згадати наукові праці російських процесуалістів С. Пашина, О. Александрова, А. Кухти, Ю. Прохорова.

Рецензована монографія*, автором якої є декан юридичного факультету Академії митної служби України, кандидат юридичних наук, доцент В. Гмирко, на мою думку, належить до кола згаданих праць.

Задум автора полягав у тому, щоб на основі досягнень системомислєдїяльнїсної методологїї, сформованої у 50–60 роках ХХ ст. російським ученим Г. Щєдровицьким та його послїдовниками з Московського методологїчного гуртка (ММГ), опрацювати модель нової концептуальної основи інституту доказування у кримінальному процесі, а також дати діяльнїсну інтерпретацію його категорїально-понятїйного апарату.

У методологїчному аспекті праця В. Гмирка цїлком послїдовна — методологїєю визначаються не лише спрямованість і характер застосовуваних засобів дослідження, а й композиційна будова самої монографїї.

Рецензована книга мїстить два розділи. У першому подано результати аналізу змісту існуючої у вітчизняній теорїї доказування «інтелектуальної традиції» розуміння сутї доказування як специфічної діяльності та засад її здійснення.

Дослідивши базові основи теорїї доказування вітчизняного кримінального процесу, автор формулює шість аксіом: доказування — це діяльнїсть її процесуальних носіїв; доказуванням є пізнавальна діяльнїсть, здійснювана у встановленій законом процесуальній формі; доказування як пізнавальна діяльнїсть являє собою «відбиттєвий» процес; доказування спрямоване на «реставрацію» неочевидної події минулого; доказування здійснюється повсюдно; воно — основний зміст усієї кримінально-процесуальної діяльності.

На думку автора, ці аксіоми виступають у ролі теоретичної основи вітчизняної теорїї доказування, визначаючи актуальні для неї смисли, значення та зумовлені ними теоретичні конструкції.

Сформулювавши згадані аксіоми, В. Гмирко піддає їхній зміст виваженому критичному розгляду з позицій теоретичних уявлєнь діяльнїсного підходу. Далі в цьому контексті предметом критичної уваги В. Гмирка стають сформований вітчизняною наукою категорїальний апарат теорїї доказування, зокрема його засади, мета, предмет і межі, структура, суб'єкти та засоби, докази. Усі ці наукові концепти аналізуються в монографїї ґрунтовно, а критикуються — дуже коректно.

Перша частина монографїї закінчується таким методологїчним висновком: підтримковою конструкцією доказування, його онтологїчною основою є фундаментальна категорія діяльності, проте для процесуалїстів це має характер трюїзму, узвичаєності, своєрідного ритуального знака, який немовби не передбачає власного змісту. Іншими словами, в науці вітчизняного кримінального процесу виявлено, як пише автор, нестикування, «розрив» між діяльнїсним декларуванням доказування та недіяльнїсною практикою його теоретичного опанування (осмислення).

Другий розділ книги починається репрезентацією філософських і сформованих психологїєю теорїй діяльності, переходячи, відтак, до висвітлення розуміння діяльності в межах обраної СМД-методологїї.

Спочатку автор лаконічно й поступно роз'яснює суть цього підходу, його провідну ідею розмежування, демаркації натуралїстичного («життєво-

* Гмирко В. П. Доказування в кримінальному процесі: діяльнїсна парадигма. Теоретичний аналіз. Проблема-тизація. СМД-репрезентація. — Дніпропетровськ : Академія митної служби України, 2010. — 314 с.

го») і «діяльнісного» світів. Відтак В. Гмирко, спираючись на базову п'ятичленну нормативну модель діяльності як соціального універсуму (мета ↔ суб'єкт ↔ вихідний матеріал ↔ засоби ↔ продукт), розкладає діяльність доказування у кримінальному процесі на так звані функціональні місця, демонструючи їх зв'язки й взаємодію.

Розглядові кожного «функціонального місця» передують змістовне наукознавче завідомлення, яке дає можливість читачеві ліпше зрозуміти логіку дослідження; завершують розгляд висновки, де автор чітко формулює зміст і значення одержаних ним результатів.

За такою схемою в монографії висвітлено сім «функціональних місць», які утворюють структуру діяльності доказування: «мета» ↔ «вихідний матеріал» ↔ «спосіб діяльності» ↔ «носії діяльності» ↔ «засоби діяльності» ↔ «перетворювальний процес» ↔ «продукт діяльності».

Дослідивши їхній зміст, В. Гмирко доходить висновку, що доказування у кримінальному процесі можна розглядати як прикладну юридичну пізнавально-дослідницьку й проектно-реалізаційну діяльність обвинувальної та судової влади, спрямовану на заміщення правнорелевантних подій юридичними конструкціями на основі матеріалу виготовлених за процесуальними правилами фактових сукупностей.

У діяльнісній концепції доказування (як діяльність обіймована) є забезпечувальним елементом ширшої (обіймущої) діяльності, тобто діяльності з вироблення юридичних рішень, де висновок про сформованість шуканої юридичної конструкції (на рівні відповідного стандарту доказаності) слугує підставою для вироблен-

ня конкретних юридичних рішень у кримінальній справі.

Слід також сказати, що монографія В. Гмирка, як і будь-яка творча наукова робота, має певні хиби, до того ж і сам автор визнає, що не все в його роботі відпрацьовано (с. 9). Тому хотілося б зробити декілька критичних зауважень.

Так, наприклад, розглядаючи питання блоку загальних технологічних засад як структурного елементу функціонального місця «Спосіб діяльності доказування в кримінальному процесі», автор на с. 154–159 пише про засаду об'єктивізму. Її він визначає як «вимогу до діяльності доказування в кримінальному процесі забезпечувати в її перебігу дослідження обставин кримінальної справи, що промовляють як на користь обвинуваченого, так і проти нього (ч. 1 ст. 22 КПК)». У зв'язку з цим виникають такі запитання: 1. Чому автор на позначення цієї засади використовує поняття «об'єктивізм», не пояснюючи водночас підстав відмови від узвичаєної, усталеної назви «всебічне, повне та об'єктивне дослідження обставин кримінальної справи»? 2. Чому автор, характеризуючи обговорювану засаду, вважає, що її зміст має своїм безпосереднім адресатом саме «діяльність доказування», а не конкретні процесуальні органи?

На с. 201 автор згадує про процесуальні фікції як один із засобів діяльності доказування, а на с. 167 він кваліфікує внутрішнє переконання «як класичну юридичну фікцію», тобто, іншими словами, згадує лише про одну з них. Резонно запитати: чому в монографії пишеться про «фікції», а згадується тільки одна з них? Крім того, чому автор дійшов висновку, що внутрішнє переконання є фікцією?

Далі хотів би ще раз підкреслити, що в тексті рецензованої роботи (наприклад, на с. 292) наголошується на потребі «демаркувати» «життєве» і «діяльнісне» — юридичне, послідовно розводячи в думці й ділі ці два «світи» з одночасним збереженням їхньої самодостатності й цінності, тобто не отождожуючи, хоча в літературі висловлюються й протилежні думки*.

Оцінюючи ж загалом монографію «Доказування в кримінальному процесі: діяльнісна парадигма», слід сказати, що її по праву можна віднести до числа фундаментальних наукових досліджень, яких так бракує нашій (і не тільки) процесуальній науці.

Вона присвячена надзвичайно складній проблемі доказування у кримінальному процесі, тому у зв'язку з цим та безсумнівною науковою новизною рецензована монографія може зустріти у деяких читачів незрозуміння, в деяких — гостре несприйняття (приміром, автор відмовляється від істини в усіх її наукових оформленнях як мети доказування, пропонуючи натомість у цьому характері концепт версії, або зазіхає на «святеє свя-

тих» — легальне визначення загального поняття доказу).

І насамкінець. Заслугує на особливу увагу мова монографії. Я б висловився так: автор, пишучи в публіцистичній манері, намагається повернути мові процесуальних досліджень ту її народну соковитість, колоритність, притаманну роботам пера українських процесуалістів 20–50 років ХХ ст.

Гадаю, що ця праця допоможе, як пише сам автор, «незаангажованим читачам спробувати дещо інакше подивитися на сучасний український юридичний дискурс, а також визначити своє місце в ньому».

Водночас треба зауважити, що демонструючи добру обізнаність літератури предмета, взяту в темпоральному проміжку 1922–2010 рр., автор продемонстрував і знання іноземної оригінальної літератури декількома західними мовами.

Сподіваюсь, що праця В. Гмирка стане позитивним внеском у теорію доказування в кримінальному процесі й буде із зацікавленням сприйнята читачами.

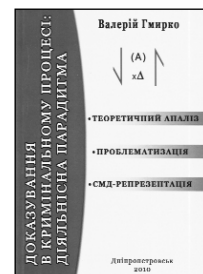
Пропонується видання:

Гмирко В. П. Доказування в кримінальному процесі: діяльнісна парадигма. Теоретичний аналіз. Проблематизація. СМД-репрезентація : моногр. /Текст/ Валерій Петрович Гмирко. — Дніпропетровськ : Академія митної служби України, 2010. — 314 с.

На основі осмислення доктринальних поглядів, репрезентованих у сучасній процесуалістиці, в монографії пропонується нова концептуальна схема доказування у кримінальному процесі, яка ґрунтується на використанні положень системомислительської методології.

Трактуючи діяльність доказування у кримінальному процесі як складову вироблення правових рішень, автор послідовно розглядає змістовну проблематику її мети, способу, засобів, носіїв, перетворювального процесу та продукту.

Книгу призначено насамперед для викладачів, аспірантів та студентів юридичних навчальних закладів, а також для всіх тих, хто цікавиться проблемами доказування у кримінальному процесі.



* Див., наприклад: Доля Е. Юридическая действительность и юридическая истина // Законность. — 2010. — № 9. — С. 3–9.

СУТТЄВИЙ НАУКОВИЙ ВНЕСОК ВІДОМОГО РОСІЙСЬКОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІСТА

А. СЕЛІВАНОВ

*доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України*

Теорія конституційного правосуддя поповнилася новою науковою працею професора М. Бондаря, яка відзначається оригінальним авторським осмисленням складних процесів, що характеризують конституційне правосуддя¹. Відзначимо, що автор цього актуального для всієї судової системи аналітичного дослідження свій статус судді Конституційного Суду Російської Федерації збагачує науково-творчою діяльністю професора Санкт-Петербурзького університету, демонструючи видатні досягнення вченого-конституціоналіста у монографіях і наукових працях, яких вже нараховується понад 250. І в цьому році теоретична думка відзначилася принципово новим підходом М. Бондаря, який висвітлив нове розуміння конституціоналізму в сфері правосуддя. Отже, поєднавши свій досвід вченого-конституціоналіста та практика-судді, автор досяг предметної необхідності у поєднанні широких можливостей Конституційного Суду впливати на конституційну теорію і формувати, як і інші органи державної влади, реальний конституціоналізм, наповнюючи його новим світоглядним розумінням конституційних цінностей, верховенства права, модернізацією державності, вимогами рівності та свободи у реалізації правозахисних відносин. Така оцінка нової праці професора М. Бондаря не може розглядатися завищеною, тим більше що сам автор сприймає її як спробу наукового пошуку і комплекс-

ного аналізу конституційних проблем не абстрактно, — з позицій активного впровадження «імпортних рекомендацій», — а в їх практичному сенсі.

У монографії у режимі новації висвітлюються концептуально важливі для державних основ демократичного суспільства проблеми російського конституціоналізму, який формується виключно через юридичну конституцію. Автор акцентує увагу саме на реальному конституціоналізмі і, за його новим визначенням, закладає при цьому концептуальну інтерпретацію державної стратегії його утвердження.

У цьому професор М. Бондарь дає приклад органічного поєднання теорії та практики, зосереджуючи увагу на висвітленні сутності конституції, про що, здавалось, вже написано багато різних наукових праць. Але без методологічного підґрунтя не може сьогодні виглядати переконливою будь-яка наукова праця, і тому, нам здається, академічний потенціал монографії цілком виправдано відповідає замислам автора, що водночас і збагачує правову науку. Цим монографічна праця російського вченого принципово відрізняється від численних без наукового навантаження робіт. Адже написання монографічних праць з конституційного права вже перетворилося на суцільно формалізований процес повторення прописних істин, коли жодної новації, філософського погляду, оригінальних дискусій не можна зустріти у шаблонних, позбавлених творчої думки «монографічних

доробках», що випускаються «інкубаторним» способом.

Не помилюсь, якщо висловлю об'єктивну оцінку рецензований монографії професора М. Бондаря, яка є втіленням його системних поглядів конституціоналіста, який вперше ознакою реального конституційного правопорядку визначив саме конституційне правосуддя. Варто саме на це звернути увагу, оскільки тільки введення конституційного контролю, за висновком професора Т. Пряхіної, дало можливість вивести судову систему на рівень категорії — судова влада. Слід звернути увагу на главу II, в якій йдеться про судовий конституціоналізм як нове політико-правове явище. Автор розуміє його як діяльність всієї системи судової влади, коли через конституційне правосуддя конституція отримує своє верховенство, а правові акти після конституційного нормоконтролю перетворюються на «живий» конституціоналізм. Таким чином, створення Конституційного Суду, його активна позиція у реальному житті як матеріально-організаційне втілення конституціоналізму забезпечує якісно нове існування у демократичній державі конституціоналізму — судового конституціоналізму. Таке розуміння вченого аргументується правовим змістом рішень конституційного правосуддя; доктринаю незаперечності конституційної судової практики; ідеологічною спрямованістю (конституційною ідеологією Суду); забезпеченням верховенства Конституції у правовій системі будь-якої держави. Образний вислів М. Бондаря про те, що «конституційне правосуддя — це суд над владою», має глибокий юрисдикційний смисл і цим підкреслюється його значення в житті суспільства. Все це в сукупності за авторською ідеєю характе-

ризує судовий конституціоналізм як особливий політико-правовий режим судового забезпечення верховенства права і на цій основі можлива реалізація прямої дії «живої» Конституції та гарантування її цінностей. У розробку ідеї судового конституціоналізму вченим вносяться дійсно новаторські підходи та висновки і його не лякають вже досягнуті «кордони» конституційної теорії щодо природи судового впливу на поточне законодавство. Особливий інтерес і оригінальний підхід викликає частина роботи, в якій розкриваються основні напрями нормативно-доктринального впливу Конституційного Суду на розвиток російського конституціоналізму. Професор М. Бондарь проведенням всебічного аналізу конституціоналізації всіх сфер розвитку державності намагається розширити предмет конституційного регулювання, і це йому блискуче вдається, шляхом конкретизації та виявлення конституційного змісту в конкретних інститутах галузевого законодавчого регулювання. Його ідея полягає в тому, щоб розглядати сучасне конституційне право як галузь публічно-приватного права. На нашу думку, для цього потрібна додаткова аргументація.

Виходячи з практики Конституційного Суду Російської Федерації, автор сміливо спрямовує своє дослідження на проблему подолання правових прогалин та конституційних деформацій, наділяючи правосуддя функцією перетворення прогалин, дефектів та конфліктів і гармонізації правовідносин. На нашу думку, проаналізувавши матеріал законодавчотекстуальних форм прояву конституційних прогалин, виявлення та оцінка «прогалин і конфліктів в Конституції», а також інші конституційні про-

блеми висвітлені у процесі монографічного дослідження з достатньою переконливістю і складають найбільш суттєві переваги, які в об'єктивному висвітленні досягнень автора свідчать про високу якість новітнього матеріалу і ґрунтовних висновків, що вперше опубліковані професором М. Бондарем.

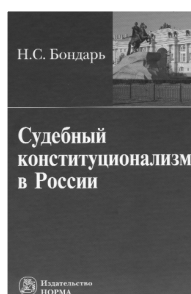
Важливе значення в аспекті зростаючого конфліктного стану суспільного розвитку набувають методологічні підходи до оцінки вимог рівності та свободи людини та громадянина як основи правозахисних відносин. У цьому напрямі вражають сміливі ідеї вченого, який пропонує розглядати нову концепцію захисту прав громадян як висвітлення теорії та практики за умов вибору між двома концепціями: класичної ліберальної щодо соціальних прав (мінімальна участь держави) та концепцією «соціально орієнтованої» свободи громадян в соціальній правовій державі. Для цього вводяться в обіг наукового осмислення соціальні та юридичні засади режиму рівноправ'я. Застосований при цьому інструментарій узагальнення практики прийнятих Конституційним Судом Російської Федерації

рішень виводить автора на розуміння рівноправ'я незалежно від природних властивостей та соціальних умов. При цьому порівняльний аналіз щодо виявлення особливостей рівності громадян у державі привів вченого-дослідника до суттєвих висновків, які мають перспективне значення для судового конституціоналізму, зокрема, вони стосуються такої сфери, як невизначеність правових норм, що заперечує рівність всіх перед законом та судом.

Отже, можна без перебільшення стверджувати, що наукова праця видатного конституціоналіста професора М. Бондаря є вагомим внеском у скарбницю теорії конституційного правосуддя, а досягнуті результати вченого переконливі та доказові, що дозволяє автору надати цілісне сприйняття конституціоналізму у вимірі конституційного контролю, який здійснюється судовою системою і його унікальним суб'єктом охорони Конституції та конституційного правопорядку — Конституційним Судом. Ця вага інтелектуальна монографія чекає свого вдячного читача не тільки в академічних колах, а й серед практичних працівників органів правосуддя.

Пропонується видання:

Бондарь Н. С. Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. — М. : Норма ; ИНФРА-М, 2011. — 544 с.



В книге обосновывается авторская концепция судебного конституционализма, воплощающего режим обеспечения верховенства права, судебно-правовой защиты Конституции на основе баланса публичного и личного, экономической и политической власти в соотношении со свободой в демократическом правовом государстве. Раскрывается роль конституционного правосудия как институционального средства генерирования судебного конституционализма во всех его основных компонентах — нормативных и доктринальных, онтологических и аксиологических, мировоззренческих и политико-идеологических.

Для широкого круга читателей, интересующихся проблемами современного российского конституционализма, осуществления государственной власти и обеспечения прав граждан в контексте практики конституционного правосудия в Российской Федерации.

*Вибрана бібліографія
сучасних монографічних праць
з питань власності*

1. *Апанасенко К. І.* Право комунальної власності : господарсько-правовий аспект. — К., 2010. — 260 с.
2. *Дзера І. О.* Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні. — К., 2001. — 255 с.
3. *Дзера О. В.* Розвиток права власності громадян в Україні. — К., 1996. — 272 с.
4. *Маслов В. Ф.* Вопросы общей собственности в судебной практике. — М., 1963. — 147 с.
5. *Маслов В. Ф.* Основные проблемы права личной собственности в период строительства коммунизма в СССР. — Харьков, 1968. — 318 с.
6. *Майданик Р. А.* Траст : собственность и управление капиталами. — Киев, 1995. — 176 с.
7. *Музика Л. А.* Проблеми права комунальної власності в Україні. — К., 2006. — 226 с.
8. *Нагнибіда В. І.* Речові права на чуже майно : досвід правового регулювання зарубіжних країн. — К., 2009. — 181 с.
9. *Пацюрківський Ю. П.* Правовий режим майна суб'єктів підприємницької діяльності. — Чернівці, 2001. — 247 с.
10. *Пересунько С. І.* Право державної власності в Україні (історія, сучасність, перспективи). — Кіровоград, 1998. — 273 с.
11. *Право власності в Україні* / за ред. О. В. Дзери та Н. С. Кузнецової. — К., 2000. — 812 с.
12. *Право собственности в Украине* / под ред. Я. Н. Шевченко. — Киев, 1996. — 320 с.
13. *Слипченко С. А.* Право доверительной собственности. — Харьков, 2000. — 176 с.
14. *Цюра В. В.* Речові права на чуже майно. — К., 2006. — 135 с.

СВІТЛИЙ ПАМ'ЯТІ АКАДЕМІКА О. О. ПОГРІБНОГО

25 травня на 61-му році пішов з життя Олексій Олексійович Погрібний – видатний вчений-юрист у галузі охорони навколишнього середовища і аграрного права, відомий педагог, дійсний член (академік) Національної академії правових наук України, заслужений діяч науки і техніки, професор, доктор юридичних наук, головний вчений секретар Національної академії правових наук України.

Народився Олексій Олексійович Погрібний 17 серпня 1950 р. у с. Краснопіль Фрунзівського району Одеської області. У 1972 р. закінчив історичний факультет Львівського державного університету ім. І. Я. Франка (нині – Львівський національний університет імені Івана Франка), у 1978 р. – юридичний факультет Одеського державного університету ім. І. І. Мечникова. Трудовий шлях розпочав 1972 р. – заступником директора, директором школи в Одеській області. Багато років працював в Одеському державному університеті ім. І. І. Мечникова. З 1998 р. по 2003 р. – завідувач кафедри аграрного, земельного, екологічного права Одеської націо-

нальної юридичної академії. З лютого 2003 р. – проректор з наукової роботи – начальник науково-дослідного та редакційно-видавничого відділу Одеського юридичного інституту Харківського національного університету

внутрішніх справ, потому – перший проректор цього самого інституту. З червня 2007 р. – головний вчений секретар Національної академії правових наук України.

Напрями наукових досліджень О. Погрібно-го були: аграрне, земельне право, екологічне право, природоресурсне право, адміністративне право, цивільне право. Він автор 190 наукових та навчально-методичних праць, зокрема по-

над 35-ти монографій, навчальних посібників та підручників.

Колектив Президії Національної академії правових наук України, вчені-правознавці, колектив редакції журналу «Право України» глибоко сумують з приводу передчасної смерті Олексія Олексійовича Погрібно-го.

Висловлюємо глибоке співчуття рідним і близьким Олексія Олексійовича.

Світла пам'ять про нього завжди житиме в серцях колег, учнів, друзів.



ПАМ'ЯТІ ЗНАНОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІСТА, ТАЛАНОВИТОГО ПЕДАГОГА, ПРОФЕСОРА В. І. ЧУШЕНКА

22 травня 2011 р. на 80-му році життя завершив свій земний шлях професор-конституціоналіст Віталій Іванович Чушенко. Похований на кладовищі смт. Брюховичі (м. Львів).

Народився Віталій Іванович 27 березня 1931 р. у м. Малин Житомирської області.

У 1954 р. закінчив з відзнакою Львівський державний університет імені Івана Франка за спеціальністю «юридичні науки», кваліфікація «юрист».

Кандидат юридичних наук з 1960 р. Дисертацію захистив у Софійському університеті (Болгарія) 27 травня 1960 р. Рішенням Президії ВАКу Міністерства вищої і середньої спеціальної освіти СРСР від 1 жовтня 1960 р. диплом кандидата юридичних наук Болгарії нострифіковано. Вчене звання доцента кафедри державного та адміністративного права присвоєно у 1966 р.

Впродовж свого життя науково-викладацьку діяльність професор пов'язував з юридичним факультетом Львівського університету імені Івана Франка. З 1960 р. працює доцентом. З 1972 по 1978 рр. — завідувач кафедри державного та адміністративного права юридичного факультету.

У цей час наукові дослідження велись разом із такими відомими державознавцями Львівського університету як П. Недбайло (12 липня 1907 р. — 31 жовтня 1974 р.), С. Базилевич

(11 жовтня 1898 р. — 14 грудня 1987 р.), К. Федонюк (21 серпня 1925 р. — 20 листопада 1972 р.) та І. Пахомов (15 вересня 1922 р.). У різні роки кожен з них очолював кафедру та зробив вагомий внесок у її розвиток.

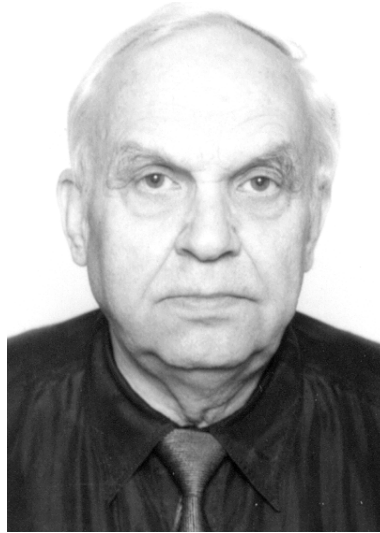
З 1988 по 1990 рр. Віталій Іванович — проректор Львівського держав-

ного університету імені Івана Франка. З 1991 по 2005 рр. доцент кафедри конституційного, адміністративного та фінансового права Львівського державного (а з 1999 р. — національного) університету імені Івана Франка.

28 жовтня 2005 р. — виконуючий обов'язки професора цієї ж кафедри, а з 22 грудня 2008 р. — професор кафедри конституційного права.

На юридичному факультеті професор В. Чушенко читав курс «Конституційне право України» та спецкурси з проблем парламентаризму та представницької демократії в Україні.

В. Чушенко — автор понад 90 наукових і науково-популярних праць, зокрема, монографій: «Місцеві представницькі органи державної влади Болгарії» (Львів, 1975 р.), «Молоді про закон» (Львів, 1975 р.), *Rozwoj Demokracji socjalistycznej* (Uniwersytet MCS w Lubline, Lublin, Polska, 1977), «Політична система соціалістичного суспільства» (Львів, 1988 р.), «Prawne Problemy samorządności», монографія (Wydawnictwo Uniwersytetu Marij Curie-Skłodowskiej, Lublin, 1993),



«Основи держави і права України» (Львів, 1994 р.), «Місцеве самоврядування в Україні» (Львів, 1998 р.).

Є співавтором 27 науково-методичних праць, навчальних посібників та підручників, рекомендованих Міністерством освіти України: «Правознавство» (Львів, 1994 р.), «Правоведение» (Львів, 1995 р.), Jurisprudenta. Manual pentru scolile de cultura generala. Liceie. Gimnazii Recomandat de Ministerul Invatamantului at Ucrainei. Lviv Enditura Svit. 1996; Jogismeret. Ajanlja Ukrajna Kozoktatasi Miniszteriuma. Lviv Szvickeado, 1996; «Основи конституційного права України. Навчальний посібник» (К., 1997 р.); «Правознавство. Навчальний посібник» (Л., 2003 р.); «Конституційне право України. Підручник» (К., 2007 р. (2010 р.)). «Основи конституційного права України» (Львів, 1997 р.), «Правознавство» (Львів, 2003 р.), «Конституційне право України» (Київ-Львів, 2007, 2009 рр.).

Низка праць В. Чушенка опублікована в зарубіжних наукових виданнях, зокрема, в Болгарії (наукова стаття, Софійський університет) і Польщі (крім трьох колективних монографій, опубліковано у наукових вісниках Люблінського університету і Перемишльської Вищої Школи Адміністрації п'ять статей).

Понад десять років В. Чушенко був членом Наукової ради республіканського журналу «Право України». У січні 2002 р. при відзначенні 80-річного ювілею журналу був нагороджений Почесною Грамотою («За вагомий особистий внесок в розбудову правової держави, зміцнення законності і правопорядку»).

За час багаторічної праці вченим була створена авторська школа по дослідженню проблем функціонування місцевих органів публічної влади, розробці системної методології вивчення інститутів народного представництва України (за результатами захищено п'ять кандидатських дисертацій: дві у Московському університеті, три у Харківській юридичній академії). У публікаціях останніх років сформульовано поняття соціально-організованого суспільства та розкрито його вплив на становлення форми правління сучасної України.

Учений брав участь у розробці низки законодавчих актів України, в тому числі проекту Конституції України, Закону про місцеве самоврядування тощо. У 2001 р. він був відзначений Подякою Міського голови з нагоди Дня місцевого самоврядування («За вагомий вклад у розбудову територіальної громади м. Львова»). На період 2002–2005 рр. був обраний членом Львівської міської територіальної виборчої комісії.

В. Чушенко нагороджений орденом «Знак Почета» (1986 р.); медаллю «Ветеран труда» (1984 р.); знаком «Победитель социалистического соревнования 1975 года» (Приказ Минвуза УССР и Республиканского комитета профсоюза работников высшей школы — 1976 г.); «Почетной грамотой Министерства высшего и среднего специального образования СССР» (1961 г.) та удостоєний Подяки Ректора Львівського національного університету імені Івана Франка за багаторічну сумлінну працю та вагомі здобутки у науково-педагогічній діяльності (2005–2006 рр.).

Колектив кафедри конституційного права Львівського національного університету імені Івана Франка, редакційна колегія та колектив редакції журналу «Право України», членом редколегії якого був В. Чушенко, висловлюють сердечне співчуття рідним і близьким Віталія Івановича у зв'язку з тяжкою втратою.

НАУКОВА РАДА

В. Я. ТАЦІЙ	— доктор юридичних наук, професор, академік НАН України, академік НАПрН України (голова наукової ради)
В. П. ТИХИЙ	— доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (заступник голови)
Ю. В. БАУЛІН	— доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
Т. В. ВАРФОЛОМЕЄВА	— доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України
Л. К. ВОРОНОВА	— доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
А. П. ГЕТЬМАН	— доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
Ю. М. ГРОШЕВИЙ	— доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
С. В. КІВАЛОВ	— доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
О. М. КОСТЕНКО	— доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
Н. С. КУЗНЄЦОВА	— доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
В. К. МАМУТОВ	— доктор юридичних наук, професор, академік НАН України, академік НАПрН України
В. І. МУРАВЬОВ	— доктор юридичних наук, професор
В. Т. НОР	— доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
В. Ф. ОПРИШКО	— доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАН України
М. І. ПАНОВ	— доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
Б. М. ПОЛЯКОВ	— доктор юридичних наук, професор
П. М. РАБІНОВИЧ	— доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
А. О. СЕЛІВАНОВ	— доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
М. Ф. СЕЛІВОН	— академік НАПрН України
В. І. СЕМЧИК	— доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАН України, академік НАПрН України
Ю. С. ШЕМШУЧЕНКО	— доктор юридичних наук, професор, академік НАН України, академік НАПрН України

Іноземні члени наукової ради

Б. М. БАНАШАК	— професор (Польща)
Уільям БАТЛЕР	— професор (США)
Чаба ВАРГА	— професор (Угорщина)
О. А. ЛУКАШЕВА	— доктор юридичних наук, член-кореспондент РАН (Росія)
М. М. МАРЧЕНКО	— доктор юридичних наук, професор (Росія)
Жерар МАРКУ	— професор (Франція)
Андрес ОЛЛЕРО ТАССАРА	— професор, член Королівської академії моральних та політичних наук (Іспанія)
М. К. СУЛЕЙМЕНОВ	— доктор юридичних наук, професор, академік НАН Республіки Казахстан (Казахстан)
Ю. О. ТИХОМИРОВ	— доктор юридичних наук, професор (Росія)
Спірідон ФЛОГАЙТИС	— професор (Греція)
Девід ХАРРИС	— заслужений професор (Велика Британія)
В. Ф. ЯКОВЛЄВ	— доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент РАН (Росія)
Ячіко ЯМАДА	— професор (Японія)

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ

О. Д. СВЯТОЦЬКИЙ (**головний редактор**), С. В. ШЕВЧУК (**перший заступник головного редактора**), Т. Г. ЗАХАРЧЕНКО (**заступник головного редактора**), Г. В. КОВТУН (**заступник головного редактора**), О. В. КРЕСІН (**заступник головного редактора**), Ю. Г. БАРАБАШ, Ю. П. БИТЯК, А. М. БОЙКО, В. І. БОРИСОВ, Ю. Л. БОШИЦЬКИЙ, В. Г. БУТКЕВИЧ, В. К. ГРИЩУК, В. Н. ДЕНИСОВ, А. С. ЄМЕЛЬЯНОВ, В. М. ЄРМОЛАЄВ, Л. П. ІЗОВІТОВА, І. Б. ЗАВЕРУХА, В. С. ЗЕЛЕНЕЦЬКИЙ, Н. І. КАРПАЧОВА, В. В. КОВАЛЕНКО, М. І. КОЗЮБРА, В. В. КОМАРОВ, Т. В. КОРНЯКОВА, В. Л. КРОТЮК, О. Д. КРУПЧАН, Є. Б. КУБКО, О. В. ЛАВРИНОВИЧ, В. В. ЛЕМАК, О. Л. ЛУКАШ, С. І. МАКСИМОВ, Ю. М. ОБОРОТОВ, Н. М. ОНІЩЕНКО, М. П. ОРЗІХ, О. М. ПАСЕНЮК, П. С. ПАЦУРКІВСЬКИЙ, О. В. ПЕТРИШИН, П. Д. ПИЛИПЕНКО, І. Г. ПОБІРЧЕНКО, О. О. ПОГРІБНИЙ, Д. М. ПРИТИКА, О. Г. ПУШЕНКО, Я. М. РОМАНЮК, С. Ф. САФУЛЬКО, Г. П. СЕРЕДА, С. Г. СЕРЬОГІНА, В. Ф. СІРЕНКО, О. Ф. СКАКУН, О. В. СКРИПНЮК, Є. Д. СКУЛИШ, К. В. СМІРНОВА, М. І. СТАВНІЙЧУК, В. В. СТАШИС, В. І. ТАТЬКОВ, М. О. ТЕПЛЮК, В. А. ТИМОШЕНКО, І. А. ТИМЧЕНКО, Б. Й. ТИЩИК, Л. І. ФЕСЕНКО, Є. О. ХАРИТОНОВ, В. І. ЧУШЕНКО, В. М. ШАПОВАЛ, Я. М. ШЕВЧЕНКО, В. Ю. ШЕПІТЬКО, І. Б. ШИЦЬКИЙ, О. І. ЮЩИК

Іноземні члени редакційної колегії

Г. О. ВАСИЛЕВИЧ (Білорусь), О. К. ГОЛІЧЕНКОВ (Росія), В. Ф. ПОПОНДОПУЛО (Росія), А. В. НАУМОВ (Росія), Хірохіде ТАКІКАВА (Японія), І. З. ФАРХУТДІНОВ (Росія), Т. Я. Хабрієва (Росія)

*Журнал рекомендовано до друку
Вченою радою Національного університету
«Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»
(протокол від 20 травня 2011 р. № 10).*

*Редагування О. Варваріної, О. Міськової, Н. Сидорської
Комп'ютерна верстка О. Карташової
Комп'ютерний набір та правка Т. Поліщук
Художнє оформлення С. Харука, О. Бойко.*

Підп. до друку 20.05.2011. Формат 70х108/16. Папір офсетний.
Офсетний друк. Ум. друк. арк. **31,5**. Обл.-вид. арк. **28,76**. Зам. 11-436.
Тираж 2 000. Ціна договірна.

Редакція юридичного журналу «Право України»
Україна, 04107, м. Київ, вул. Багговутівська, 17–21
Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
Серія KB № 17414-6184ПР від 08.02.2011 р.

*Розрахунковий рахунок: 26008291844300 в АТ «УкрСиббанк» МФО 351005
Телефони: 0 (44) 537-51-00 (головний редактор),
0 (44) 537-51-10 (відповідальний секретар)
Факс: 0 (44) 537-51-07*

www.pravoua.com.ua

*Листування з читачами — тільки на сторінках журналу.
Відповідальність за достовірність інформації, що міститься в друкованих матеріалах,
несуть автори. Редакція не завжди поділяє авторську точку зору.*

Віддруковано у **ЗАТ «ВІПОЛ»**
Україна, 03151, м. Київ, вул. Волинська, 60.
Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК № 752 від 27.12.2001 р.