

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

Юридичний інститут

Збірник наукових статей

**Актуальні проблеми
вдосконалення чинного
законодавства України**

Випуск XXXIX

м. Івано-Франківськ, 2015

ББК 67.9 (4Укр)

А 43

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

А43 Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України [текст] : *Збірник наукових статей*. Випуск 39. - Івано-Франківськ : Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2015. - 292 с.

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

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

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

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

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

ISSN 2218-1849

ББК 67.9 (4 Укр)

© Юридичний інститут ДВНЗ «Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника», 2015

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

Андріюк В.В.

**СПІВВІДНОШЕННЯ ПУБЛІЧНОГО ТА
ПРИВАТНОГО ПРАВА: ДИНАМІЧНИЙ
АСПЕКТ**

УДК 340.11; 340.116

Історія розвитку західної юриспруденції пронизана активним інтересом вчених-юристів до проблеми співвідношення публічного та приватного права, що відображено в численних наукових працях як філософсько-правового, так і спеціально-юридичного характеру. Особливо активно дослідження вказаної проблематики відбувалось впродовж останніх двох століть. Саме в цей час творчий пошук був зосереджений як на дослідженні самого явища поділу права на публічне та приватне (а як відомо, вказаний поділ є критеріальною, конститутивною ознакою романо-германського типу правових систем), визначенні критеріїв розмежування публічного та приватного права, так і на виявленні природи, сутності, структури останніх як окремих підсистем права. І як завжди водиться в науковому співтоваристві, цей процес супроводжувався палкими дискусіями, постійними пошуками нових властивостей та граней досліджуваного феномену (мова йде про поділ права на публічне та приватне), що відобразилось появою різних концепцій, в кожній з яких по-своєму розставлені акценти, визначені критерії, та навіть використовується власна термінологія щодо опису та пояснення співвідношення публічного та приватного права. Це дало змогу виявити спільне та відмінне у вказаних підсистемах, здійснивши таким чином їх розмежування за низкою критеріїв, окреслило онтологічну сутність і загальну

ЗБІРНИК НАУКОВИХ СТАТЕЙ

методологію формування, трансформації та розвитку позитивного права, наскільки це об'єктивно можливо, в статичному аспекті.

Наступним кроком в дослідженні проблеми співвідношення публічного та приватного права, який логічно продовжив попередній, стало вивчення їх взаємодії, що окреслило межі та вектор взаємовпливу і навіть взаємопроникнення елементів цих підсистем (динамічний аспект вказаного співвідношення). Кожен новий цілеспрямований погляд виявляв аутентичні грані, варіанти такого взаємопроникнення, що відкривало нові можливості для правового регулювання суспільних відносин в нових суспільно-політичних та економічних умовах.

В цьому контексті не слід забувати, що проблема співвідношення публічного та приватного права має не тільки суто теоретичне, але й практичне значення, адже її вирішення прямо пов'язане з ефективністю правового регулювання.

Система координат української правової реальності теж включає явище системного поділу права на публічне та приватне через якщо не повну належність, то все ж стійке типологічне тяжіння національної правової системи до романо-германської правової сім'ї. Звісно, Україна "має власні традиції співвідношення приватного і публічного права...", що обумовлено особливостями формування і тенденціями розвитку національної правової системи" [1, с. 27].

Крім того, формування національної правової системи відбувалось і далі відбувається в умовах постійних перекосів у співвідношенні публічного та приватного права (від необмеженого панування публічного інтересу до такого ж домінування приватного начала, хибного поєднання правових засобів та інструментів з різнорідних підсистем права, різних моделей правового регулювання). В Україні спостерігаються не відпрацьовані механізми руху процесів, через які втілюється одночасно і публічний, і приватний інтереси, а їх часто непродумана нормативна регламентація на практиці призводить до зіткнення цих інтересів. Все це, звісно, формує аутентичний варіант співвідношення публічного та приватного права, який потребує відповідного вивчення та в необхідних випадках трансформації з метою удосконалення.

В умовах глобалізованого світу, інтегрованої економіки, проблем формування в Україні правової соціальної держави та громадянського суспільства, суперечностей розвитку національної правової системи, недостатньої ефективності правового регулювання суспільних відносин в Україні проблема співвідношення приватного та публічного права потребує переосмислення, більш глибокого дослідження реалій, проблем та можливостей інтеграції західноєвропейського правового досвіду в контексті гармонійного поєднання публічного та приватного права в національну правову систему, концептуального напрацювання та належної теоретичної аргументації механізмів забезпечення оптимального балансу публічних і приватних інтересів, з чого й випливає *актуальність дослідження проблеми співвідношення публічного та приватного права*.

Звісно, останні два десятиліття відзначені активним інтересом вітчизняних вчених-юристів до проблеми співвідношення публічного та приватного права, що втілилось в ряд публікацій, в основному, галузевого характеру. А ось кількість публікацій загальнотеоретичного плану досить невелика, а у вказаному контексті – взагалі обмежена. Серед загальнотеоретичних дисертаційних досліджень можна згадати хіба що роботи О.В. Гончарук [2] та Б. М. Дроніва [3]. Все вищесказане підводить до думки про *необхідність детальної розробки вказаних питань на рівні загальнотеоретичної юриспруденції*, формування цілісної концептуальної основи співвідношення публічного та приватного права.

Основною метою даної статті є окреслення меж проблемного поля співвідношення публічного та приватного права в Україні в контексті їх функціонування як двох підсистем права на сучасному етапі.

Для досягнення поставленої мети будуть визначені основні проблеми функціонально-динамічного співвідношення публічного та приватного права, кожна з яких становить цілий комплекс питань, що потребують відповідного осмислення, теоретичного обґрунтування та практичного вирішення.

Публічне та приватне право розглядаються як якісно різні галузі правового регулювання, два різні “юридичні континенти”,

дві різні “юридичні галактики” [4, с. 163], функціонально-структурні підсистеми права [5, с. 29-30], “суперблоки” або “супергалузі” права [6, с. 129].

Як відомо, вперше поділ права на публічне та приватне було проведено в римському праві. Так, відомий давньоримський юрист Ульпіан ще в III ст. н.е. вважав, що «вивчення права розпадається на дві частини: публічне і приватне (право). Публічне право, яке (належить) до становища римської держави, приватне, яке (належить) до користі окремих осіб» [7, с.157].

Відтоді погляди, ставлення та практичне втілення вказаного явища розвивались за “принципом маятника”: від визнання та глибокого дослідження цього феномену до повного його несприйняття, заперечення. Так, наприклад, епоха Середньовіччя практично не відзначена увагою вчених-юристів до поділу права на публічне та приватне, що було зумовлене, в першу чергу, сутністю самого феодального суспільства. І лише в XVI-XVII ст.ст. з появою гуманістичної школи права відроджується інтерес до вказаної проблематики. Очевидно, актуалізація цього наукового напрямку в цей період зумовлена необхідністю правового опосередкування розмежування держави та громадянського суспільства, яке в цей час вже віддиференційовувалось, а отже, практичними потребами регламентації контрадикторних на той час інтересів держави як універсальної суспільно-політичної організації (публічного інтересу) та громадянського суспільства як сфери неполітичних, приватних інтересів. Про вказане свідчить особлива актуалізація поділу права на публічне та приватне в період буржуазних революцій XVIII-XIX ст.ст. До речі, в XIX ст. результати дослідження поділу права на публічне та приватне були практично втілені в численних кодифікаціях, які мали місце в європейських державах (насамперед, у Франції, Німеччині, Австрії, Італії, Швейцарії). В свою чергу, формування романо-германської правової сім’ї як простору “законодавчого права” зумовив подальший розвиток наукової юридичної думки щодо співвідношення публічного та приватного права. Особливо це спостерігалось в німецькій юридичній науці (наприклад, в працях таких видатних німецьких вчених-юристів як Г. Елінек, Р. фон Іерінг, Р. фон Моль, Г. Ф. Пухта,

К.Ф. фон Савінії, Ю. Шталь). Радянський період розвитку позитивного права, навпаки, відзначений відсутністю вказаного поділу, хоча, заради справедливості, все ж ватро відзначити, що в середовищі радянських вчених-юристів були як противники, так і прихильники поділу права на публічне та приватне.

Однією з суто теоретичних проблем є термінологічне відображення співвідношення публічного та приватного права. Акценти більше на статичному аспекті цього співвідношення зумовили існування в юридичній літературі таких термінів як “дихотомія права” (див., наприклад, праці [2], [8-9]) та “дуалізм права” (див., наприклад, [1]). Щоправда, при використанні вказаних термінів відповідними дослідниками зовсім не відкидається взаємодія (динамічний аспект) публічного та приватного права.

Але разом з тим, етимологічне навантаження цих термінів не зовсім відповідає явищам, що на сьогодні відображаються ними. Так, дихотомія найбільш узагальнено визначається як поділ цілого на дві частини, а в логіці це зводиться до поділу за ознакою суперечності. При цьому основою поділу виступає наявність чи відсутність деякої ознаки, а в результаті дихотомічного поділу родового поняття отримують два видові поняття, що перебувають у відношенні суперечності і є підпорядкованими родовому поняттю [10, с. 157-158]. Як бачимо з визначення, в строгому розумінні двочленний поділ права на публічне і приватне не має всіх ознак дихотомії, оскільки публічне та приватне право як підсистеми права не перебувають в строгому протиставленні і не розглядаються як протилежні його частини, а як взаємопов’язані, взаємодіючі складові єдиного цілого. При цьому ознаки дихотомії більше притаманні поділу інтересів на публічний та приватний, що розглядається в якості одного з ключових критеріїв поділу права на публічне і приватне.

Дуалізм же розглядається як філософська позиція, що виходить із визнання подвійності (двоїстості, бінарності) субстанцій, або першоначал світу (духа і матерії); рівнів пізнання (напр., трансцендентального та емпіричного), морально-етичних начал (добра і зла) [10, с. 175]. Причому, така подвійність мислиться як діалектична єдність та боротьба протилежностей, що значною

мірою більше характерне знову ж таки для публічного та приватного інтересів, а не підсистем права, які опосередковують їх втілення.

Разом з тим, вищесказане не слід розглядати як перешкоду для використання термінів “дихотомія права” та “дуалізм права” для позначення окремих аспектів, факторів, критеріїв, елементів співвідношення публічного та приватного права. Але оскільки останні, поза всяким сумнівом, не слід розглядати як суто статичні компоненти права, а швидше як динамічні функціонально-структурні підсистеми права, що опираються на різні стратегії, моделі правового регулювання, то, очевидно, слід глибше аналізувати вказане співвідношення, в тому числі й термінологічно, не обмежуючись при цьому аспектами їх співставлення чи протиставлення.

Про умовність межі між публічним та приватним правом йшлося в юридичній літературі вже на поч. ХХ ст. Так, І. А. Покровський звертав увагу на те, що в кожний даний момент межа між цими двома сферами права не передбачає різкої демаркаційної лінії, оскільки по обидва боки цієї межі, як у сфері публічного, так і у сфері приватного права завжди є більші або менші відступи в бік протилежного принципу [11, с. 43], а Н. Л. Дювернуа вів мову про те, що право має завданням примирення двох протилежних прагнень – до відособленості та до спільності, і дійсне примирення цих прагнень в окремих юридичних інститутах дає розходження публічного і приватного права [12, с. 53].

До речі, в сучасній західній юридичній літературі доволі часто вказується, що класичний дуалізм все більше втрачає свою переконливість [13, с. 15].

Треба сказати, що іноді сучасний стан співвідношення публічного та приватного права, який характеризується активними процесами взаємовпливу, взаємопроникнення, умовно відображається поняттям дифузії публічного та приватного права [14, с. 212].

На сьогодні більшої популярності у вказаному вище контексті набуває термін “конвергенція”, яким найбільш узагальнено позначають процес взаємного проникнення різних елементів пра-

вової системи. При цьому слід відзначити, що сучасний розвиток романо-германського права свідчить швидше не про втрату значення поділу права на публічне та приватне, а про їх взаємопроникнення, взаємовплив, конвергенцію відповідних сфер, режимів, принципів та методів правового регулювання, їх взаємозалежність і, навіть, їх неможливість діяти ізольовано одна від одної.

Слід відзначити, що в сучасній юридичній науці процеси “взаємопроникнення режимів правового регулювання з публічних сфер у приватні і навпаки” розглядаються як “одна з істотних ознак їх еволюції в сучасних умовах”, а межі між цими сферами констатуються як такі, що “постійно змінюються, що зумовлено складними і суперечливими процесами, які відбуваються в реальному житті” [15, с. 147], але при цьому процеси взаємопроникнення публічного і приватного права не виключають дуалізм права, який продовжує існувати [1, с. 29], хоч і констатується неможливість в сучасних умовах проведення “чіткої межі між публічним і приватним правом, розташувавши по ту чи іншу його сторону галузі позитивного права” [1, с. 29-30].

Взаємозалежність публічного та приватного права в найбільш загальному вигляді зводиться до наступного. Як відзначав Г. Елінек, “приватне право спирається на публічне право”, оскільки “усі приватні права пов’язані з публічно-правовим домаганням на визнання та захист” [16, с. 374], і як цілком слушно відмічав Ю. О. Тихомиров, що для галузей приватного права публічне право формує загальні принципи правотворчості та правозастосування, визначає загальні правозахисні процедури, забезпечує “правові еталони”, “правові рівні”, які життєво необхідні громадянину [5, с. 345], а приватне право, в свою чергу, впливає на публічне через визначення змісту та меж суб’єктивних прав та приватних інтересів суб’єктів права, визнання та захист яких здійснюється через публічно-правові механізми та процедури.

Так, наприклад, публічне право може обмежувати окремі правомочності власника, наприклад, щодо розпорядження деякими видами майна, внаслідок чого блокується необмежене панування окремої особи над ним. Особливо це стосується випадків, коли

необхідно попередити чи перешкодити зловживанню правом. Взаємозалежність публічного та приватного права проявляється і при відчуженні об'єктів приватної власності в публічних інтересах (звісно за умови забезпечення справедливого балансу між приватними та суспільними інтересами), обмеженні прав і свобод людини з мотивів безпеки (при умові забезпечення балансу між свободою та безпекою).

Конвергенція (взаємопроникнення) публічного та приватного права передбачає формування ще глибших взаємозв'язків між цими підсистемами права.

В загальній теорії права іноді виділяють такі три основні напрями конвергенції підсистем публічного та приватного права: 1) проникнення принципів, методів та інститутів публічного права у галузі приватного права; 2) проникнення принципів, методів та інститутів приватного права у галузі публічного права; 3) формування комплексних (змішаних, гібридних) галузей та інститутів права [3, с. 71-72]. Внаслідок цього “у приватному праві з'являються обумовлені публічними інтересами обмеження, заборони і обов'язки, характерні насамперед для публічного права”, а “публічне право, у свою чергу, збагачується зобов'язальними, договірними положеннями, процедурами та інститутами, що мають приватноправове походження” [3, с. 97-98].

Звісно, виділені напрями конвергенції публічного та приватного права лише схематично, в загальних рисах визначають зміст, природу та систему досліджуваного феномену, а форм його прояву ще більше. Лише глибокий аналіз дозволить це виявити та дослідити на концептуальному рівні.

Проте дезагрегація цих і дотичних до них напрямів та навіть найбільш загальний погляд на співвідношення публічного та приватного права в Україні дозволяє виділити цілу низку проблем, що супроводжують правовий розвиток українського суспільства в контексті співвідношення публічного та приватного права, які саме й слід вирішити в процесі удосконалення системи формально-юридичних джерел права, що регламентують публічну та приватну сфери суспільних відносин.

З огляду на це, можна виділити наступні складові проблеми співвідношення публічного та приватного права в національній правовій системі:

1) необхідність виявлення сутності, природи, змісту феномену співвідношення публічного та приватного права та адекватного понятійного його відображення;

2) потреба чіткого нормативного визначення правових статусів суб'єктів публічного та приватного права;

3) проблеми дослідження трансформації системи права внаслідок застосування комплексного нормативного регулювання суспільних відносин та визначення його допустимих меж;

4) необхідність аналізу змін в системі формально-юридичних джерел права під впливом приватноправового інструментарію правового регулювання;

5) вивчення взаємовпливу принципів публічного та приватного права;

6) вивчення можливостей проникнення видів, типів, способів та методів правового регулювання, притаманних для публічного права, в приватне право і навпаки, а також оптимальне визначення такого взаємопроникнення;

7) визначення видів і характерних рис правової поведінки та структури правових вчинків в умовах конвергенції публічного та приватного права;

8) аналіз проблеми трансформації інституту юридичної відповідальності через чітке структурне та функціональне розмежування юридичної відповідальності в публічному та приватному праві в умовах конвергенції останніх;

9) проблеми визначення природи, сутності та характеру правовідносин в сфері реалізації публічного та приватного інтересів;

10) вивчення можливостей “конвергентного” застосування юридичних процедур, юридико-технічних прийомів, способів, засобів.

Звичайно, одним із ключових завдань правової реформи в Україні на сучасному етапі є оптимізація співвідношення публічного та приватного права. Досвід реформування правової системи в Україні свідчить про необхідність формування ціліс-

ної, органічної, науково обґрунтованої концепції правової реформи, яка б забезпечила всі необхідні і достатні механізми та рівні удосконалення правової системи, в тому числі в контексті встановлення адекватних та ефективних механізмів конвергенції публічного та приватного права. Проте в процесі реформування правової системи слід органічно поєднувати передовий світовий досвід із глибоким аналізом проблем, які на сьогодні актуалізовані в правовій сфері в згаданому контексті, а також прогностичним дослідженням назриваючих проблем правової системи в даній площині, які можуть проявитись в процесі проведення правової реформи, а також після її завершення, в тому числі і як її наслідок. Це дозволить провести чітке цілепокладання, якісне проектування, програмування, планування правової реформи і як наслідок – ефективне правове регулювання суспільних відносин через забезпечення балансу приватних і публічних інтересів в національній правовій системі.

1. Майданик Р. *Право України: дуалізм і система // Приватне право: науковий журнал: додаток до юридичного журналу «Право України» / Редакція журналу «Право України». – Київ, 2013. – № 1. – С. 26-41.*
2. Гончарук О. В. *Дихотомія права: право публічне та право приватне: дис... канд. юрид. наук: 12.00.01 / О. В. Гончарук. – К., 2006. – 206 с.*
3. Дронів Б.М. *Взаємовплив приватного і публічного права: сучасна континентально-європейська теорія і практика: Дис ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Харківський національний університет внутрішніх справ. - Х., 2012. - 192 с.*
4. Алексеев С. С. *Восхождение к праву. Поиски и решения / С. С. Алексеев. – М.: Норма, 2001. – 752 с.*
5. Тихомиров Ю. А. *Публичное право: учебник / Ю. А. Тихомиров. – М.: БЕК, 1995. – 496 с.*
6. Сібільов М. *Загальна характеристика сфери приватного права / М. Сібільов // Вісник Академії правових наук України. – 2001. – № 2(25). – С. 123–135.*
7. *Дигесты Юстиниана: Избр. фрагменты / пер. и прим. М. С. Перетерского; отв. ред. Е. А. Скрипилев. – М.: Наука, 1984. – 456 с.*
8. Харитонов Є. О., Харитонова О. І. *До питання про значення дихотомії “приватне право – публічне право” / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонова // Вісник Академії правових наук України. – 2000. – № 2. – С. 83-88.*

9. Шев'як О. В. Проблема дихотомії приватного і публічного права в сучасній юриспруденції: теоретико-методологічні аспекти / О. В. Шев'як // *Держава і право*. – 2010. – Вип. 47. – С. 81–88.
10. Філософський енциклопедичний словник / НАН України, Ін-т філософії ім. Г. С. Сковороди; редкол.: В. І. Шинкарук (голова). – К.: Абрис, 2002. – 742 с.
11. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. – М.: Статут, 1998. – 353 с.
12. Дювернуа Н. Л. Чтения по гражданскому праву : в 2 т. – Т. 1: Введение и часть общая / Н. Л. Дювернуа. – СПб.: Тип. М. М. Стасюлевича, 1902. – 246 с.
13. Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право / А. Жалинский, А. Рерихт. – М.: Спарк, 2001. – 767 с.
14. Гаджиев Г. А. Конституционные принципы рыночной экономики (развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации) / Г. А. Гаджиев. – М.: Юристъ, 2002. – 286 с.
15. Загальна теорія держави і права. Підручник / За заг. ред. М.І. Козюбри. – К.: Ваіте, 2016. – 392 с.
16. Еллинек Г. Общее учение о государстве / Г. Еллинек. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – 752 с.

Андриюк В.В. Співвідношення публічного та приватного права: динамічний аспект

В статті автор намагається акцентувати увагу на проблемі співвідношення публічного та приватного права в контексті їх взаємодії. При цьому автор здійснив спробу окреслення меж проблемного поля вказаної теми, дезагрегація якого допоможе виявити основні напрямки наукового дослідження проблемних питань встановлення оптимального співвідношення публічного та приватного права в національній правовій системі.

Ключові слова: публічне право, приватне право, дихотомія права, дуалізм права, правова конвергенція.

Андриюк В.В. Соотношение публичного и частного права: динамический аспект

В статье автор пытается акцентировать внимание на проблеме соотношения публичного и частного права в контексте их взаимодействия. При этом автор предпринял попытку определения границ проблемного поля указанной темы, дезагрегация которого поможет выявить основные направления научного исследования проблемных вопросов установления оптимального соотношения публичного и частного права в национальной правовой системе.

Ключевые слова: публичное право, частное право, дихотомия права, дуализм права, правовая конвергенция.

Andriyuk V.V. Correlation of public and private law: the dynamic aspect

In the article the author tries to focus on the problems of the correlation of public and private law in the context of their interaction. The author attempted to outline the boundaries of the problem field specified topics disaggregation which will help to identify the main areas of research issues the optimal ratio of public and private law in the national legal system.

One of the key objectives of legal reform in Ukraine at the present stage is to optimize the value of public and private law. The experience of reforming the legal system in Ukraine demonstrates the necessity of forming a coherent, organic, science-based concept of legal reforms that would ensure the necessary and sufficient mechanisms and the level of improvement of the legal system, including in the context of the establishment of adequate and effective mechanisms for convergence of public and private law.

Key words: public law, private law, legal dichotomy, legal dualism, legal convergence.

Книш В.В.

ОСНОВНІ НАПРЯМИ КОДИФІКАЦІЇ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ПРО ЗАХИСТ ВІТЧИЗНИ ТА ВІЙСЬКОВУ СЛУЖБУ

УДК 342.95:355.5(477)

В сучасних умовах прихованої російської агресії проти України на Донбасі, окупації Росією АР Крим виникла потреба у реформуванні Збройних сил України. Це означає, що слід істотно переглянути правову, організаційну, матеріальну та фінансову основу функціонування збройних сил України в цілому та їх окремих підрозділів зокрема. При цьому, на наш погляд, провідна роль першочергово належить створенню оновленої правової бази у цій сфері.

На даний час основними нормативно-правовими актами у сфері захисту Вітчизни та військового обов'язку є ст. 65 Конституції України [1], Закон України «Про військовий обов'язок і військову службу» [2], Закон України «Про оборону України» [3], Закон України «Про альтернативну (невійськову) службу» [4], Закон України «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію» [5], Закон України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей» [6], Воєнна доктрина України, затверджена

Указом Президента України від 02.09.2015 р. [7] та ціла низка підзаконних нормативно-правових актів.

Вважаємо, що наявність значної кількості нормативно-правових актів у сфері захисту Вітчизни та військового обов'язку ускладнює правове регулювання у цій сфері, що обумовлює потребу його удосконалення. Це, у свою чергу, свідчить про актуальність та практичну значимість даної проблеми.

Однак, незважаючи на важливість вказаної проблематики, комплексних наукових досліджень, які були б спрямовані на удосконалення та систематизацію військового законодавства України, на жаль не здійснювалось. Тому метою даної статті є визначення основних напрямів кодифікації законодавства України про захист вітчизни та військову службу.

На наш погляд, процес удосконалення правового регулювання у сфері захисту Вітчизни та військової служби слід розпочати з кодифікації законодавства у цій сфері. Тут можна виділити три можливі варіанти подальшої кодифікації законодавства України про захист Вітчизни та військову службу:

- 1) прийняття комплексного Закону України «Про захист Вітчизни та військову службу»;
- 2) прийняття Основ законодавства України про захист Вітчизни та військову службу;
- 3) розробка та прийняття Кодексу України про захист Вітчизни та військову службу.

На нашу думку, найдоцільнішим варіантом у цій сфері є обрання вищого рівня кодифікації законодавства у цій сфері – прийняття відповідного Кодексу. Вважаємо, що з позицій ст. 65 Конституції України, у якій закріплено, що захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, шанування її державних символів є обов'язком громадян України [1], його назву слід сформулювати як «Кодекс України про захист Вітчизни та військову службу». Це пояснюється тим, що первинним є обов'язок по захисту Вітчизни, а військова служба – основним засобом реалізації даного обов'язку.

На наш погляд, Кодекс України про захист Вітчизни та військову службу має включати наступні Розділи:

Розділ 1. Загальні положення. У ньому слід передбачити визначення основних термінів у сфері захисту Вітчизни та військового обов'язку. При цьому слід звернути увагу на формулювання таких понять, як: а) *загальні поняття у цій сфері* (захист Вітчизни, військовий обов'язок, військова служба, альтернативна (невійськова) служба, мобілізація, мобілізаційна підготовка оборона України та ін.); б) *поняття, які стосуються статусу суб'єктів у цій сфері* (допризовники, призовники, військовослужбовці, військовозобов'язані, резервісти тощо); в) *поняття, які стосуються реалізації заходів захисту Вітчизни та виконання військового обов'язку* (зокрема, такі поняття, як воєнна політика України, воєнно-політична обстановка, воєнно-політичні відносини, оборонно-промисловий комплекс, сектор безпеки і оборони, сили безпеки, сили оборони, спроможності сил оборони, спроможності сил оборони, стратегічні комунікації); г) *поняття, які стосуються військових загроз та бойових дій* (воєнний конфлікт, збройний конфлікт, локальна війна, регіональна війна, воєнно-політичний виклик, воєнно-політичний ризик, загроза застосування воєнної сили і т. д.). Крім того, тут також доцільно передбачити мету і завдання правового регулювання у цій сфері, принципи правового регулювання захисту Вітчизни та виконання військового обов'язку.

Розділ 2. Управління у галузі захисту Вітчизни та виконання військового обов'язку. У даному Розділі слід передбачити систему органів загальної і спеціальної компетенції у цій сфері та їх повноваження. Якщо вести мову про органи загальної компетенції, то тут мова йде про визначення повноважень Верховної Ради України, Президента України, міністерств та інших центральних органів виконавчої влади, які опосередковано сприяють реалізації державної політики у сфері захисту Вітчизни та виконання військового обов'язку, місцевих державних адміністрацій та місцевих рад. Що ж стосується повноважень органів спеціальної компетенції, то мова йде про визначення повноважень Ради національної безпеки і оборони України, Міністерства оборони України, Генерального штабу Збройних Сил України та інших органів спеціальної компетенції, які безпосередньо забезпечують реалізацію заходів по Захисту Вітчизни.

Розділ 3. Правовий статус суб'єктів у сфері захисту Вітчизни та військового обов'язку. У рамках даного Розділу доцільно систематизувати права і обов'язки допризовників, призовників, військовослужбовців, військовозобов'язаних, резервістів, а також іноземних громадян та осіб без громадянства, які можуть в окремих випадках залучатись до військової служби.

Розділ 4. Гарантії правового і соціального захисту суб'єктів у сфері захисту Вітчизни та військового обов'язку та членів їх сімей. Тут мова йде про встановлення та систематизацію особистих, економічних, соціально-побутових та інших гарантій для вищевказаних суб'єктів. При цьому пріоритетна роль має надаватись гарантіям, що стосуються оздоровлення та медичного обслуговування таких осіб, відповідних соціальних пілг та компенсацій. Окрему увагу слід також приділити питанню юридичних гарантій для суб'єктів, які раніше перебували у ворожому полоні.

Розділ 5. Організація допризовної підготовки. Приписка громадян України до призовних дільниць. У рамках даного Розділу слід систематизувати норми, які стосуються допризовної підготовки молоді на базі загальноосвітніх та професійно-технічних навчальних закладів, технікумів та коледжів. Крім того, тут також слід узагальнити норми щодо порядку приписки до призовних дільниць.

Розділ 6. Призов і прийняття на військову службу. Проходження військової служби. Тут слід передбачити питання віку перебування на військовій службі, строки військової служби, а також врегулювати особливості військової служби залежно від приналежності до складу військовослужбовців (рядового, сержантського, старшинського та офіцерського). Окрема увага має бути приділена питанням військової служби у військовому резерві та військовій службі за контрактом (з визначенням порядку укладення та умов контракту). Тут також слід деталізувати умови та порядок прийняття на військову службу іноземців та осіб без громадянства.

Розділ 7. Військовий облік суб'єктів у сфері захисту Вітчизни та військового обов'язку. Мова йде про загальні засади

військового обліку, особливості та порядок ведення загального і спеціального військового обліку, порядок прийняття на облік та зняття з військового обліку.

Розділ 8. Особливі умови проходження військової служби.

У даному Розділі доцільно систематизувати норми у сфері мобілізації та демобілізації суб'єктів у сфері захисту Вітчизни та військового обов'язку, передбачити питання залучення військовослужбовців до здійснення антитерористичної операції, до проведення спеціальних військових навчань. Окрему увагу доцільно також присвятити загальним засадам організації та проведення оборонних та наступальних операцій.

Розділ 9. Фінансове і матеріальне забезпечення захисту Вітчизни та військового обов'язку. Тут доцільно регламентувати загальні та спеціальні джерела фінансування заходів по забезпеченню обороноздатності держави, заходів по виконанню військового обов'язку, а також джерела фінансування особливих потреб суб'єктів у сфері захисту Вітчизни та військового обов'язку, які випливають з гарантій їх правового і соціального захисту.

Розділ 10. Контроль і нагляд за дотриманням законодавства України про захист Вітчизни та військовий обов'язок. Даний Розділ має бути присвячений визначенню кола суб'єктів контролю та нагляду у цій сфері, а також їх повноваженням. Крім того, доцільно звернути увагу на особливості здійснення загального контролю та нагляду за дотриманням законодавства України про захист Вітчизни та військовий обов'язок, які стосуються виконання таких обов'язків за звичайних умов (у мирний час) та спеціальних умов (у період мобілізації, проведення антитерористичної операції чи інших спецоперацій військового характеру).

Розділ 11. Юридична відповідальність у сфері захисту Вітчизни та виконання військового обов'язку. У даному Розділі слід передбачити перелік типових правопорушень у цій сфері, а також питання спеціальної дисциплінарної відповідальності суб'єктів захисту Вітчизни та виконання військового обов'язку. Що ж стосується інших видів юридичної відповідальності (кримінальної, адміністративно-правової), то тут слід обмежитись банкетними нормами.

Розділ 12. Міжнародне співробітництво у сфері захисту Вітчизни та виконання військового обов'язку. Даний Розділ

доцільно обмежити переліком основних напрямів міжнародного співробітництва у даній сфері, а також визначенням пов'язаних з ними заходів. Це пояснюється тим, що такі питання деталізуються міжнародними та міждержавними угодами у військовій сфері.

Таким чином, військове законодавство України з урахуванням сучасних загроз і викликів, які постали на даний час перед Українською Державою, потребує подальшого перегляду та систематизації норм в єдиному законодавчому акті. На наш погляд, оптимальною формою удосконалення чинного військового законодавства України є його кодифікація шляхом прийняття Кодексу України про захист Вітчизни та військову службу.

1. Конституція України від 28.06.1996 року з наступними змінами і доповненнями [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>.
2. Про військовий обов'язок і військову службу: Закон України від 25.03.1992 // ВВР України. – 1992. – № 27. – Ст. 385.
3. Про оборону України: Закон України від 06.12.1991 // ВВР України. – 1992. – № 9. – Ст. 106.
4. Про альтернативну (невійськову) службу: Закон України від 12.12.1991 // ВВР України. – 1992. – № 15. – Ст. 188.
5. Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію: Закон України від 21.10.1993 // ВВР України. – 1993. – № 44. – Ст. 416.
6. Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей: Закон України від 20.12.1991 // ВВР України. – 1992. – № 15. – Ст. 190.
7. Про нову редакцію Воєнної доктрини України: рішення Ради національної безпеки і оборони України, затверджене Указом Президента України від 02.09.2015 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.president.gov.ua/documents/5552015-19443>.

Книш В. В. Основні напрями кодифікації законодавства України про захист вітчизни та військову службу

В сучасних умовах прихованої російської агресії проти України на Донбасі, окупації Росією АР Крим виникла потреба у реформуванні Збройних сил України. Це означає, що слід істотно переглянути правову, організаційну, матеріальну та фінансову основу функціонування збройних сил України в цілому та їх окремих підрозділів зокрема. При цьому провідна роль першочергово належить створенню оновленої правової бази у цій сфері. На думку автора, основним способом вирішення даної проблеми є прийняття Кодексу України про захист Вітчизни та військову службу. Автор обґрунтовує структуру такого Кодексу, який має складатися з 12 розділів.

Ключові слова: захист вітчизни, військовий обов'язок, військова служба, правове регулювання військової служби, кодекс, кодифікація, Кодекс України про захист Вітчизни та військову службу.

Кныш В. В. Основные направления кодификации законодательства Украины о защите отечества и военной службе

В современных условиях скрытой российской агрессии против Украины в Донбассе, оккупации Россией АР Крым возникла потребность в реформировании Вооруженных сил Украины. Это означает, что следует существенно пересмотреть правовую, организационную, материальную и финансовую основу функционирования вооруженных сил Украины в целом и их отдельных подразделений в частности. При этом ведущая роль в первую очередь принадлежит созданию обновленной правовой базы в этой сфере. По мнению автора, основным способом решения данной проблемы является принятие Кодекса Украины о защите Отечества и военной службе. Автор обосновывает структуру такого Кодекса, который должен состоять из 12 разделов.

Ключевые слова: защита отечества, воинский долг, воинская служба, правовое регулирование военной службы, кодекс, кодификация, Кодекс Украины о защите Отечества и военной службе.

Knys V. V. The main directions of the codification of legislation of Ukraine on protection of the fatherland and military service

In modern conditions the latent Russian aggression against Ukraine in the Donbass, the Russian occupation of Crimea there is a need to reform the Armed Forces of Ukraine. This means that should substantially revise the legal, organizational, material and financial basis for the functioning of the Armed Forces of Ukraine in general and their individual units in particular. At the same time, in our opinion, the leading role in the first place belongs to the creation of an updated legal framework in this area.

In our view, the process of improving the legal regulation in the sphere of protection of Fatherland and military service should be started on the codification of legislation in this area. There are three possible options for the further codification of Ukrainian legislation on protection of Fatherland and military service: 1) adoption of a comprehensive Law of Ukraine «On Protection of Fatherland and military service»; 2) the adoption of the Principles of Ukrainian legislation on protection of Fatherland and military service; 3) development and adoption of the Code of Ukraine on protection of Fatherland and military service.

In our opinion, the most appropriate option in this area is the election of a higher level of codification of legislation in this area – the adoption of the relevant Code. We believe that from the standpoint of art. 65 of the Constitution, which stipulates that the defence of the Motherland, independence and territorial integrity of Ukraine, respect for its state symbols is the duty of citizens of Ukraine [1], its name should be formulated as «the Code of Ukraine on protection of Fatherland and military service.» This is due to the fact that a primary obligation is to defend the Fatherland, and military service – the main means of implementation of this obligation.

In our opinion, the Code of Ukraine on protection of Fatherland and military service should include the following sections: 1. General Provisions. 2. Management in the field of protection of the Fatherland and the performance of military duty. 3. The legal status of the subjects in the field of protection of Fatherland and military duty. 4. Guarantees of legal and social protection of subjects in the field of protection of the Fatherland and the military and their families. 5. Organization of pre-conscription training. Postscript of Ukrainian citizens to the enlistment offices. 6. Call and taking into military service. Passage of military service. 7. Military registration of subjects in the field of protection of Fatherland and military duty. 8. Special conditions of military service. 9. Financial and material support of defending the homeland and military duty. 10. The control and supervision over compliance with the legislation of Ukraine on protection of Fatherland and military duty. 11. Legal responsibility in the defence of the Fatherland and the performance of military duty. 12. International cooperation in the sphere of protection of the Fatherland and the performance of military duty.

Keywords: National defence, military duty, military service, the legal regulation of military service, code, codification, the Code of Ukraine on protection of Fatherland and military service.

Петровська І.І.

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЗДІЙСНЕННЯ ФІНАНСОВОГО МОНІТОРИНГУ В УКРАЇНІ

УДК 343.73:341.233.1

Актуальність дослідження питань контрольно-фінансової діяльності загалом та фінансового моніторингу (як специфічної контрольної діяльності) зокрема, обумовлена тим, що фінансовий контроль є універсальним явищем і застосовується у різних сферах суспільного життя, його зміст розкривається у взаємозв'язку зі сферою застосування й функціонування фінансів. Необхідність запровадження нових та вдосконалення існуючих методів контрольної діяльності пов'язана також і з доцільністю приведення українського законодавства у відповідність до міжнародних стандартів і норм. В зв'язку з цим, **завданнями даного дослідження є:** здійснення загальної характеристики моніторингової діяльності; визначення правових засад діяльності суб'єктів фінансового моніторингу; здійснення характеристики окремих видів фінансових операцій, що підлягають моніторингу в Україні.

Окремі питання контрольно-фінансової діяльності досліджувались в працях багатьох науковців, зокрема Буткевича С.А.,

Лебедева О.П., Лебідь Н.В., Павліченко Є.В., Пивовара Ю.І., Устинова І.П., Пробки І.Б., Ковальчука А.Т., Латковської Т.А., Пацурківського П.С., Савченко Л.А., Апарова А.М., Баранов-Мохорта С.М., Білініна Я.В., Борець Л.В., Будько З.М., Вишновецького В.М., Дереконя В.М., Дмитрик О.О., Заверухи О.Б., Зоріної О.І., Касьяненко Л.М., Коваленка А.А., Кравченко Л.М., Лучковської С.І., Моринів Н.А. та інших, проте комплексних досліджень фінансово-моніторингової діяльності в Україні згідно сучасного законодавства не проводилось.

Фінансовий моніторинг - сукупність заходів, які здійснюються суб'єктами фінансового моніторингу у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення, що включають проведення державного фінансового моніторингу та первинного фінансового моніторингу.

Об'єктом фінансового моніторингу є дії з активами, пов'язані з відповідними учасниками фінансових операцій, які їх проводять, за умови наявності ризиків використання таких активів з метою легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансування тероризму чи фінансування розповсюдження зброї масового знищення, а також будь-яка інформація про такі дії чи події, активи та їх учасників.

Діяльність щодо здійснення фінансового моніторингу поширюється на громадян України, іноземців та осіб без громадянства, фізичних осіб - підприємців, а також на юридичних осіб, їх філії, представництва та інші відокремлені підрозділи, що забезпечують проведення фінансових операцій на території України та за її межами відповідно до міжнародних договорів України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

До легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, належать будь-які дії, пов'язані із вчиненням фінансової операції чи правочину з активами, одержаними внаслідок вчинення злочину, а також вчиненням дій, спрямованих на приховання чи маскуванню незаконного походження таких активів чи володіння ними, прав на такі активи, джерел їх походження, місцезнахо-

дження, переміщення, зміну їх форми (перетворення), а так само набуттям, володінням або використанням активів, одержаних внаслідок вчинення злочину.

Суб'єктами первинного фінансового моніторингу є:

1) банки, страховики (перестраховики), страхові (перестрахові) брокери, кредитні спілки, ломбарди та інші фінансові установи;

2) платіжні організації, учасники чи члени платіжних систем;

3) товарні та інші біржі, що проводять фінансові операції з товарами;

4) професійні учасники фондового ринку (ринку цінних паперів);

5) оператори поштового зв'язку, інші установи, які проводять фінансові операції з переказу коштів;

6) філії або представництва іноземних суб'єктів господарської діяльності, які надають фінансові послуги на території України;

7) спеціально визначені суб'єкти первинного фінансового моніторингу:

а) суб'єкти підприємницької діяльності, які надають посередницькі послуги під час здійснення операцій з купівлі-продажу нерухомого майна;

б) суб'єкти господарювання, які здійснюють торгівлю за готівку дорогоцінними металами і дорогоцінним камінням та виробами з них;

в) суб'єкти господарювання, які проводять лотереї та азартні ігри, у тому числі казино, електронне (віртуальне) казино;

г) нотаріуси, адвокати, адвокатські бюро та об'єднання, аудитори, аудиторські фірми, суб'єкти господарювання, що надають послуги з бухгалтерського обліку, суб'єкти господарювання, що надають юридичні послуги (крім осіб, що надають послуги в рамках трудових правовідносин);

8) інші юридичні особи, які за своїм правовим статусом не є фінансовими установами, але надають окремі фінансові послуги.

Суб'єктами державного фінансового моніторингу є:

- Національний банк України,

- центральний орган виконавчої влади з формування та забезпечення реалізації державної політики у сфері запобігання і протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму (Міністерство фінансів України);

- Міністерство юстиції України;

- центральні органи виконавчої влади, що забезпечують формування державної політики у сфері надання послуг поштового зв'язку (Міністерство інфраструктури України);

- у сфері економічного розвитку (Міністерство юстиції України)

- Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку,

- Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг;

- спеціально уповноважений орган (Державна служба фінансового моніторингу України).

Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку здійснює державне регулювання і нагляд у сфері запобігання і протидії легалізації (відмиванню) доходів, отриманих злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму відносно фондових бірж, компаній з управління активами та інших професійних учасників фондового ринку (окрім банків) відповідно до Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» [1].

Спеціально уповноважений орган та інші суб'єкти державного фінансового моніторингу у межах своїх повноважень забезпечують співробітництво з міжнародними, міжурядовими організаціями, діяльність яких спрямована на забезпечення міжнародного співробітництва у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення, у тому числі з Групою з розробки фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей (FATF), Комітетом експертів Ради Європи з оцінки заходів протидії відмиванню коштів та фінансуванню тероризму (MONEYVAL), Європейським Союзом, Світо-

вим банком, Міжнародним валютним фондом, Егмонтською групою підрозділів фінансових розвідок, Організацією Об'єднаних Націй.

Фінансова операція підлягає обов'язковому фінансовому моніторингу у разі, якщо сума, на яку вона здійснюється, дорівнює чи перевищує 150 000 гривень (для суб'єктів господарювання, які проводять лотереї або проводять та надають можливість доступу до азартних ігор у казино, будь-яких інших азартних ігор, у тому числі електронне (віртуальне) казино, - 30 000 гривень) або дорівнює чи перевищує суму в іноземній валюті, банківських металах, інших активах, еквівалентну 150 000 гривень (для суб'єктів господарювання, які проводять лотереї або проводять та надають можливість доступу до азартних ігор у казино, будь-яких інших азартних ігор, у тому числі електронне (віртуальне) казино, - 30 000 гривень), та має одну або більше таких ознак:

1) переказ коштів на анонімний (номерний) рахунок за кордон і надходження коштів з анонімного (номерного) рахунка з-за кордону; зарахування або переказ коштів у разі, якщо хоча б одна із сторін - учасників фінансової операції має відповідну реєстрацію, місце проживання чи місцезнаходження в державі, що віднесена Кабінетом Міністрів України до переліку офшорних зон, а також переказ коштів на рахунок, відкритий у фінансовій установі, зареєстрованій у зазначеній державі;

2) купівля-продаж за готівку чеків, дорожніх чеків, у тому числі інших платіжних інструментів або платіжних засобів чи засобів платежу;

3) зарахування або переказ коштів, надання або отримання кредиту (позики), здійснення інших фінансових операцій у разі, якщо хоча б одна із сторін - учасників фінансової операції має відповідну реєстрацію, місце проживання чи місцезнаходження в державі (на території), що не виконує чи неналежним чином виконує рекомендації міжнародних, міжурядових організацій, що провадять діяльність у сфері боротьби з легалізацією (відмиванням) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванням тероризму чи фінансуванням розповсюдження зброї масового знищення (в тому числі дипломатичне представництво, посоль-

ство, консульство такої іноземної держави), або однією із сторін - учасників фінансової операції є особа, яка має рахунок у банку, зареєстрованому у зазначеній державі (території). Перелік таких держав (територій) визначається відповідно до порядку, встановленого Кабінетом Міністрів України, на основі висновків міжнародних, міжурядових організацій, діяльність яких спрямована на протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму чи фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення, і підлягає оприлюдненню;

4) фінансові операції з готівкою (внесення, переказ, отримання коштів);

5) здійснення розрахунку за фінансову операцію у готівковій формі;

6) зарахування коштів на поточний рахунок юридичної або фізичної особи - підприємця чи списання коштів з поточного рахунка юридичної або фізичної особи - підприємця, період діяльності якої не перевищує трьох місяців з дня реєстрації, або зарахування коштів на поточний рахунок чи списання коштів з поточного рахунка юридичної або фізичної особи - підприємця у разі, якщо операції на зазначеному рахунку не здійснювалися з дня його відкриття;

7) переказ коштів за кордон за зовнішньоекономічними договорами (контрактами), крім переказів коштів за договорами (контрактами), які передбачають фактичне постачання товарів на митну територію України;

8) обмін банкнот на банкноти іншого номіналу;

9) здійснення фінансових операцій з цінними паперами на пред'явника, які не депоновані в депозитарних установах;

10) здійснення операцій з вексями (крім фінансових казначейських векселів), ордерними цінними паперами;

11) перерахування або отримання коштів неприбутковою організацією;

12) здійснення фінансових операцій за правочинами, форма розрахунків за якими не визначена;

13) одержання (сплата, переказ) страхового чи перестрахового платежу (страхового чи перестрахового внеску, страхової чи

перестрахової премії), крім сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування;

14) проведення страхової чи перестрахової виплати або страхового чи перестрахового відшкодування або виплати викупної суми, крім зарахування чи списання коштів на/з рахунки (рахунків) державних позабюджетних фондів;

15) виплата (передача) особі виграшу в лотерею, придбання фішок, жетонів, внесення особою в інший спосіб плати за право участі в азартній грі, виплата (передача) виграшу суб'єктом господарювання, який проводить азартні ігри;

16) надання кредитних коштів особі, яка є членом небанківської кредитної установи, в один і той самий день два рази і більше за умови, що загальна сума фінансових операцій дорівнює чи перевищує суму, визначену частиною першою цієї статті;

17) фінансові операції осіб, щодо яких встановлено високий ризик.

Фінансова операція підлягає внутрішньому фінансовому моніторингу, якщо у суб'єкта первинного фінансового моніторингу виникають підозри, які ґрунтуються, зокрема, на:

- критеріях ризиків, визначених самостійно суб'єктом первинного фінансового моніторингу з урахуванням критеріїв ризиків, встановлених центральним органом виконавчої влади з формування та забезпечення реалізації державної політики у сфері запобігання і протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму;

- встановленні за результатами проведеного аналізу факту (фактів) невідповідності фінансової (фінансових) операції (операцій) фінансовому стану та/або змісту діяльності клієнта;

- типологічних дослідженнях у сфері протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму чи фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення, підготовлених та оприлюднених спеціально уповноваженим органом [2].

Протягом 2015 року Державною службою фінансового моніторингу (надалі – Служба моніторингу) підготовлено 686 узагальнених та додаткових узагальнених матеріалів (з них 364

узагальнених та 322 додаткових узагальнених матеріали), які направлено до: Генеральної прокуратури України – 52 узагальнених матеріалів та 171 додатковий узагальнений матеріал; Міністерства внутрішніх справ України – 108 узагальнених матеріалів та 57 додаткових узагальнених матеріалів; Державної фіскальної служби України – 75 узагальнених матеріалів та 34 додаткових узагальнених матеріалів; Служби безпеки України – 128 узагальнених матеріалів та 60 додаткових узагальнених матеріалів; Служби зовнішньої розвідки – 1 узагальнений матеріал.

У вказаних матеріалах сума фінансових операцій, які можуть бути пов'язані: з легалізацією коштів, становить 67,6 млрд. грн.; з вчиненням і, визначеного інших злочинів передбачених Кримінальним кодексом України, становить 19,9 млрд. гривень. Продовжується активна робота стосовно розслідування фактів відмивання коштів, одержаних від корупційних діянь, розкрадання та привласнення державних коштів та майна колишнім Президентом України Януковичем В.Ф., його близькими, посадовцями колишнього Уряду країни та пов'язаними з ними особами, а також щодо осіб, причетних до організації умисного масового вбивства людей на території України.

Так, за вказаний період фінансовою розвідкою України підготовлено та направлено до правоохоронних органів 128 матеріалів (7 узагальнених та 121 додаткових узагальнених матеріали) стосовно фінансових операцій, проведених за участю колишніх високопосадовців.

Загальна сума фінансових операцій, які можуть бути пов'язані з легалізацією доходів, одержаних злочинним шляхом, за цими матеріалами становить 15,2 млрд. грн., а сума фінансових операцій, які можуть бути пов'язані з учиненням інших злочинів, становить 5,2 млрд. гривень.

За час проведення розслідувань з березня 2014 по грудень 2015 років стосовно фінансових операцій, проведених колишніми високопосадовцями, підготовлено та направлено до правоохоронних органів України 396 (79 узагальнених та 317 додаткових узагальнених матеріали) матеріалів.

Сума фінансових операцій, які можуть бути пов'язані з легалізацією доходів, одержаних злочинним шляхом, за цими мате-

ріалами становить 163,0 млрд. грн., а сума фінансових операцій, які можуть бути пов'язані з учиненням іншого злочину, становить 16,3 млрд. гривень.

За результатами вжитих заходів Службою моніторингу за час проведення розслідувань заблоковано на рахунках фізичних та юридичних осіб, які мають зв'язок з Януковичем В.Ф. та колишніми високопосадовцями кошти в еквіваленті 1,52 млрд. дол. США, в т.ч.: грошові кошти на суму 1,7 млрд. грн., 229,9 млн. дол. США, 18,1 млн. євро та 21,7 млн. рос. рублів; дорогоцінні метали (золото та срібло) загальною вартістю 3,0 млн. грн.; цінні папери на суму 2,6 млрд. грн. та 1,0 млрд. дол. США.

Крім того, окрема увага Служби моніторингу приділяється пошуку та блокуванню активів колишніх високопосадовців за кордоном. Так, за час проведення розслідувань, підрозділами фінансових розвідок інших країн повідомлено про замороження активів колишніх високопосадовців та пов'язаних з ними осіб на загальну суму 107,2 млн. дол. США, 15,9 млн. євро та 135,0 млн. швейцарських франків, зокрема в наступних країнах: Австрія, Великобританія, Латвія, Кіпр, Італія, Ліхтенштейн, Швейцарія та Нідерланди.

Відповідно до законодавства України Державна служба фінансового моніторингу (як підрозділ фінансової розвідки) спільно із Службою безпеки України здійснює заходи направлені на попередження та протидію фінансуванню терористичної діяльності (сепаратизму).

Так, протягом 2015 року Службою моніторингу стосовно фінансових операцій, які можуть бути пов'язані з фінансуванням тероризму або проведених за участю осіб, які публічно закликають до насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або зміни меж території або державного кордону України підготовлено та направлено до правоохоронних органів 48 узагальнених матеріалів (з них 39 узагальнених матеріалів та 9 додаткових узагальнених матеріалів).

У вказаних матеріалах сума фінансових операцій, які можуть бути пов'язані з легалізацією коштів, становить 387,5 млн. грн.; з учиненням іншого злочину, визначеного Кримінальним кодексом України, становить 1,5 млрд. гривень.

Також з метою виявлення активів так званих високопосадовців «ДНР» та «ЛНР», Службою моніторингу здійснено ідентифікацію та встановлено рахунки зазначених осіб в банківських установах України.

На рахунках зазначених осіб виявлено та заблоковано кошти на загальну суму в еквіваленті 28,54 млн. грн., а саме: на рахунках шести «високопосадовців ЛНР» - 2,63 млн. грн. та 1,07 млн. дол. США; на рахунках семи «високопосадовців ДНР» - 39,2 тис. грн., 15,2 тис. дол. США та 10,6 тис. євро.

З метою упередження використання банківської системи України. «високопосадовцями «ДНР», «ЛНР», Службою моніторингу доведено відповідні списки осіб до всіх банківських установ України з рекомендаціями блокування операцій вказаних осіб у разі спроби їх проведення.

За вказаний період вжитими заходами щодо попередження та протидії фінансуванню терористичної діяльності (сепаратизму) виявлено та заблоковано кошти на загальну суму в еквіваленті 133,57 млн. гривень.

Служба моніторингу також активно співпрацює із міжнародними інституціями, такими як Міжнародна група з протидії відмиванню брудних грошей (FATF), Комітет експертів Ради Європи з оцінки заходів протидії відмиванню коштів та фінансуванню тероризму (MONEYVAL), Європейський Союз, Світовий банк, Міжнародний валютний фонд, Егмонтська група підрозділів фінансових розвідок, Організація Об'єднаних Націй. Значна увага приділяється роботі в рамках Комітету MONEYVAL, як ключового офісу Ради Європи з питань боротьби із відмиванням коштів та фінансуванням тероризму. У вересні 2015 року на 48-му Пленарному засіданні Комітету MONEYVAL Службою моніторингу представлено Звіт про прогрес України, за результатами розгляду якого MONEYVAL схвалив представлену інформацію та позитивно відзначив заходи, які вживаються Кабінетом Міністрів України у сфері фінансового моніторингу.

Крім того, у 2015-му році у Службою моніторингу перебували місії експертів Європейського Союзу з метою перевірки виконання другого етапу контрольних показників Плану дій щодо

лібералізації візового режиму з питання боротьби з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму.

За підсумками своєї роботи місіями експертів Європейського Союзу позитивно відмічено роботу Службою моніторингу щодо координуючої ролі в системі фінансового моніторингу в Україні [3].

Загалом фінансово-моніторингова діяльність держави (в особі уповноважених нею органів) на сьогодні є важливим напрямком діяльності фінансово-контрольної діяльності в Україні та характеризується особливою процедурою, наявністю уповноважених суб'єктів для здійснення, які співпрацюють для досягнення мети – протидії легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом та фінансуванню тероризму.

1. *Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення: Закон України від 14.10.2014 № 1702-VII // [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1702-18>*
2. *Фінансовий моніторинг. Система моніторингу фондового ринку. Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку // [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.nssmc.gov.ua/activities/finmonitoring>*
3. *Інформування про результати роботи Держфінмоніторингу за 2015 рік // [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.sdfm.gov.ua/news.php?news_id=2964&lang=uk*

Петровська І.І. Окремі питання здійснення фінансового моніторингу в Україні

Стаття присвячена характеристиці окремих питань здійснення фінансового моніторингу в Україні та розгляду окремих міжнародних стандартів в сфері моніторингу відмивання доходів, одержаних незаконним шляхом.

В статті характеризуються види фінансових операцій, які підлягають моніторингу та наведена інформація щодо практики застосування норм законодавства про фінансовий моніторинг.

Ключові слова: моніторинг, фінансовий моніторинг, протидія відмиванню доходів, одержаних злочинним шляхом.

Петровская И.И. Отдельные вопросы осуществления финансового мониторинга в Украине

Статья посвящена характеристике отдельных вопросов осуществления финансового мониторинга в Украине и рассмотрения отдельных международных

стандартов в сфері моніторингу отримання доходів, отриманих незаконним путем.

В статті характеризуються види фінансових операцій, підлягаючих моніторингу і приведена інформація о практиці застосування норм законодавства о фінансовому моніторингу.

Ключевые слова: моніторинг, фінансовий моніторинг, протидія отриманню доходів, отриманих кримінальним путем.

Petrovska I.I. Some issues of financial monitoring in Ukraine

The article characterizes types of financial transactions that have to be monitored and provides information on the practice of application of legislation on financial monitoring.

In Ukraine a financial transactions amount of which is equal to or greater than 150 000 UAH are subjects to financial monitoring (for entities conducting lotteries or hold and provide access to gambling in casinos, any other gambling, including electronic (virtual) casino - 30 000 UAH) or equals or exceeds the sum in foreign currency, precious metals and other assets equivalent to 150 000 UAH (for entities conducting lotteries or conducting and providing access to gambling in casinos, any other gambling, including electronic (virtual) casino - 30 000 UH).

A financial transaction is a object to financial monitoring if the subject of initial financial monitoring suspects based in particular on:

- Risk criteria defined by independently entities, taking into account risk criteria established by the central body of executive development and implementation of state policy in the field of prevention and counteraction to legalization (laundering) of proceeds from crime or financing of the terrorism;
- Establishing the results of the analysis of the facts of non financial (financial) transactions (operations) of the financial condition and / or content of the customer;
- Typological research in the field of counteraction to legalization (laundering) of proceeds from crime or financing terrorism or financing of weapons of mass destruction, prepared and published by the specially authorized body.

Keywords: monitoring, financial monitoring, combating laundering of money, received by illegal way.

Полатайко І.В.

**ОСНОВНІ НАПРЯМИ НАУКОВИХ
ДОСЛІДЖЕНЬ ПРОБЛЕМ ПРАВОВОЇ
ІДЕОЛОГІЇ ТА ОСОБЛИВОСТЕЙ ЇЇ ВТІЛЕННЯ
У ПРАВОВИХ СИСТЕМАХ СУЧАСНОСТІ**

УДК 340.12

У сучасному суспільстві значна питома вага присвячена питанням співвідношення матеріальних та ідеологічних засад у всіх

сферах суспільного життя – у економічній (матеріальній), соціальної, політичній, духовній, правовій тощо. Звісно, що у економічній (матеріальній) сфері суспільного життя домінуючим компонентом у даному співвідношенні є матеріальні засади, оскільки тут має місце пріоритет виробничих відносин, які, у першу чергу, мають матеріальний характер та підпадають під категорії матеріальної оцінки. Якщо вести мову про духовну сферу суспільного життя, то тут слід констатувати домінування ідеологічних засад над матеріальними, оскільки у цій сфері переважаючими є духовні (моральні, релігійні та інші) цінності. Якщо аналізувати соціальну, політичну, правову сферу, то у їх основу покладено відносну гармонізацію, взаємодію і, навіть, певний паритет духовних і моральних цінностей.

Слід зауважити, що в усіх вищевказаних сферах суспільного життя значна роль відводилась дослідженню як матеріальних, так і ідеологічних засад. При цьому значна увага науковців, таких як В.Бабкін, М.Гуренко, В.Журавський, О.Зайчук, М.Костицький, А.Луцький, С.Максимов, Н.Оніщенко, В.Селіванов, В.Сіренко, О.Скакун, О.Скрипнюк, С.Сливка, В.Тацій, О.Тихомиров, Ю.Шемшученко та ін., зосереджувалась саме на ідеологічних засадах, оскільки вони, по-перше, є більш динамічними, ніж матеріальні, а по-друге – вони мають диференційований характер, тобто відрізняються за змістом у залежності від особистих, групових, національних та інших особливостей (від характеру індивідуальної, колективної чи національної свідомості). Саме ці особливості яскраво виражаються у правовій свідомості та на окремих її рівнях – як на рівні правової психології, так і на рівні правової ідеології.

Доцільно, на наш погляд, звернути увагу на те, що саме правова ідеологія концентрує основну увагу на ідеологічних цінностях права в цілому, окремих правових систем та правових сімей, а отже – дає можливість встановити спільні і відмінні риси, притаманні різним правовим системам сучасності, виявити можливі ризики щодо конфлікту правових цінностей та встановити спільні правові цінності, здатні сприяти конвергенції різних правових систем та правових сімей минулого і сучасності.

Враховуючи зазначене, слід акцентувати увагу на різних рівнях та напрямках наукових досліджень проблем правової ідеології, на кожному з яких здійснювалось дослідження правової ідеології та особливості її втілення у правових системах. Якщо вести мову про рівні наукових досліджень з даної проблематики, то тут, на наш погляд, можна виділити наступні:

1) *філософсько-світоглядний рівень та загально-правовий рівень*, на якому відображено філософські, філософсько-правові та загальнотеоретичні підходи до розуміння правової ідеології та особливостей її втілення у правових системах та правових сім'ях;

2) *спеціально-юридичний рівень* дослідження особливостей формування, розвитку та функціонування правової ідеології у рамках конкретних правових систем та правових сімей.

Однак метою даної наукової статті виступатимуть основні наукові підходи до особливостей втілення правової ідеології у правових системах, які сформовані на філософсько-світоглядному та загально-правовому рівнях.

Якщо вести мову про *філософсько-світоглядний та загально-правовий рівень* дослідження особливостей втілення правової ідеології у правових системах та правових сім'ях, то тут можна виділити цілий комплекс напрямів, у рамках яких здійснювалось дослідження даної проблематики. Одним з таких напрямів є *лібералістичний напрям*, який, на думку І. А. Павленка, являє собою систему ідей та ідеалів, політичних та економічних програм, які ставили собі за завдання ліквідацію державних інститутів примусу і проголошення народу єдиним сувереном влади і носієм свободи [1, с. 3]. Основними представниками даного напрямку стали У. Петті, Д. Рікардо, А. Сміт. Вони відстоювали такі цінності правової ідеології у правових системах та у політичній діяльності, як ідеї рівності всіх перед законом, поділ влади, представницьке правління, конституційність та конституціоналізм тощо. У матеріальній сфері для державно-правових систем вони відстоювали необхідність економічної свободи всіх громадян, забезпечення можливостей цього, стимулювання індивідуального підприємництва, приватної власності, товарно-грошових відносин [2, с. 423]. Основними характерними рисами формування та функціонуван-

ня правової системи та інших систем суспільства з позицій лібералізму виступають:

- а) активне суб'єктивне втручання в суспільні процеси;
- б) свобода політико-правової діяльності;
- в) формування новітніх державно-правових і політичних тенденцій;
- г) пропагування пріоритету індивідуального над колективним у державно-правових процесах та у політичній системі;
- г) пропагування у суспільно-політичній та правовій ідеології, а також подальше юридичне закріплення засад юридичної рівності;

д) формування ідеолого-правових засад, які пропагують перенесення відповідальності за соціальні процеси з держави на громадянське суспільство. Тобто у співвідношенні між громадянським суспільством і державою пріоритет надається саме громадянському суспільству;

е) в основу правової ідеології кладуться такі правові цінності, як права і свободи людини і громадянина, а також створення належних умов для розвитку людини і громадянина.

Окремо на основі лібералізму сформувався неолібералізм, який в основу правової системи ставить необхідність часткового державного регулювання економіки та соціальних процесів.

Консервативістський напрям, на відміну від лібералізму, робив основний акцент на збереженні усталених, традиційних засад правової системи та традиційних цінностей у правовій ідеології. Зокрема, О. Голобуцький [3, с. 26] та О. Ситник [4, с. 31] вважають, що консерватизм виник як реакція на лібералізм наприкінці XVIII ст. Представниками даного наукового напрямку виступали представники французької науки Л. де Бональд та Ж. де Местр, а також англійські науковці У. Вордсворт та С. Т. Колрідж. При цьому, на думку мислителів, ідеологічні засади правової системи мали б передбачати: в економічній сфері – активне проникнення держави в економіку у формі протекціонізму, створення державного сектору в економіці, регулювання обсягів виробництва та цін (частково) і т. д.; у соціальній сфері – активна соціальна політика, підвищена опіка стосовно громадян, запобігання соціаль-

ним конфліктам [5, с. 24; 6, с. 228]. Особливостями формування та функціонування правової системи та інших систем суспільства за консервативістським підходом виступають:

а) сформовані і усталені державно-правові традиції як основа функціонування та розвитку правової системи;

б) збереження у соціальній та правовій системі соціальної ієрархії та усталеної традиційної елітарності;

в) протидія радикальним чи кардинальним державно-правовим перетворенням;

г) втілення у правовій ідеології правової системи ідей домінування суспільного, колективного начала над індивідуальним;

г) правовою системою через правову ідеологію у суспільне та державне буття втілюється та пропагується нерівність людей за фізичними, розумовими, духовними та іншими особливостями;

д) формування ідеолого-правових засад, які пропагують перенесення відповідальності за соціальні процеси на державу (особливо – у сфері соціального захисту населення). Отже, у співвідношенні держави та громадянського суспільства домінуюча роль надається державі;

е) в основу розвитку держави та правової системи ставиться не пріоритет прав особи та її розвитку, а традиційні цінності домінуючої ролі держави, цінності суспільних (групових, сімейних, релігійних) засад, а не індивідуальних.

На основі консерватизму виник так званий неоконсерватизм, який виступає за обмеження втручання держави в соціально-економічну галузь, на відміну від традиційного консерватизму, що був за суцільне втручання держави в усі сфери життя суспільства;

Свою специфіку у розумінні розбудови правової системи та ролі у цьому правової ідеології мав *соціалістичний напрям*, який в основу функціонування держави та її правової системи клав ідею створення суспільного ладу на засадах соціальної рівності, колективізму та спільності інтересів [7, с. 481]. Характерними цінностями правової системи, згідно соціалістичного напрямку, виступають соціальний інтерес, суспільний характер праці, суспільна (державна чи колективна) власність на засоби виробництва (знаряддя праці та умови праці). Вони кладуться в основу політичної та правової ідеології.

На думку Х. Урта де Сото [7, с. 482] та П. Б. Струве [8, с. 237], які досліджували основні засади соціалізму, соціалістична правова ідеологія, яка мала втілитись у соціалістичній правовій системі, була однією з найдавніших, оскільки вона виникла у зв'язку з появою соціальної нерівності, що породжується самим суспільним устроєм. Дослідники пояснюють це тим, що, разом зі становленням певного суспільного ладу, виникає також певна частка незадоволених таким суспільством осіб – непокірних громадян, які прагнуть доступу до тих самих соціальних благ, що й політична або економічна еліта.

Аналізуючи соціалістичний напрям щодо розуміння правової системи та правової ідеології, слід зауважити, що у його рамках розвинулись дві основні концепції:

а) *утопічний соціалізм* – обґрунтована Т. Мором у XVI ст. та Т. Кампанеллою у XVII ст. концепція про спільне виробництво, спільність майна та обов'язковий характер праці задля вирішення всіх соціальних проблем. Незважаючи на домінування загально соціального над індивідуальним началом, одним із постулатів цього напрямку мав стати всебічний та гармонійний розвиток особистості (індивідуального, особистого начала) [8, с. 237 – 238]. Даний напрям розвивав та обґрунтовував ідеї розвитку науки, просвітництва, тобто мирного шляху запровадження справедливості та рівності;

б) *революційний соціалізм* – пропагував радикальні ідеї зміни недосконалої, на думку мислителів, правової системи. При цьому основним засобом досягнення таких змін мали стати насильницькі засоби: у політико-правовій сфері – революція як єдина можливість переходу до суспільства нового соціалістичного типу; в економічній сфері – експропріація (примусове вилучення) чужої власності з метою її подальшого одержавлення.

Незважаючи на те, що утопічний соціалізм пропагував реформування правової системи та втілення у правовій ідеології засад розвитку науки, просвітництва, тобто досягнення мети мирним шляхом, а революційний соціалізм – за допомогою насильницького способу зміни державно-правової системи, у частині кінцевих наслідків ці напрями були тотожні між собою. Зокрема, спіль-

ними рисами щодо розуміння шляхів розвитку правової системи та прогнозованого ними досягнення кінцевих результатів стали:

а) у *політико-правовій сфері* – управління має відбуватися демократичним способом в інтересах всього суспільства, а не в інтересах окремих класів, верств, груп; суспільство має спиратися на самоврядування, а держава – виступати суто регуляторним механізмом управління суспільством та виробництвом;

б) в *економічній сфері* – засоби виробництва належать всій громаді; приватна власність є основою соціальної нерівності та має бути замінена на громадську; всі створені матеріальні блага мають розподілятися на всіх членів громади; праця є обов'язковою для всіх та здійснюється в інтересах всього суспільства;

в) у *соціальній сфері* – кожна людина має стільки благ, скільки заробила своєю працею, віддаючи на неї всі свої здібності; взаємодія в суспільстві передбачає широке використання принципів колективізму – спільності інтересів, взаємодопомоги, злагоди, солідарності; соціалістичне суспільство піклується про всіх своїх членів, включаючи осіб, незахищених або нездатних до праці.

Певною специфікою також характеризується *позитивістський напрям*, який у своїй основі передбачає систему писаного права, зводячи при цьому правову систему лише до системи правових норм. Що ж до правової ідеології, то в основі позитивізму лежить формально-догматична правова ідеологія та загальні ідеологічно-правові принципи [9, с. 116; 10, с. 423]. Слід зауважити, що одним із основоположників такого підходу став представник англійської аналітичної юриспруденції у XIX ст. До числа інших представників європейської правничої науки у цій сфері наприкінці 60-х рр. XIX ст. також М. Н. Капустін та Н. К. Ренненкампф. Представниками позитивістського напрямку у вивченні проблем втілення правової ідеології у правових системах стали Є. В. Васьковський, Д. Д. Грімм, Н. І. Палієнко, С. В. Пахман, А. Різдяний, Г. Ф. Шершеневич та ін.

Суть основних підходів до розуміння форм втілення правової ідеології у різних правових системах сучасності, згідно позитивізму, зводиться до можливості використовувати їх у прямій практичній взаємодії осіб із реальною дійсністю, тобто розглядати ре-

зультати втілення правової ідеології у правових системах через оцінку якості її наслідків [10, с. 423 – 424; 11, с. 87; 12, р. 214].

Разом з тим, і у рамках позитивізму можна виокремити окремі напрями, у рамках яких розглядаються особливості втілення правової ідеології у різних правових системах, зокрема:

а) *класичний позитивізм*, за яким форми втілення правової ідеології і правових системах слід оцінювати за результатами спостереження (О. Конт, Г. Спенсер) чи на основі здобутого емпіричного досвіду (Р. Авенаріус, Е. Мах);

б) *неопозитивізм*, який у питаннях форм та ефективності втілення правової ідеології у правових системах опирається на знання, підтвержене спостереженням;

в) *постпозитивізм*, який формує знання про форми та ефективність втілення правової ідеології і правових системах, базується на синтезі позицій класичного позитивізму та неопозитивізму, тобто з урахуванням спостереження, емпіричного досвіду та отриманого на їх основі нового знання [13, с. 6; 14, с. 151].

Практично протилежним до позитивізму у питаннях впливу правової ідеології на формування правової системи є природно-правовий напрям. Ідеологами даного напрямку виступали як представники філософії (Г. Гегель, І. Кант, Ш. Монтеск'є), так і представники європейської та вітчизняної науки у галузі суспільствознавства в цілому та юриспруденції зокрема (Б. А. Кістяківський, М. М. Ковалевський, П. І. Новгородцев, Є. Н. Трубецької, В. В. Сніжко, В. С. Соловйов тощо).

Слід зазначити, що методологічною базою для розвитку природно-правового підходу до обґрунтування особливостей та форм втілення правової ідеології у правових системах стали ідеї представників французького просвітництва, класична німецька філософія, релігійно-етична філософія, а також ідеї неокантіанства та неогегеліанства [15, с. 304; 16, с. 14].

На думку А. І. Луцького, з точки зору правової ідеології, гаслом природничо-правової моделі може виступати така теза: «не суспільство повинно пристосовуватися до держави, а держава – до суспільства та потреб його членів» [17, с. 154–155]. Тобто з даної тези випливає, що у співвідношенні громадянського су-

спільства і держави пріоритетна роль належить громадянському суспільству, що на психологічному рівні має втілюватись у правовій ідеології, а через неї – опосередковано закріплюватись у правовій системі держави.

В. В. Сніжко [18, с. 484] та І. В. Толстов [19, с. 107] з питань пріоритетності громадянського суспільства над державою та втілення даного принципу у правовій ідеології та правовій системі зазначили, що за допомогою орієнтування саме на таку модель відбувається позитивна правова динаміка функціонування суспільства, досягається постійне та стабільне відтворення в соціальних стосунках правових цінностей, що забезпечує умови та механізми функціонування певної держави (наприклад, збереження та утвердження системи загального права та меж культурних особливостей у суспільстві).

Вивчення особливостей втілення засад правової ідеології у правовій системі здійснювалось у двох аспектах, зокрема:

1) онтологічний аспект – передбачає фактичне втілення домінуючих демократичних засад правової ідеології (у першу чергу – засад забезпечення рівності прав і свобод) у правову систему;

2) аксіологічний аспект – передбачає втілення через правову ідеологію у правову систему основоположних правових цінностей громадянського суспільства і держави [20, с. 87; 21, с. 144].

Враховуючи особливості природно-правового підходу до розуміння особливостей втілення правової ідеології у правову систему, слід зазначити, що саме природно-правова концепція знайшла своє юридичне вираження на міжнародно-правовому рівні у основоположних міжнародних нормативно-правових актах та через механізми ратифікації в окремих країнах продовжує проникати у національні правові системи та цілі правові сім'ї.

Таким чином, основні особливості втілення правової ідеології у правових системах сучасності найбільше відображені у концепціях лібералізму, консервативізму, соціалізму, а також у концепціях природного та позитивного права. На наш погляд, втілення засад правової ідеології у правових системах сучасності найбільше можна пояснити через концепцію природного права.

1. Павленко І. А. *Історико-філософська реконструкція лібералізму Дж. Ролзом: параметри розуміння справедливості: автореф. дис. ... канд. філос. наук / І. А. Павленко; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2011. – 16 с.*
2. Сол Д. Р. *Ублюдки Вольтера. Диктатура розуму на Западі / Д. Р. Сол. – М.: АСТ, 2007. – 895 с.*
3. Голобуцький О. *Консерватизм – ідеологія порядку, стабільності і добробуту / О. Голобуцький, В. Кулик. – К., 1995. – 43 с.*
4. Ситник О. І. *Консерватизм: генеза ідей / О. І. Ситник. – Луцьк: Надстир'я, 2000. – 62 с.*
5. Журов М. С. *Афіліація та влада як соціально-психологічний феномен в організації спільних відносин: автореф. дис... канд. психол. наук / М. С. Журов. – Х., 2001. – 20 с.*
6. Кожев А. *Понятіє влади / А. Кожев. – М.: Праксис, 2006. – 192 с.*
7. Уэрта де Сото Х. *Социализм, экономический расчет и предпринимательская функция / Х. Уэрта де Сото. – М.: Социум, 2008. – 488 с.*
8. Струве П. Б. *Patriotica. Политика, культура, религия, социализм / П. Б. Струве. – М.: Республика, 1997. – 527 с.*
9. Ковальчук В. Б. *Легітимність державної влади в правовій теорії та державно-правовій практиці / В. Б. Ковальчук – К.: Логос, 2011. – 389 с.*
10. Спенсер Г. *Социальная статика: изложение социальных законов, обуславливающих счастье человечества / Г. Спенсер. – К.: Гамма-принт, 2013. – 496 с.*
11. Траси (де) А.–Л.–К. Д. *Основы идеологии. Идеология в собственном смысле : пер. с фр. / А.–Л.–К. Д. де Траси. – М.: Альма Матер : Академ. проект, 2013. – 336 с.*
12. *Legal Positivism / ed. by M. Jori. – N.Y.: New York University Press, 1992. – 481 p.*
13. Сіома М. О. *Проблема природи права у філософії Джеремі Бентама: автореф. дис. ... канд. філософ. наук / М. О. Сіома; Ін-т філософії ім. Г. С. Сковороди. – К., 2013. – 16 с.*
14. Черныш А. М. *Истоки политической науки / А. М. Черныш. – Одеса: Одес. нац. мор. ун-т., 2011. – 242 с.*
15. Гарасимів Т. З. *Природні та соціальні детермінанти формування девіантної поведінки людини: філософсько-правовий вимір / Т. З. Гарасимів. – Л.: Львівський державний університет ім. Івана Франка, 2012. – 420 с.*
16. Прокопов Д. Є. *Теорія природного права у юридичній думці Російської імперії (середина XIX – початок XX ст.): автореф. дис. ... канд.*

- юрид. наук: 12.00.01 / Д. Є. Прокопов ; Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого». – Х., 2012. – 37 с.
17. Луцький А. І. *Правова ідеологія в українському державотворенні: теорія і практика: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Андрій Іванович Луцький; Відкритий міжнародний університет розвитку людини «Україна».* – К., 2015. – 417 с.
18. Сніжко В. В. *Українознавство: природна психо-філософська концепція / В. В. Сніжко – К., 2010. – 526 с.*
19. Толстов І. В. *Антитетика позитивного та природного права в сфері легітимації політики: дис. ... канд. філос. наук / І. В. Толстов. – Х., 2010. – 185 с.*
20. Ланде Д. В. *Основи інформаційного і соціально-правового моделювання / Д. В. Ланде, В. М. Фурашев. – К.: Києво-Могилянська академія, 2012. – 143 с.*
21. Миронов А. В. *Философия социо(техно)-природной системы / А. В. Миронов. – М.: МАКС Пресс, 2013. – 190 с.*

Полатайко І.В. Основні напрями наукових досліджень проблем правової ідеології та особливостей її втілення у правових системах сучасності

У статті висвітлено основні напрями наукових досліджень, які присвячені питанням втілення правової ідеології у сучасних правових системах. Автор статті виділяє два основні рівні досліджень даної проблематики: 1) філософсько-світоглядний та загально-правовий рівень, на якому відображено філософські, філософсько-правові та загальнотеоретичні підходи до розуміння правової ідеології та особливостей її втілення у правових системах та правових сім'ях; 2) спеціально-юридичний рівень дослідження особливостей формування, розвитку та функціонування правової ідеології у рамках конкретних правових систем та правових сімей. Проте увага автора зосереджена на філософсько-світоглядному та загально-правовому рівнях. За результатами дослідження зроблено висновки про те, що основні особливості втілення правової ідеології у правових системах сучасності найбільше відображені у концепціях лібералізму, консерватизму, соціалізму, а також у концепціях природного та позитивного права. При цьому, як зазначає автор, втілення засад правової ідеології у правових системах сучасності найбільше можна пояснити через концепцію природного права.

Ключові слова: ідеологія, суспільна ідеологія, правова ідеологія, поняття правової ідеології, ознаки правової ідеології, правові системи сучасності.

Полатайко І. В. Основные направления научных исследований проблем правовой идеологии и особенностей ее воплощения в правовых системах современности

В статье отражены основные направления научных исследований, посвященных вопросам реализации правовой идеологии в современных правовых системах. Автор статьи выделяет два основных уровня исследований данной проблематики: 1) философско-мировоззренческий и общеправовой уровень, на

котором отражены философские, философско-правовые и общетеоретические подходы к пониманию правовой идеологии и особенностях ее воплощения в правовых системах и правовых семьях; 2) специально-юридический уровень исследования особенностей формирования, развития и функционирования правовой идеологии в рамках конкретных правовых систем и правовых семей. Однако внимание автора сосредоточено на философско-мировоззренческом и общеправовом уровнях. По результатам исследования сделан вывод о том, что основные особенности воплощения правовой идеологии в правовых системах современности больше отражены в концепциях либерализма, консервативизма, социализма, а также в концепциях естественного и позитивного права. При этом, как отмечает автор, воплощение принципов правовой идеологии в правовых системах современности больше можно объяснить через концепцию естественного права.

Ключевые слова: идеология, общественная идеология, правовая идеология, понятие правовой идеологии, признаки правовой идеологии, правовые системы современности.

Polatayko I. V. Main research issues of legal ideology and legal features of its realization in modern legal systems

In modern society, a significant share devoted to the ratio of material and ideological foundations in all spheres of public life – economic (material), social, political, spiritual, legal, etc. Of course, in the economic (material) field dominant component is the material basis. This is a priority of industrial relations, which in the first place, are material in nature and fall into the category of material evaluation. If we talk about the spiritual sphere of public life, it is necessary to state the dominance of the ideological foundations of the material, since in this sphere are predominant spiritual (moral, religious and other) values. If we analyze the social, political, legal sphere, that they are based on the relative harmonization, cooperation and even a certain parity of spiritual and moral values. Having said that, you should pay attention to the fact that it is legal ideology concentrates mainly on the ideological values of law as a whole, separate legal systems and legal families, which means – makes it possible to establish a common and distinctive traits of the different legal systems of our time. It also helps to identify possible risks of conflict of values and establish common legal values that can contribute to the convergence of different legal systems and legal families, past and present.

The study concluded that the main features of the embodiment of the legal ideology in the legal systems of modern liberalism longer reflected in the concepts of conservatism, socialism, as well as the concepts of natural and positive law.

However, as the author notes, the embodiment of the principles of legal ideology in the modern legal systems of more, than can be explained by the concept of natural law. Given the characteristics of natural and legal approach to the understanding of the features of the implementation of legal ideology in the legal system, it should be noted that it is natural law concept found its legal expression in the international legal level in the main international legal acts and through the ratification of the arrangements in some countries continues to penetrate in national legal systems.

Keywords: ideology, social ideology, legal ideology, the concept of legal ideology, legal ideology signs, modern legal system.

Присташ Л.Т.

АПАРАТ УПРАВЛІННЯ ТА СУДІВНИЦТВО ЗА ГЕТЬМАНУВАННЯ БОГДАНА ХМЕЛЬНИЦЬКОГО

УДК 342 «19»

Постановка проблеми. Однією з найважливіших проблем, яка постала в Україні, є здійснення судово-правової реформи, яка забезпечила б переосмислення судового устрою, правового статусу судді, вдосконалення законодавчих засад організації і діяльності органів судової влади, забезпечення її незалежності тощо.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Над даною темою працювали вітчизняні та зарубіжні вчені минулого та сучасності, зокрема такі історики-правники як І. Й. Бойко, М. С. Грушевський, М. М. Кобилецький, В. С. Кульчицький, С. С. Сливка, Б. Й. Тищик, С. М. Мартянова та ін.

Метою даної статті є виявлення генези правового статусу суддів Війська Запорозького козацько-гетьманської доби крізь призму діяльності військових суддів.

Виклад основного матеріалу. Українська національна революція 1648 р. розпочала процес розвитку та зміцнення централістських начал у традиційному укладі влади Запорозької Січі. Виникла потреба у спрощенні структури адміністрування, звільнення його від традиційних умовностей та обмежень. Ця специфіка українського козацького державотворення характеризує загалом політичну систему та інституційну модель українського козацького державного утворення [4, с.282-324].

Важливу роль у структурі політичної влади Війська Запорозького відігравали генеральні старшини. На ієрархічних сходах старшинських урядів найближче до гетьмана стояв генеральний обозний, за ним - генеральний писар, потім - генеральний судя (як правило, було двоє генеральних суддів, хоч нерідко документи фіксували прізвище лише одного урядовця, що дозволяє гіпоте-

тично стверджувати про поширеність і такого одноособового виконання повноважень; у тому ж випадку, коли генеральних суддів було двоє, один з них був «першим», або «старшим», а інший - «другим», тобто нижчим за своїм службовим рангом).

Під час Народно-визвольної війни Військо Запорозьке розглядалося як держава, яка володіла всією повнотою законодавчої, виконавчої та судової влади на належних їй теренах, яка відкривала дуже широкі можливості для місцевого врядування іншим верствам українського народу: міщанам, духівництву, селянам.

На той час на чолі держави стояв гетьман Війська Запорозького, який обирався військовою радою та був підзвітний лише їй. Гетьманові належала уся повнота виконавчої та судової влади. Він також був головнокомандувачем українського війська. Він призначав членів гетьманського уряду, а також глав місцевих урядів - полковників, яким було передано всю повноту виконавчої та судової влади на місцях. До посад військової старшини належали такі:

1) *військовий писар*, який відав діловодством (у тому числі і судовим) Уряду і, зокрема, провадив справи спілкування з урядами іноземних держав;

2) *військовий обозний*, який відав державним скарбом, постачанням війська та підтриманням на належному рівні стану військової арматі;

3) *військовий осавул*, який здійснював нагляд за виконанням постанов уряду на місцях, проводив судові розслідування та приведення до виконання вироків Генерального військового суду, виконував різного роду поліцейські функції, відав збиранням податків, залучався і до виконання дипломатичних місій (військових осавулів було, як правило, двоє);

4) *військовий суддя*, який відав готуванням справ до розгляду військовим судом, главою якого був гетьман;

5) *військовий бунчужний*, який очолював охорону особи гетьмана та гетьманського бунчука, котрий був знаком того, що особа, при якій цей бунчук перебуває, наділена правом наказувати іменем гетьмана.

У другій половині XVII ст. в умовах національно-визвольної боротьби українського народу суд і судочинство у Війську Запо-

розькому були нерозривно пов'язані з усією системою управління. Звільнену територію поділили на 16 округів (полків) - адміністративно-територіальних та військових одиниць. Кожен із таких округів, що за устроєм відповідав певному полку, мав свою форму правління. Обов'язки адміністратора та головного судді покладалися на командира полку - полковника [10, с.78].

Під час війни до війська від полку виставлявся військовий полк відповідної назви.

До складу полкового уряду, який звався полковою старшиною і очолювався полковником, входили:

- 1) полковий осавул;
- 2) полковий писар;
- 3) полковий суддя;
- 4) полковий обозний;

5) полковий хорунжий, який відав охороною полковника та полкової хоругви (тодішнього прапора).

До полкових судових писарів належали міський та підкоморський. Перший виконував обов'язки секретаря в міському чи карному суді, а другий піклувався справами підкоморського суду.

У свою чергу полк поділявся на сотні з метою ще ближчого урядування на місцях. Сотнею керував сотник, обраний козаками та затверджуваний полковником. Помічником сотника був сотенний хорунжий, призначуваний сотником.

Вищий ешелон влади за Б. Хмельницького вже більш пізнього часу становили:

1) загальна (військова, генеральна або «чорна») рада всього Війська Запорозького - *представницький орган*, який обирав вищих посадових осіб і вирішував найважливіші питання політичного та державного життя;

2) старшинська рада, до якої належали представники козацької верхівки, яка виконувала функції *дорадчого органу* при гетьманові (за В. А. Смолієм «старшинська рада перетворилася в головний орган влади» [14]);

3) генеральний уряд на чолі з гетьманом - виконавчий орган з деякими судовими повноваженнями, до складу якого входили: генеральний обозний, генеральний осавул, генеральний бунчужний, генеральний писар, генеральний суддя та ін.

Протягом всього свого існування Військо Запорозьке Гетьманщини змінювалося і розвивалося. Так, з самого початку в ньому утвердилася республіканська форма правління. Проте водночас інтенсивно розвивалась і авторитарна складова, що зумовило утворення у 1657 р. монархічної форми правління, пов'язаної безпосередньо з прагненням передавати у спадок гетьманську булаву.

У складних воєнних умовах державотворення формувалося право козацької України, яке «мало свої джерела в актах гетьманського уряду, Литовському статуті, компіляціях німецького права, звичаєвому праві та у судовій практиці» [2, с. 2301].

Зміни відбувалися і в судовій системі. На місці станово-шляхетської системи земельних городських, підкоморських й доменіальних (панські) судів виросла мережа нових козацьких судів: генерального, полкових та сотенних. Місце ліквідованого доменіального (за винятком монастирського) судівництва займали сільські суди. Незмінним залишалось лише міське судочинство (суд магістрату) [5, с.159-162]. Скасування шляхетських привілеїв потягло за собою припинення чинності польсько-шляхетських судів, натомість було заведено систему козацьких судів, які були в кожній адміністративній одиниці та знаходилися в такому зв'язку й залежності, як і адміністрація цих одиниць. Так, сільський суд був нижчим місцевим судом у селі й підлягав вищій інстанції - суду сотенному; сотенний суд був вищою інстанцією для сільського суду, першою інстанцією у справах, що виникали на території сотні, підлягав суду полковому; суд полковий був першою інстанцією для деяких справ, більш важливих, вищою інстанцією для сотенних судів полку підлягав сам суду генеральному. Генеральний суд був найвищим судом держави; апеляція на генеральний суд ішла до гетьмана як верховного судді держави. У складі судової колегії кожного суду були представники всіх верств населення під проводом начальника відповідної адміністративної одиниці (сільського отамана, сотника, полковника). Особливістю козацьких судів була значна й активна участь у суді населення. Судочинство проводилося усно українською мовою.

У той же час визначилась негативна тенденція поєднання судової й адміністративної влади, що заборонялося Литовським ста-

тутом попередніх часів. Козацьким судам підлягали не лише козаци, а й міщани та селяни, передусім зі справ розбою та вбивств.

І.П. Крип'якевич у дослідженні про Б. Хмельницького до прикладу про судові новачії козацької держави наводить заяву (датована початком 50-х рр. XVII ст.) козацького глухівського сотника Пилипа Уманця (пізніше - впливового лівобережного полковника), яка була одним із свідчень накладання досвіду функціонування старої системи влади на нову модель: «тепер у нас за ласкою Божою... тут у всім краю Сіверському ні воеводи., старости, ані писаря немає. Боже дай, здоров був пан Богдан Хмельницький, гетьман усього Війська Запорозького! А пан полковник у нас тепер за воеводу, а пан сотник за старосту, а отаман городовий за суддю» [8, с. 232].

Військо Запорозьке перебрало на себе функції повноцінного державного організму та внесло принципові зміни у ланці державного управління; розбудовувався новий орган виконавчої влади - Генеральна військова канцелярія.

Генеральна старшина (а вона обиралася радою генеральних старшин, або старшинською радою; в інших випадках їх призначав гетьман) утворювала Генеральну військову канцелярію, діяльність якої забезпечувалась усім необхідним. В документах вона вперше згадується у 1650 р. У ній зосереджувалося усе поточне військове, адміністративне, судове, фінансове управління, складалися універсали тощо.

Гетьман як верховний правитель підпорядковував собі усі суспільні стани- групи козацької України, користуючись правом законодавства, вищої адміністративної та судової влади: для козацтва - в ролі безпосереднього глави, для решти станів — як верховний арбітр. Цю особливість, зокрема, помітив посол Венеціанської республіки Альберт Віміна, який у донесенні до Б. Хмельницького писав наступне: «Можу лише сказати відносно управління, що в містечках існують певні начальники (Consoli), які чинять суд у справах цивільних і накладають легкі кримінальні кари, бо рішення важливих справ належить гетьманові, через що мені здається, що він — справжній володар (Despota)» [3, с.196].

Систему судових органів очолював гетьман, якому належала вища судова влада. Гетьман затверджував вироки (рішення) Генерального та полкового судів у найважливіших справах, особливо вироки до смертної кари. Гетьману подавали скарги на рішення всіх судів, перевірку яких він проводив вибірково, посилаючи представників старшини на місце для розгляду справ по суті. Роль вищих судових органів виконувала також старшинська рада. Полкові та сотенні суди розповсюджували свою юрисдикцію не тільки на справи всього козацтва, а й на все населення, яке проживало на їхній території.

Державний апарат очолював гетьман, який скликав ради і відігравав важливу роль у прийнятті рішень та контролював їх наступне виконання. Він же очолював адміністрацію, відав фінансами, керував військом і дипломатичними стосунками з іноземними країнами. Разом з тим відсутність зафіксованих у правових актах повноважень ради й гетьмана обумовила появу двох тенденцій: перетворення держави в олігархічну республіку чи встановлення монархічної влади в особі спадкоємного гетьманату [13].

Гетьман Б. Хмельницький, маючи необмежену владу, зосередив у своїх руках найважливішу прерогативу Загальної ради - обрання старшини. Генеральна рада за гетьманування Б. Хмельницького з 1649 р. майже не збиралася, спотерігалося також згортання і діяльності полкових рад. Водночас, все більшого значення набуває посада гетьмана, в руках якого зосереджувалися вища законодавча, виконавча і судова влада. Зростала роль і козацької старшини [9, с. 82-83].

Визвольна війна 1648-1654 рр. призвела до певного поділу Війська Запорозького: залишалася існувати Запорозька Січ зі своїм сталим укладом (кошем, керівництвом, курінями, паланками тощо) та утворювалась Гетьманщина, де військово-адміністративне самоврядування і полково- сотенний устрій посідали провідне місце, а осідок гетьмана визначав певну столицю Війська Запорозького, територія якого значно перейшла за традиційні межі земель, підвладних Запорозькій Січі. З того часу Військо Запорозьке Запорозької Січі отримує назву «Військо Запорозьке Низове» (навіть Започатковуються з часом і оновлені атрибути,

зокрема, печатка Війська Запорозького Низового, на якій значилося «ПЕЧАТЬ СЛАВНОГО ВОЙСКА ЗАПОРОЖСКОГО НИЗОВОГО»).

У суспільно-політичному устрої за існування Запорозької Січі або Війська Низового та Гетьманщини у часи Б. Хмельницького, як зазначає І.М. Паньонко, спостерігалися суттєві розбіжності: «Військо відстоювало суто демократичний устрій, дотримувалось виключно козацького звичаєвого права, Гетьманщина ж почала це право поєднувати із шляхетським ладом і писаним правом, яке існувало на її землях до 1648 р.» [12, с. 72]. А такий стан зрозуміло, не міг не впливати на діяльність, функції та, врешті-решт, правовий статус суддів як Війська Запорозького Низового, так і Гетьманщини.

Про військових суддів доби Б. Хмельницького та їх правовий статус є небагато спеціальних розвідок чи ґрунтовних досліджень. Наприклад, М. С. Грушевський у своїй багатотомній «Історії України-Руси» пише лише про трьох - Самійла Богдановича-Зарудного, Федора Лободу та Антіна Ждановича (це спостерегаємо, зокрема, у покажчику осіб, який склали за працею М. Грушевського його співробітники К. Лазаревська та С. Шамрай) [1, с. 1559, с. 1564]. Про цих же суддів є дані у «Реєстрі Війська Запорозького 1649 року», у дослідженнях Д.І Яворницького [14], Крип'якевича [8], В. Лукомського [11], Т.Г. Яковлевої [15], а також у фундаментальній праці В.В Кривошеї про історію українського козацтва - «Генеалогія українського козацтва» [7].

Однак, за результатами дослідження на підставі численних документів нами було встановлено той факт, що за час діяльності уряду Б. Хмельницького було дев'ять військових (генеральних) суддів, які були представниками десяти родин. Переважно це були вихідці з корінних козацьких полків зі значним досвідом попереднього перебування у козацькому середовищі на керівних посадах.

Вивчення правового статусу військової старшини Війська Запорозького, у тому числі і військових, полкових суддів за гетьмана Б. Хмельницького дає чимало підстав стверджувати, що він базувався не тільки на авторитеті бойової звитяги, а й на певному соціальному та майновому цензі.

Саме ця обставина сприяла (разом із прихильністю гетьмана) тому, що представники полкової старшини зростали до вищої козацької ієрархії і за Б. Хмельницького, і за його наступника Ю. Хмельницького та, загалом, і за інших гетьманів.

На підставі Зборівської угоди 1649 р. було складено Реєстр Війська Запорозького. За цим списком загальна кількість Війська Запорозького визначалася у 40 тис. козаків, які входили до 16 полків. Аналіз складу полків Війська Запорозького 1649 р. засвідчує те, що переважна більшість козацької старшини, яка обіймала посади полкового чи військового суддів, була не з «сіроми» - рядового козацтва, а мала і знатне походження, і відповідні статки, і впливові зв'язки, що сприяло їх просуванню по службі. Для підтвердження цієї тези наведемо декілька прикладів.

У списках Білоцерківського полку згадується Семен Половець, виходець з старовинного покозаченого князівського роду, у 1653-1654 рр. та 1655-1656 рр. був полковником Білоцерківського полку, у 1669-1671 рр. – військовим суддею в уряді гетьмана П. Дорошенка (дочка С. Половця була першою дружиною від 1668 р. майбутнього гетьмана І. Мазепи) [6, с. 38].

У списках Канівського полку згадується Михайло Радкевич, який став військовим суддею в уряді гетьмана Ю. Хмельницького (1660-1662 рр.) та військовим обозним в уряді гетьмана П.Тетері (1663-1665 рр.) [6, с.38].

У списках Корсунського полку названо полковим писарем Івана Демковича-Креховецького (колишній військовий писар уряду гетьмана Б. Хмельницького у 1648-1649 рр.), який з часом став полковим писарем Корсунського полку (1649-1656 рр.), полковником Ніжинського полку(1656 р.), полковником Корсунського полку (1657 р., 1658-1659 рр.), військовим осавулом в уряді гетьмана І. Виговського (1659 р.), військовим суддею в уряді гетьмана П. Тетері (1663-1665 рр.), а також полковим суддею Матяша Онацького, який в уряді гетьмана Б. Хмельницького був військовим суддею у 1649-1651 рр. [6, с.49].

До списку Прилуцького полку внесено ім'я Івана Домонтовича, який пройшов шлях від сотника до військового судді (полковий суддя Чернігівського полку у 1662-1667 рр., городовий

отаман Чернігова у 1667-1672 рр., військовий суддя в уряді І. Самойловича у 1672-1681 рр.) [6, с.81].

Аналіз правового статусу військових суддів за гетьманування Б. Хмельницького у 1648-1657 рр. свідчить про те, що він мав достатньо високий рівень та мав глибокий зміст, нормативно визначений можливостями поведінки судді за козацьким звичаєвим правом та багатьма іншими функціями, до виконання яких їх спонукали політичні обставини та необхідність.

Військовими суддями були непересічні особистості, видатні державні та військові діячі, зокрема С. Богданович-Зарудний, Ф. Лобода та А. Жданович, які своєю діяльністю сприяли зміцненню Війська Запорозького, Української козацької держави, піднесенню ролі українського вождя - гетьмана Б. Хмельницького. Ці особи мали заслужений авторитет серед козацького війська, генеральної старшини, гетьмана (інакше не були б роками на посадах військових старшин, зокрема, на посаді військового судді); належним чином користувалися наданими їм правами та мали достатній майновий статус (цей сюжет розглядатиметься у окремому розділі).

Хоча судочинство у Війську Запорозькому ґрунтувалося на давніх козацьких звичаях, військові, генеральні судді не обмежувалися виконанням лише своїх прямих функціональних обов'язків. Вони очолювали посольства зарубіжних держав; брали активну участь у військових операціях, сприяючи зміцненню козацької держави у борні з іноземними загарбниками і виконанню рішучих правозабезпечуючих функцій у налагодженні виконавчої влади на місцях.

Стає зрозумілим думка М.С. Грушевського про те, що характеризуючи Гетьманщину часів Б. Хмельницького, як «штабовий характер свого осередку», «вона й поїхала з ним у свою державну путь мало що його удосконаливши. Полковники зістались полковниками, прилучивши до того виморочні функції старостів - і то старостів не судових, кажучи польською термінологією, котрі на козацькій території майже не існували (тільки в Чернігівщині, від кінця 1630-х років) - а старостів-державців, з перевагою функцій поміщицьких над адміністраційними. Гетьманський осередок

майже не виліз з функцій штабу армії. Інші верстви зістались не зв'язані конструкційно з козацьким устроєм як військовим; не утворено для того ні організаційних зв'язків, ні спеціальних органів. Вони не чули над собою опіки Української держави як такої; вони уставляли відносини до Гетьманщини як війська. Відти такі шпари в державній організації України, в які почав залазити московський централізм і так скоро її розруйнував» [1, с.1503-1504].

Б. Хмельницький і його козацька старшина вважали, що союз з Москвою був тимчасовим, тобто на час війни, а не віковичною унією. Коли ж в Переяславі козаки побачили, що московський уряд бажає зробити Україну своєю провінцією, то Б. Хмельницький звернувся до царських послів і зажадав, щоб вони присягли царським іменем, що Україна залишиться «при давніх правах». Посли відмовились це зробити, бо, мовляв, «у московським государстві присягають піддані, а тому, щоб царь присягав - не бувало ніколи й не буде».

Отже, у структурі політичної влади Війська Запорозького важливу роль відігравали генеральні старшини. У формуванні української козацької держави до генерального уряду разом з генеральним обозним, генеральним осавулом, генеральним хорунжим, генеральним бунчужним, генеральним писарем, генеральним підскарбієм входив генеральний суддя.

Генеральний суддя очолював вищий судовий орган - апеляційну істанцію для полкових та сотенних судів. Дослідники припускають, що саме посада генерального судді була другою після гетьмана. Та й майновий статус генерального судді був настільки високим, що дійсно відповідав титулу «вельможа», який носили усі генеральні старшини.

Висновки. Одним із найважливіших інститутів козацької адміністрації стало судочинство. Його норми запорожці ретельно охороняли і передавали з покоління в покоління.

За часів гетьманування Б. Хмельницького роль судді у Війську Запорозькому була піднесена до такого рівня, що все, що стосувалося судді та його діяльності, мало державницький характер, беззаперечний вплив на козацьку спільноту.

В роки Народно-визвольної війни було здійснено спробу відокремити судові органи від адміністративних, але повністю

провести розподіл влади тоді не вдалося. Органи адміністративно-територіального управління продовжували виконувати судові функції.

Правовий статус суддів Війська Запорозького за Гетьманщини характеризувався зростанням їх повноважень.

1. Грушевський М.С. *Історія України – Руси: В 11 т., 12 кн. /М.С. Грушевський // Редкол.: П.С. Сохань (голова) та ін. – Т.9. – Кн.: Наук. думка, 1997. – 776 с.*
2. *Енциклопедія українознавства. Словникова частина. У 12 т. / Гол. ред. В. Кубійович // Перевидання в Україні. – Львів: Наукове товариство імені Шевченка у Львові, 1996. – Т.6.*
3. *Історія України в документах і матеріалах. Т.ІІІ. Визвольна боротьба українського народу проти гніту шляхетської Польщі і приєднання України до Росії (1569-1654 рр.). – К.: Вид-во Академії наук УРСР, 1941. – 292 с.*
4. *Історія українського козацтва: нариси: У 2 т./Редкол.: В. А. Смолій (відп.ред.)та ін. – К.: Вид. дім «Києво-Могилянська академія», 2006.- Т.1.-800 с.*
5. *Кобилецький М. Магдебурзьке право в Гетьманщині / М. Кобилецький // Підприємництво, господарство і право. – 2007. - № 12. – С. 159-162.*
6. *Коваленко С. Опис козацтвої України 1649-го року: Довідник / с. Коваленко, О. Пугач. – К.: Вид. центр «Просвіта», 2004. – 152 с.*
7. *Кривошея В.В. Генеалогія українського козацтва: нариси історії козацьких полків / В.В. Кривошея; НАН України, Ін-т політ. і етнонац. дослідж., Ін-т української археографії та джерелознавства ім. М.С. Грушевського, Музей гетьманства. – Вид. 2-ге, доп. – К.: Стіло, 2004. – 392 с.*
8. *Крип'якевич І. Богдан Хмельницький. К.: Видавництво АН УРСР, 1954. – 535 с.*
9. *Крип'якевич І. Студії над державою Богдана Хмельницького / І. Крип'якевич // Записки НТШ. – Львів, 1931. – Т. СІІ. – С. 111-150.*
10. *Кузьминець О. В. Історія держави і права України / О. В. Кузьминець, В. С. Калиновський, П. А. Дігтяр. – К.: Україна, 2000. – 429 с.*
11. *Лукомський В. Модзалевський В. Малоросійський гербовник / В. Лукомський. – К.: Либідь, 1993. – 300 с.*
12. *Паньонко І.М. Система органів управління Запорізької Січі: монографія / І.М. Паньонко. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2006. – 144 с.*

13. *Смолій В. Українська державна ідея XVII-XVIII століть: проблеми формування, еволюції, реалізації / В. Смолій, В. Степанков. – К.: «Альтернативи», 1997. – 367 с.*

14. *Яворницький Д. І. Історія запорізьких козаків. У 3 т. / Д.І. Яворницький // пер. З рос. І.І. Сварника; Упоряд. Іл. О. А. Апанович; Худож. В. М. Дозорець. – Львів: Світ, 1990. – Т. 1. – 319 с.*

Присташ Л. Т. Апарат управління та судівництво за гетьманування Богдана Хмельницького.

У науковій статті висвітлено правовий статус суддів Війська Запорозького за гетьманування Богдана Хмельницького.

Ключові слова: козацька адміністрація, адміністративно-територіальний поділ, суд, судочинство, судді, полково-сотенна організація, військово-адміністративне самоврядування, Генеральний суд, козацькі суди.

Присташ Л. Т. Апарат управления и судочинство в период гетьмана Богдана Хмельницького.

В научной статье освещено правовой статус судей Войска Запорожского в период гетьмана Богдана Хмельницького.

Ключевые слова: козацкая администрация, административно-территориальное устройство, суд, судочинство, судьи, полково-сотенная организация, военно-административное самоуправление, Генеральный суд, козацкие суды.

Присташ Л. Т. Апарат управління та судівництво за гетьманування Богдана Хмельницького.

У науковій статті висвітлено правовий статус суддів Війська Запорозького за гетьманування Богдана Хмельницького.

Ключові слова: козацька адміністрація, адміністративно-територіальний поділ, суд, судочинство, судді, полково-сотенна організація, військово-адміністративне самоврядування, Генеральний суд, козацькі суди.

Присташ Л. Т. Апарат управления и судочинство в период гетьмана Богдана Хмельницького.

В научной статье освещено правовой статус судей Войска Запорожского в период гетьмана Богдана Хмельницького.

Ключевые слова: козацкая администрация, административно-территориальное устройство, суд, судочинство, судьи, полково-сотенная организация, военно-административное самоуправление, Генеральный суд, козацкие суды.

ФОРМУВАННЯ НАРОДОВЛАДНИХ ТРАДИЦІЙ ДЕРЖАВНО-ПРАВОВОГО УСТРОЮ США ТА УКРАЇНИ: ІСТОРИЧНІ ПАРАЛЕЛІ

УДК 321.01

Ми воюємо і чекаємо коли святий Миколай-Чудотворець звернеться до Господа і справдиться пророцтво генія української нації, яка повинна колись таки діждатися і свого Вашингтона. Тому, з приходом до влади кожного нового президента України, нація уважно вдивляється із надією сподівається чи не послали небеса нам в Україну свого Вашингтона за згадку про якого американський Конгрес прийняв рішення ще у 1961 році спорудити пам'ятник Тарасові Шевченкові у столиці США. То хто ж такий цей Вашингтон, яким так захоплювався поет і якого, за його пророцтвом, чекає наша нація уже більше двохсот років.

Слова Тараса Шевченка про «новий і праведний закон Вашингтона» широко відомі і часто цитовані філологами, політологами і юристами України та представниками української діаспори цілого світу, які чекають можливості відвідати або повернутися в Україну де уже «врага не буде супостата» [1, с. 36].

Юристів України і сьогодні турбує питання в «чому ж суть «нового і праведного закону Вашингтона» і чому Т. Шевченко взяв за зразок і приклад для України-колонії Російської та Австро-Угорської імперій – далеку і мало відому в Україні того часу Америку, а не Європу.

Так, у поемі «Юродивий» поет, висловлюючи ідеал державного ладу для України, писав: «... коли

Ми діждемося Вашингтона

З новим і праведним законом?

А діждемось таки колись!» [2, с. 594]

Викладаючи у поемі мрії всього українського народу, Т. Шевченко уже знав, що Д. Вашингтон визволив Північну Америку від колоніальної залежності Англії, запровадив на звільнених землях

республіканський лад і ухваливши Конституцію, став першим президентом Сполучених Штатів Америки.

Новий закон Вашингтона – це не тільки державна самостійність штатів, але це і новий державно-політичний устрій, республіканська форма держави зі справедливим народним устроєм.

Американська національно-визвольна революція наприкінці XVIII століття висунула на політичну арену багатьох здібних провідників молодого нації, яким американський народ присвоїв почесне звання – батьків-засновників республіки. Зіркою першої величини серед найбільших світить ім'я Джорджа Вашингтона. Він, звичайно, не був універсальним всезнаючим політиком, економістом і фінансистом Америки. Однак, як практичний військовий і політичний лідер Д. Вашингтон переріс своїх соратників на голову і тому не дивно, що вони схилилися перед його авторитетом, адже навіть елементи критики на його адресу він умів використати та спрямувати у конструктивне русло. Поряд з ним виросла блискучий економіст і фінансист А. Гамільтон, політолог-аналітик із оригінальним філософським мисленням, укладач Декларації незалежності, провідний юрист та головний архітектор американської Конституції – Т. Джеферсон [3, с. 521].

Унікальне місце Д. Вашингтона в американській історії зумовлене його заслугами перед нацією та державою у найскладніший період її генези, формування та трансформації. Як головнокомандувач збройних сил він відстояв незалежність колоній від метрополії, як голова Конституційної конвенції організував та забезпечив підготовку, обговорення, ухвалення і ратифікацію Конституції, а як перший президент США довів на практиці життєздатність республіканського уряду.

Д. Вашингтон належав до історичних постатей які змінюють курс світової історії. Перефразовуючи слова Івана Франка ми з упевненістю можемо сказати що печать його духу відбилася на історії Америки і всього людства [4, с. 8 – 9].

Якими були перші кроки Д. Вашингтона у формуванні на територіях і землях колонії Великобританії нової держави? Як йому і його прихильникам вдалося перебороти опір Британської королівської армії та цивільних прибічників імперії?

Відповідь на ці запитання можна отримати в історії держави і права США де розписані і хід бойових дій та напрямки походів військ Д. Вашингтона, і результати вдалих і невдалих битв. Однак, особиста участь самого провідника майбутньої держави часто не підкреслюється істориками держави через неглибоке знання біографії, історичних та політичних умов того часу, військової стратегії і тактики, психології та індивідуальних рис характеру самого Д. Вашингтона.

Проведений нами аналіз документальних джерел та літератури дозволив накреслити військово-політичний портрет лідера нації яка звільнилася від колоніальної залежності. Такі риси характеру не зайві були б і нашим військовим і політичним керівникам України, що як і США веде відкриту антиколоніальну війну за самостійність і суверенність та як ніколи сьогодні потребує «Вашингтона».

За час своєї політичної кар'єри на початку Семилітньої війни 1756 – 1763 р. Д. Вашингтон отримав звання полковника командував військами Вірджинії, а у 1775 р. Конгрес одногolosно обрав Д. Вашингтона головнокомандувачем американської армії, яка під його керівництвом перемогла у війні за незалежність Північної Америки.

Як президент США Д. Вашингтон виступав за поступову законодавчу відміну рабства, категорично відмовився від встановлення монархії у США, заснував двопартійну систему і вперше сформулював доктрину ізоляціонізму яка передбачала, що Сполучені Штати не повинні брати участь у військових союзах та війнах європейських країн. Важливим здобутком американської демократії став прецедент відмови Д. Вашингтона від висунення його кандидатури на третій термін перебування при владі, що і стало догмою для майбутніх президентів США – перебування у Білому Домі не більше двох термінів [5, с. 313].

Сам полководець мав, за твердженням його біографів, майже магічний вплив на своє військо яке бачило постать свого командира огрядну і спокійну на білому коні, що вселяло спокій і впевненість у надійній команді. Наслідуючи великих воєнних полководців таких як Олександр Македонський, Ганнібал, князь

Святослав й інших, які своїм стилем життя не відрізнялися від воїнів, Д. Вашингтон завоював великий авторитет серед рядових вояків, а змова старшин про його заміну генералом Лі викликала велике незадоволення як в армії так і серед широких верств населення і була швидко ліквідована.

Приймаючи стратегічні чи тактичні рішення, він довго обдумував і вивчав усі аргументи, однак, прийнявши його послідовно, вперто доводив до логічного завершення.

Д. Вашингтон у ході війни навіть до явних ворогів, які стояли на позиціях збереження колоніальної залежності від Великобританії і були якими противниками незалежності Америки виявляв велику терпимість, лояльність і толерантність чим убезпечив себе від внутрішнього фронту громадянської війни [3, с. 535].

Замість традиційного гасла революціонерів – «хто не з нами – той проти нас», – Д. Вашингтон висунув новий лозунг – «хто не з нами – той ще може бути з нами», а за переконання, на його думку, не можна нікого карати якщо особа не чинить реального опору. Каральні репресії він замінив активною пропагандою та переконанням, чим досягнув значних успіхів [6, с. 104 – 105].

У час підготовки та обговорення нової конституції Д. Вашингтон уміло лавірував між прихильниками концепції федералізму та антифедералістами. Погоджуючись із федералістами, він не брав участі у дебатах на пленумі Конгресу а виконував роль модератора, який заспокоював запальні дискусії і згладжував гострі кути. Д. Вашингтон діяв за кулісами виступаючи на неформальних товариських вечірках, переконував суперників-конфедератів особисто чим добився значних позитивних результатів.

Тому нова Конституція як результат компромісу, хоч і не відповідала повністю сподіванням та концепції федералістів, була підставою для суттєвого рішення – проголошення об'єднаної федеративної держави із сильною виконавчою владою зосередженою в руках президента [7, с. 472].

Представники більшості штатів ратифікували Конституцію яка не допускала зловживання владою. Для реалізації устоїв Конституції Д. Вашингтону необхідно було сформувати дієздатний уряд, про що ні у законах ні в Конституції не було жодних вказі-

вок. Однак, він не пішов шляхом найменшого опору і не створив уряд виключно зі своїх прихильників які б слухняно виконували його вказівки та розпорядження.

Д. Вашингтон, не зважаючи навіть на протилежність поглядів та концепцій, відібрав на посади міністрів найпідготованіших, найерудованіших фахівців у кожній галузі. Працювати з ними було нелегко, але результати були позитивні і спрямовані на далеку перспективу. Так у першому кабінеті міністром фінансів був Александр Гамільтон, міністром закордонних справ – Томас Джефферсон, міністром оборони – Генрі Нокс, головою федерального Суду – Джон Джей, а на пост віцепрезидента вибрав свого ярого політичного противника, сильну індивідуальність – Джона Адамса.

Молодий уряд при сприянні та підтримці Д. Вашингтона розробив перший фінансово-економічний план і створив Банк США – приватну корпорацію під контролем уряду, що викликало опір противників створення банку які твердили, що Конституція не передбачає творення урядом корпорацій, але А. Гамільтон у листі-записці виклав теорію іманентних прав уряду яка розширено ставила перед урядом завдання фінансової стабільності, що зобов'язувало уряд, на думку А. Гамільтона, вжити відповідних заходів.

Стосовно зовнішньої політики молодій державі то Д. Вашингтон твердо дотримувався політики невтручання у збройні конфлікти що дало змогу значно зміцнити економіку США [8, с. 172 – 173].

Таким чином, історія США після прийняття Конституції 1787 року – це реалізація засад прийнятих у формотворчому періоді американської республіки. Під розумним і мудрим керівництвом Д. Вашингтона, підтримані ним великі особистості такі як А. Гамільтон, Т. Джефферсон, брати Д. С. Адамси, Б. Франклін та інші витворили те, що Т. Шевченко назвав «новим і праведним законом» побудованим на засадах демократизму, федералізму, принципі свободи людини та рівності [9, с. 31].

Третій президент США – юрист, філософ і дипломат соратник Д. Вашингтона, а часто, і його опонент, якого цінував і пова-

жав Д. Вашингтон ревно відстоював ідеї народного суверенітету, республіканізму, демократії, свободи, рівності й братства. Політичне кредо Т. Джеферсона вибите золотом на його меморіалі у Вашингтоні: «Я дав клятву на Божому вівтарі бути вічним ворогом будь-якої тиранії над розумом людини» [10, с. 172].

Політичним ідеалом Т. Джеферсона була демократична республіка заснована на принципах народовладдя, урівноваження і розмежування влади вільного розвитку дрібновласницького фермерського господарства.

Демократизм суспільства і народовладдя в громадах формувався у переселенців на континент Північної Америки із самого початку їх перебування. Перші англійські колоністи, що прибули до Америки застали тут тільки землю та природні ресурси, які необхідно було освоювати і обробляти власною працею, що давало кожному з них рівні стартові можливості і свободу у Новому світі, якої вони шукали за океаном втікаючи з Європи від економічних злиднів, політичних обмежень та релігійних переслідувань [11, с. 347, 349].

Така ж суспільно-економічна та політико-правова ситуація виникла у XVI-XVII ст. і в Україні, коли українське селянство втікаючи від національного, релігійного та економічного визиску та гніту, масово почало переселятися на вільні землі Запоріжжя, формуючи народовладні устої та розвиваючи вільне фермерське господарство з вільною робочою силою.

І американські і українські переселенці творили новий суспільний лад, що базувався не на станових привілеях, а на достоїнстві, праці та звитязі кожного колоніста чи козака. Принципово подібним до молодій державі американських колоністів є і устрій Запорізької Січі з її демократизмом та вольницею [12, с. 82]. Козацька революція – національно-визвольна війна під проводом Б. Хмельницького висунула аналогічні до Американської революції ідеї – ідею народовладдя і незалежності України, свободи і обмеження станових привілеїв. І лише «союз» із Росією різко припинив демократизацію українського суспільства, зруйнувавши формування вільного суспільно-політичного устрою [13, с. 67].

Демократизм управління сприяв розвитку та збагаченню великих фермерських «козацьких» господарств подібних до аме-

риканських, що бентежило і дратувало російських імператорів і феодалну верхівку, яка прагнула до закріпачення українського козацького стану та знищення всіх устоїв народовладдя і демократії які були у «первочинах другої української держави війська Запорізького. Колиска її – Січ – це держава-«поліс» українського степового стилю. Вона, на думку М. Шлемкевича, відповідала вимогам Аристотеля: – деякої господарської самовистарчальности і проглядности справ» [14, с. 20]. Основним типом землеволодіння був хутір до якого належали луки, сіножаті, орна земля, ставки, пасіки. Крім землеробства і тваринництва на хуторах займалися різноманітними промислами. Працювали на хуторах самі власники, члени їхніх сімей а також наймані робітні люди, переважно селяни.

Приватна власність на засоби виробництва і вільнонаймана робоча сила у фермерських господарствах-хуторах, родючі ґрунти і природні багатства давали значні доходи і збагачували козаків. У петиції до вищого законодавчого органу країни курінний гетьман Станіслав Конецпольський ще на початку 1638 р. заявляв, що козаки володіють «такими багатствами і маєтностями, з яких мали б задарма служити королю» [15, с. 91]. Право на землю у запорізького козацтва ідентичне як і у американських колоніях засвідчувалась переважно самим фактом володіння нею впродовж тривалого часу без документального оформлення в державних установах, тому документальних даних збереглося надзвичайно мало. Генеза козацького землеволодіння тісно пов'язана з трудовою колонізацією південного прикордоння, а право на володіння землею опиралося на вікові традиції і лише з часом фіксувалася юридичними актами.

Таким чином, водночас із політичною демократією в Україні бурхливо зростала господарська і культурна демократія. Господарський уклад Січової держави нагадував своєрідну кооперативну республіку, а громадські об'єднання стали новим зразком кооперативних підприємств, що у майбутньому стануть прообразом хліборобських артілей і різноманітних кооперативних організацій [14, с. 20]. Виборність гетьмана, його права і повноваження, демократизм в управлінні державою, був подібний до американ-

ського зразка про що М. Шлемкевич чітко зазначає, що «в американському президентові бачимо виборного провідника ..., який зживається в З'єдинених Державах Північної Америки з найщирішою демократією» [14, с. 46].

З метою регламентувати діяльність гетьманів які, «наслідуючи деспотичне московське управління, зухвало намагалися привласнити собі необмежену владу «не соромлячись нехтувати давніми законами і вольностями Війська Запорозького», Пилип Орлик у редагованих ним «Пактах і конституціях ...» наголошує, що у нашій батьківщині першість повинна належати Генеральній старшині, а знатні представники всіх полків і паланок входять до публічної ради без спільного рішення яких «нічого не повинно ні починатися, ні вирішуватися, ні здійснюватися» [16, с. 193].

Таке конституювання державного управління в Україні П. Орликом було відповіддю на загравання І. Мазепи, а згодом і деяких інших гетьманів із російським царизмом, спрямоване на збереження автономних прав України, що таїло у собі серйозну небезпеку «оксамитової» інтеграції Української держави до складу Російської імперії і перетворення її у перспективі на провінції чи колонію останньої.

Розглядаючи причини ліквідації Запорізької Січі Катериною II, історики часто не називають головну, яка прихована у параграфі і артикулах Маніфесту про ліквідацію Січі де вона змушена була визнати, що козаки завели у себе «власне хліборобство, в чому й досягли багато успіхів, бо селян які займаються хліборобством, нараховується тепер на місцях колишнього запорізького володіння до 50.000 душ». Однак це була лише передумова до знищення Січі, а головна причина – боязнь утворення окремої області, адже вільне землеробство «розривало саму основу залежності від царського престолу і готувало умови для створення області цілком незалежної із своїм власним несамовитим управлінням» [15, с. 215]. Так характеризується царицею народовладний устрій і демократизм управління Січі і об'єктивно названий класиком марксизму – християнською демократичною республікою, економічний базис якої ґрунтувався на вільнонайманій, при чому, достатньо оплачуваній праці козаків що не залежала від результатів збору урожаїв.

Уже з початку XVIII ст. в українсько–російських стосунках чітко окреслилась тенденція уніфікації національних державних норм і порядків з російським зразком і насильницької інтеграції українських земель до складу імперії що привело до повного нівелювання української державності. Поряд з цим протиріччя між політичними вимогами старшини і соціальними вимогами народних мас виснажили сили народу і сприяли перемозі наприкінці XVIII ст. охлократичних цінностей притаманних російському царизму над традиційним українським демократизмом у політичній сфері що і привело у кінцевому підсумку Україну до трагічної розв'язки.

Сьогодні ми лише навчаємось демократії і тому мусимо увібрати в себе багато чого з духу і порядків попередніх українських держав з яких ми і постали сьогодні. Порівнюючи нашу державу зі Сполученими Штатами Америки, ми мусимо визнати, що у нас як і в них не було династій, національної шляхти, відсутні традиції старого мілітаристського війська і нема церкви політично визнаної, як її визнавали старі держави передусім абсолютистські, царські, теократичні і вже тому наша оновлена Українська держава повинна бути демократичною республікою, адже «демократія і свобода, і навіть далеко йдуча участь усього народу у виконанні керівної власті, – наголошував духівник української нації митрополит Андрей Шептицький, – може йому забезпечити мир добробут і щастя». Однак, перебільшення свободи без поваги до основних законів якими керується суспільство, – твердить у своїй праці «Як будувати власну хату?» А. Шептицький, – приведе націю до анархії, а слідом за нею прийде «неволя, нужда і руїни» [17, с. 44]. Цей висновок зроблений пастирем греко-католицької церкви ще у 1941 році залишається актуальним для України та її провідників і у 21 столітті.

Незаперечним фактом сьогодення є антиколоніальна, національно-визвольна війна яку веде Україна проти Російської імперії у XXI столітті. Україна і сьогодні боронить свою національну свободу і незалежність, а стійкість українського народу в цій боротьбі є запорукою того, що пророцтво Т. Шевченка здійсниться і Україна таки діждеться свого Вашингтона.

1. Голянич М. Ю. Прогностичні ідеї Тараса Шевченка // Прикарпатський вісник НТШ Думка. – Івано-Франківськ, 2008. №3. – С. 29 – 43.
2. Шевченко Т. Г. Кобзар / Вступ. ст. та примітки Р. Полонського. – Харків-Шевченкове «Майдан» – «Ярина», 1996. – С.594.
3. Всемирная история в десяти томах. Издательство социально-экономической литературы. – М., 1958. Т. V. – С. 521.
4. Возняк Є. М. Антропонаціонізм філософського світогляду І. Франка // Прикарпатський вісник НТШ Думка. – Івано-Франківськ, 2008. №3. – С.8–9.
5. Юридична енциклопедія : в 6 томах. – Т. 1. : А – Г // ред. кол. Ю. С. Шемшученко та ін. – К. : Українська енциклопедія, 1998. – 672 с.
6. Шульженко Ф. П., Андрусак Т. Г. Історія політичних і правових вчень. – Київ Юрінком Інтер., 1999. – 300 с.
7. Глинявий В. П. Історія держави і права зарубіжних країн: Навчальний посібник / 7-ме вид. – К: Істина, 2012. – 768 с.
8. Кузьминець О. В., Дурнов Є. С., Сокур Ю. В. Історія держави і права зарубіжних країн. Навчальний посібник. – Київ: Гранма, 2012. – 240 с.
9. Макаровський І. П. Політичні етюди / Монографія /. – Івано-Франківськ: ТПОВІД, 2003. – 273 с.
10. Юридична енциклопедія : в 6 томах. – Т. 2. : Д – Й // ред. кол. Ю. С. Шемшученко та ін. – К. : Українська енциклопедія, 1998. – 742 с.
11. Історія світової цивілізації: Соціокультурний розвиток людства. Навчальний посібник. Вид. 2-ге стереотип. / Відп. ред. та автор вст. слова С. Кримський. – К.: Либідь, 1999. – 360 с.
12. Засипко М. Державотворчі процеси в Україні в період національно-визвольної війни українського народу середини XVII ст. // Еврика – Х. Збірник студентських наукових праць. – Івано-Франківськ : Видавництво ЦІТ ПНУ ім. В. Стефаника, 2009. – С. 81 – 83 .
13. Грушевський М. Хто такі українці і чого вони хочуть. – Київ : Товариство Знання України, 1991. – 240 с.
14. Шлемкевич М. Українська синтеза чи українська громадянська війна. – Бломберг-Лінпе, 1949. – 63 с.
15. Хрестоматія з історії держави і права України. Том 1. Навчальний посібник для юридичних вищих навчальних закладів і факультетів. : У 2 томах. – К. : ІнЮрс, 1997. – 464 с.
16. Історія українського козацтва. Нариси у двох томах. Том перший. – К. : Видавничий дім «Києво-Могилянська академія», 2006. – Т. 1. – 800 с.

17. Козовик І. *Філософсько-релігійний ідеал Української держави у концепції Андрія Шептицького // Спадщина митрополита Андрія Шептицького в національному й духовному відродженні України. – Івано-Франківськ : «Плай», 2000. – 158 с.*

Сворак С.Д. Формування народовладних традицій державно-правового устрою США та України: історичні паралелі.

Характеризуються особливості американської національно-визвольної революції та роль провідних політичних лідерів, а головню, Д. Вашингтона у підготовці та прийнятті Конституції США. Проводяться історичні паралелі із процесом формування народовладних устоїв в українському суспільстві XVII – XVIII ст.

Ключові слова: демократизм, народовладдя, революція, конституція США, перший президент Америки.

Сворак С.Д. Формирование народовластных традиций государственного-правового строя США и Украины: исторические параллели.

Характеризуются особенности американской национально-освободительной революции и роль ведущих политических лидеров, а главное, Д. Вашингтона в подготовке и принятии Конституции США. Проводятся исторические параллели с процессом формирования народовластных устоев в украинском обществе XVII – XVIII в.

Ключевые слова: демократизм, народовластие, революция, конституция США, первый президент Америки.

Svorak S.D. Formation of democratic traditions of the state and legal system in the USA and Ukraine: historical parallels.

In this article such notions as: historical and political conditions of the democratic foundations in the USA, features and sources of democracy, the role of a person in the history of the country, determinative place of the leader of the nation in the critical historical period of America are analysed. At the same time historical parallels of conditions and characteristics of the formation of state and legal system of Ukrainian Cossacks (who were colonists and migrants on Zaporizhzhya land) are conducted. Mainly it was assimilated to geopolitical features of migration, living conditions, political system and self-determined nature of the "farmer-Cossack", who didn't accept political authoritarianism of the king or the emperor. The base of this democratic system was the private property of the means of production and the land, free lance hireling and the absolute lack of serfate.

It is approved that in our country as well as in the USA there were not dynasties, national gentry, and politically allowed church . The initial conditions in both nations were very similar, but the main reason in abolishment of Ukrainian democracy was that Ukraine bounded with European and Asian empires, unlike the United States. It mainly caused new totalitarian, imperial, monarchic type of administration. Therefore, new political elite of Ukraine should pay attention to the historical experience of the Ukrainian nation and explore the traditions of formation of American democracy and state system, and actively begin to build a new Ukrainian European home.

Keywords: democracy, revolution, the US Constitution, the first president of America.

Шинкарук Я.І.

ОРГАНІЗАЦІЯ ТА ДІЯЛЬНІСТЬ МІНІСТЕРСТВА ВНУТРІШНІХ СПРАВ УКРАЇНСЬКОЇ НАРОДНОЇ РЕСПУБЛІКИ В ПЕРІОД З ЛЮТОГО ПО ГРУДЕНЬ 1919 РОКУ

УДК 340.13+94(477)

Суспільно-історична теорія і практика свідчать, що кожна держава, особливо на зламних етапах з метою охорони державного ладу, забезпечення внутрішньої безпеки, захисту законних інтересів держави і громадян значної уваги приділяє розбудові органів охорони правопорядку та виробленню нормативно-правової бази, що визначає організаційно-правові засади їх функціонування. Подібні проблеми розбудови органів внутрішніх справ та розробки правоохоронного законодавства постали й перед Директорією УНР після її приходу до влади в грудні 1918 р., а також впродовж 1919 р.

Аналіз організаційно-правових засад, на яких будувалися організація та діяльність органів внутрішніх справ в Україні вищевказаного періоду, дозволяє виявити допущені окремими політиками помилки і свідомі перекоси у галузі правового забезпечення діяльності цих органів, з одного боку, показати шляхи розвитку і надбання тогочасної нормотворчої діяльності, спрямованої на створення та вдосконалення нормативно-правової бази, покликаної регулювати правоохоронні відносини й визначати порядок організації та діяльності центрального апарату системи органів внутрішніх справ, з другого.

Створення нормативно-правової бази організації та діяльності органів державної виконавчої влади, зокрема Міністерства внутрішніх справ, є одним з пріоритетних завдань держави. Не стала винятком у цьому питанні й УНР доби Директорії, перед якою після повалення Гетьманату П. Скоропадського постало невідкладне завдання розбудови власних правоохоронних органів.

Дане питання є актуальним і для сучасної України. При роботі та вдосконаленні організаційно-правових засад діяльності МВС України широко використовується міжнародний досвід. Але в процесі вдосконалення організаційно-правових засад діяльності МВС України, особливо в умовах знову розпочатого реформування відомства, необхідно обов'язково звертатися й до історичного досвіду нашої країни, з тим щоб на основі ретельного аналізу виявити допущені тогочасною владою помилки, а також встановити можливість врахування у сучасній практиці тих позитивних надбань, які були напрацьовані у минулі роки, і зокрема – досвіду правового забезпечення організації та діяльності МВС УНР доби Директорії. Вищевикладені положення, а також малодослідженість вказаної проблеми й визначають **актуальність її дослідження. Метою даного дослідження** є аналіз організаційно-правових засад діяльності МВС УНР у період з лютого по грудень 1919 року.

Як відомо, державотворчу діяльність Директорії та її уряду, в тому числі й роботу з розбудови МВС УНР, в умовах мирного часу перервав наступ більшовицьких військ, що почався ще у грудні 1918 року, коли частини Червоної Армії увійшли у Городню та Чернігів, а в січні 1919 року були зайняті вже Ніжин, Козелець, Бровари. Оскільки наступ більшовицьких військ тривав і далі, Директорія змушена була 16 січня оголосити стан війни з РСФРР. Протягом січня Директорія швидко втрачала підконтрольні їй території Лівобережжя, а вже 5 лютого Армія УНР залишила Київ. Урядові установи УНР, зокрема й Міністерство внутрішніх справ, були евакуйовані з Києва ще 2 лютого [1, с. 290-294]. МВС УНР та інші державні установи переїхали до Вінниці.

За доби Директорії, як і за доби Гетьманату, міністр внутрішніх справ, крім загальних повноважень, наділявся й додатковими, які значно розширювали його компетенцію. Так, 15 серпня 1919 р. Рада Народних Міністрів УНР ухвалила постанову «Про тимчасові правила щодо засобів боротьби з діяльністю окремих осіб, яка загрожує республіканському ладу, спокою і внутрішньому порядку Української Народної Республіки» [2].

Постановою Ради Народних Міністрів УНР від 15 серпня 1919 р., «для успішного переведення боротьби з ворогом», вста-

новлювались тимчасові правила щодо засобів боротьби з діяльністю окремих осіб, яка загрожувала республіканському ладу УНР. Так, особи, які підозрювались у діяльності, що загрожувала державному ладу, громадському спокою та внутрішньому порядку, могли бути затримані згідно з постановою повітових комісарів на строк до 10 днів. Цей строк, якщо часу для докладного з'ясування справи не вистачало, міг бути подовжений губернiальним комісаром до трьох тижнів, а міністром внутрішніх справ – до двох місяців. Копія постанови про арешт надсилалася до «місця замкнення» (тримання під вартою) та до прокурора відповідного округу. У випадку, якщо термін, зазначений у постанові, минув, начальник місця замкнення повинен був звільнити арештованого. Нагляд за виконанням останнього положення покладався на прокуратуру. Винятком становили судді, які могли бути затримані лише за згодою і після постанови загальних зборів судів, до яких вони належать, та особи прокурорського нагляду, які могли бути затримані лише за згодою міністра юстиції.

Особливістю розгляду цих справ було те, що провадження по них велося не судами, а Особливою нарадою, до складу якої входили міністр внутрішніх справ, міністр юстиції та військовий міністр. Так, справи, після докладного з'ясування, з усіма матеріалами через міністра внутрішніх справ вносились на розгляд вищезгаданої Особливої наради, яка виносила постанову або про припинення справи, або про висилку винних у місцевість, яка призначалась нарадою кожного разу, на строк до одного року.

Звичайно, створення такого позасудового органу, як Особлива нарада, слід розцінювати як порушення принципу законності.

А 13 вересня 1919 р. Радою Народних Міністрів УНР було ухвалено закон «Про надання міністрові внутрішніх справ, губернiальним комісарам, Київському столичному і Одеському міському комісарам права видавати обов'язкові постанови і накладати кари в адміністраційному порядку за порушення цих постанов» [3].

Не зважаючи на те, що цей закон скасовував аналогічний закон Української Держави, він майже цілком повторював його зміст (замінені лише назви посад – «старости» на «комісари» та

суми штрафів – «3000 карбованців» на «30 000 гривень»). Щоправда, ним надавались додаткові повноваження окремим посадовим особам УНР, зокрема й міністру внутрішніх справ. Так, у документі зазначалось: «Надати міністрові внутрішніх справ персонально, а губернiальним комісарам, київському столичному та одеському міському комісарам з затвердженням міністра внутрішніх справ право видавати обов'язкові постанови щодо охорони громадського порядку, спокою й доброго ладу й накладати в адміністраційному порядку на винних в порушенні цих постанов кар: грошову не більше тридцяти тисяч (30 000) гривень або арешт на строк не більше трьох місяців» [3]. Міністру внутрішніх справ також надавалось право змінювати чи скасовувати постанови губернiальних, київського столичного та одеського міського комісарів про накладення покарань за порушення обов'язкових постанов, виданих вищезазначеними посадовими особами.

В умовах фактично безперервного ведення бойових дій на території України Міністерство внутрішніх справ УНР протягом лютого-грудня 1919 року свою основну діяльність продовжувало зосереджувати переважно на вирішенні поточних справ, нагляді за роботою органів місцевого самоврядування, заходах по призову до лав Армії УНР і мобілізації населення, нормотворчій діяльності, організації діяльності з охорони громадського порядку та боротьби зі злочинністю.

Одним із важливих завдань, що стояли перед МВС УНР на початковому етапі доби Директорії, була заміна органів охорони правопорядку колишньої Української Держави новими згідно з політико-правовими підходами держави до розбудови правоохоронних органів і визначення організаційно-правових засад їх діяльності. Згідно з політикою Директорії органи охорони правопорядку колишнього режиму підлягали ліквідації й заміні новими, зокрема державна варта мала бути замінена народною міліцією.

Керівництво справою створення народної міліції за доби Директорії було покладено на Адміністраційний департамент МВС УНР. Правовою підставою організації та діяльності у складі МВС народної міліції, яка мала замінити державну варту Гетьманату, став Закон УНР «Про скасування інститута державної вarti й

сформування народної міліції» від 4 січня 1919 р. [4] Цим законом скасовувався існуючий інститут державної варти, а замість нього формувалась народна міліція.

Уряд УНР, розуміючи важливість найскорішого формування такого вкрай необхідного правоохоронного органу, як міліція, але не маючи часу на вироблення нових правових засад його діяльності, на початковому етапі використав ті, що існували за доби Гетьманату. Тобто, з отриманням назви «народна міліція» замість назви «державна варта» та майже повною заміною особового складу, новостворений орган охорони правопорядку – міліція – мав будувати свою діяльність згідно з тими нормативно-правовими актами, що й колишня державна варта, у тому числі й з тими штатними розписами, що їх мала державна варта.

У подальшому, розуміючи, що існуючі штати не задовольняють потреб в умовах воєнного стану, Адміністраційний відділ розробив, а МВС УНР подало на розгляд уряду законопроект про зміну штатів міліції. Новий Закон «Про тимчасові штати народної міліції» був ухвалений РНМ УНР 21 липня 1919 р. та затверджений Директорією 25 липня 1919 р. [5] Поряд із приписом щодо штатів міліції, цей закон передбачав значне збільшення заробітної плати працівників української міліції (майже на 100%) і карно-розшукних відділів (приблизно на 50-60%). У законі визначалось, що «тимчасові штати Київського столичного і Одеського отаманства та їх управлінь, Миколаївського отаманства, повітової й міської народної міліції та карно-розшукних відділів ... ухвалити і вважати їх дійсними з 1-го квітня 1919 року до 1-го січня 1920 року».

Отже, уряд УНР, сподіваючись на остаточну перемогу, ухвалив лише тимчасові штати народної міліції, розраховуючи у майбутньому розробити нові штати в умовах мирного часу. Але такої нагоди уряду УНР до кінця його існування надано так і не було.

Прийняття урядом заходів до упорядкування штатів та підвищення розмірів грошового утримання співробітників міліції дало Міністерству внутрішніх справ підстави для підвищення вимогливості до комплектування особового складу підрозділів міліції. Циркулярним листом (обіжником) від 26 липня 1919 р. міністр

внутрішніх справ І. Мазепа, доводячи до відома губерніяльних і повітових комісарів про підвищення заробітної плати міліціонерів, «клясним чином міліції й співробітникам карно-розшукних відділів», поставив перед ними завдання «негайно ужити усіх заходів до сформування повного кадра міліції з певного (тобто благонадійного, відданого справі) елемента й постановлення його на належну висоту» [6]. Міністр сповіщав також про поширення на працівників міліції порядку нарахування відсоткових надбавок «на дорожнечу» (тобто на інфляцію) і добових, наголошуючи на тому, що «при нових ставках окладів п. п. комісари мають повну можливість набрати нові штати міліції з людей, цілком певних і здатних до праці». Уся відповідальність за добір кадрового складу міліції та карно-розшукового апарату покладалася на губерніяльних і повітових комісарів.

Ще одним проявом вимогливості до чистоти рядів працівників міліції були положення обіжника (циркулярного листа) міністра внутрішніх справ І. Мазепа від 30 липня 1919 р., в якому увага губерніяльних комісарів зверталася на те, що, за відомостями, які надійшли до міністерства, в деяких органах міліції перебувають на посадах колишні поліцейські та співробітники гетьманської варти, які вороже ставляться до Української Народної Республіки і своїми вчинками підривають авторитет народної міліції. Міністр пропонував негайно вжити заходів «до очищення міліції від темного елемента і підняття в очах населення авторитету народної міліції». Поряд з тим міністр зазначав, що за відомостями з місць, в міліції ще є чини, які «не зложили обітницю» (не прийняли присяги) на вірність УНР. Комісарам приписувалося «подбати про те, щоб усі чини міліції зложили урочисту обіцянку на вірність Українській Народній Республіці та її Уряду». Оскільки присяга працівника міліції урядом УНР ще не була затверджена, пропонувалось застосовувати текст, за яким присягали службовці гетьманської Державної варти, з заміною у відповідних місцях слів «Держава Українська» словами «Українська Народна Республіка» [7].

Зважаючи на те, що новостворена народна міліція в умовах воєнного часу та пануючої у країні анархії, маючи недостатню

чисельність, була не в змозі самотійно захистити населення від озброєних банд, що займалися розбоями та грабежами, особливо у сільській місцевості, органи місцевої влади вимушені були звертатися за допомогою до військових властей. Але такої допомоги цивільній владі військовій власті не завжди мали можливість надати, адже майже всі військові частини були переведені на фронтіві позиції, а тому населення часто залишалось беззахисним.

З метою забезпечення захисту населення та охорони правопорядку уряд УНР, додержуючись політико-правових підходів до проблеми організації охорони правопорядку і боротьби зі злочинністю та створення системи правоохоронних органів і визначення організаційно-правових засад їх діяльності, продовжував вживати заходів до розбудови правоохоронного апарату.

Усвідомлюючи складний стан справ із забезпеченням охорони правопорядку, уряд УНР 28 лютого 1919 р. ухвалив розроблений МВС і поданий на затвердження міністром внутрішніх справ УНР Г. Чижевським Закон «Про створення Коша охорони республіканського ладу». Це формування створювалося «для охорони республіканського ладу, внутрішнього порядку і спокою в Українській Народній Республіці та забезпечення вольностей і прав народу в складі Міністерства внутрішніх справ» [8] і за визначенням проф. О. М. Мироненка становило собою збройне формування типу військово-польової жандармерії, яке було підпорядковане безпосередньо міністру внутрішніх справ [9].

В цьому законі передбачалось, що до видання статуту і штатів Коша його діяльність мала проводитись на підставі інструкцій і розпоряджень міністра внутрішніх справ, а грошове утримання цього формування передбачалось за рахунок вільних коштів, які були раніше відпущені на потреби народної міліції.

Пізніше, на доповнення вищезгаданого закону, РНМ УНР ухвалила Закон «Про тимчасові штати та статут Кошу охорони республіканського ладу на Україні» від 25 липня 1919 р., яким вводились у дію з 1 серпня 1919 р. штати штабу Коша, полків і сотень, а з 1 січня 1920 р. – штати управи Кошу, відділів полку і карно-розвідочних (карно-розшукових) відділів. Натомість з 1 січня 1920 р. мали бути скасовані усі карно-розшукові відділи народної

міліції, асигнування на утримання яких передавались до аналогічних відділів Кошу. Також законом ухвалювався доданий до нього за підписом міністра внутрішніх справ І. Мазепи «Статут Кошу охорони республіканського ладу» та доручалось міністру внутрішніх справ видати «Інструкцію для членів Кошу охорони республіканського ладу». На утримання штабу Кошу, штабів полків і сотень з коштів державної скарбниці за кошторисом на 1918 рік у розпорядження та під звіт міністра внутрішніх справ виділялося 119 416 000 грн. [10] Слід зазначити, що до ухвалення цього закону підрозділи Кошу у своїй діяльності фактично використовували ті положення, які були встановлені ще Статутом Державної варти колишньої Української Держави гетьмана П. Скоропадського, затвердженим 9 серпня 1918 р. [11].

У пояснювальній записці до штатів Кошу зазначалося, що дане формування складається з «Бивного управління і 11 полків» [12]. У ній також роз'яснювалися права командира цього формування – отамана Кошу. З огляду на важливість цієї посади їй було присвоєно III клас згідно з класифікацією державних службовців з відповідним матеріальним утриманням. Отаман Кошу користувався правами отамана корпусу Армії УНР. У справі керівництва діяльністю Коша отаман безпосередньо підлягав міністру внутрішніх справ, від якого отримував вказівки відносно того чи іншого напрямку діяльності Кошу. Для особистих доручень отаманові Кошу призначався осавул (сотник).

Основним правовим документом, на якому базувалась організація та діяльність Коша, був «Статут Кошу охорони республіканського ладу» [13]. У документі визначалося, що Кіш охорони республіканського ладу є виконавчим органом державної влади. Його комплектування проводилось з числа таких осіб: старшин та урядовців, переведених до Кошу з різних військових частин Армії УНР; рекрутів згідно з щорічною розрядкою Головного штабу або переведенням козаків та підстарших з інших військових частин; охотників (волонтерів). Усі старшини і козаки Кошу вважались такими, що перебувають на дійсній військовій службі. Особи, які вступали до Кошу охотниками (тобто добровільно) і не підлягали дійсній військовій службі або вже відслужили повний

строк, мали давати окрему підписку про те, що вони прослужать у Коші не менше трьох років. Усі ті, хто вступав на службу до Кошу, складали окрему службу присягу (обітницю).

Згідно з вимогами, що пред'являлись до осіб, які вступали до цього формування, вони повинні мати українське громадянство, бути фізично здоровими та віком не молодше 20 років і не старше 55 років. На старшинські (начальницькі) посади призначались особи, які мали освіту не нижче середньої, а на всі інші посади – «добре грамотні» [13].

Стосовно внутрішньої організації Кошу в Статуті зазначалось, що головним начальником над усіма установами та частинами Кошу є міністр внутрішніх справ, якому належить вище загальне керівництво діяльністю Коша та вищий нагляд за здійсненням завдань, які ставились перед цим формуванням. Безпосереднім керівником Кошу був отаман. Внутрішньо Кіш поділявся на полки, полки – на сотні, сотні – на чоти, чоти – на рої, рої – на варті.

Загальним завданням Кіш мав охорону республіканського ладу, внутрішнього порядку і спокою, а також забезпечення прав і вольностей народу. У своїй діяльності Кіш мав запобігати діям, що визначалися законами, постановами, розпорядженнями, наказами та іншими правовими актами Директорії УНР як «посягання на республіканський соціалістичний лад». До таких посягань відносились: агітація проти державного устрою УНР, її самостійності, Директорії, головного командування Армії УНР, законів, виданих Директорією, та її державних установ у військових частинах та серед населення; поширення брехливих чуток і прокламацій; привласнення функцій влади різними організаціями, комісіями та комітетами; заклики до федерації чи з'єднання України з іншою державою; випадки самочинних трусів (обшуків), реквізицій, арештів і самосудів; організація маніфестацій, зібрань на площах і вулицях, доки не буде відмінений оголошений військовий стан; нищення фабрик, заводів, самочинне вирубування лісів, розкрадання військового майна, незаконне володіння зброєю, саботаж, проживання у міських готелях та інших будинках без реєстрації, спекуляція тощо [11].

У випадках, коли службовці Кошу в разі відсутності міліції заміняли її, вони отримували право провадження дізнань та участі у провадженні попереднього слідства у кримінальних справах на підставі законів кримінального судочинства [13].

Зазначимо тут, що дане воєнізоване формування, покликане забезпечувати охорону порядку на території УНР, проіснувало лише трохи більше трьох місяців.

У науковій літературі можна зустріти положення про те, що Кіш охорони республіканського ладу припинив своє існування восени 1920 року після фактичної втрати Директорією всієї території УНР [11]. Але фактично він припинив свою діяльність ще у грудні 1919 року, коли внаслідок втрати майже всієї території, підконтрольної Директорії, ведення фронтних бойових дій було припинено, а Армія УНР вирушила у Перший Зимовий похід [14, с. 309-325; 212]. На підтвердження зазначеного часу припинення діяльності Кошу можна навести положення з пояснювальної записки до Закону «Про передачу карно-розшукуючих відділів Кошу охорони республіканського ладу до складу народної міліції». У ній, зокрема, зазначалося: «З поновленням діяльності всіх державних інституцій діяльність Кошу охорони республіканського ладу не була поновлена й замість нього постановою з 14 березня 1920 р. утворена військова жандармерія» [15].

Уряд УНР, не маючи змоги збільшити чисельність місцевої міліції, і далі продовжував пошуки шляхів посилення захисту населення від злочинних посягань. Подальшим кроком держави у реалізації політико-правових підходів до розв'язання проблеми організації охорони правопорядку та боротьби зі злочинністю була спроба залучення до цієї справи населення. Формою такого залучення стала народна самоохорона.

Сподіваючись на підтримку населенням створення громадської організації із забезпечення правопорядку, 11 червня 1919 р. РНМ УНР видала наказ «Про народню самоохорону», яким приписувалось «в кожному селі чи містечку зорганізувати охорону, в склад якої повинно увійти все мужське населення села чи містечка» [16]. Підписи під цим наказом поставили Голова РНМ Б. Маргос та міністр внутрішніх справ І. Мазепа.

Завданнями новоутвореної громадської служби були визначені: охорона сіл та доріг від «темних елементів» та злочинців, що грабують населення, провадять злочинну агітацію і тероризують населення; проведення арештів усіх підозрілих осіб, що «шатаються по селах, містечках та дорогах»; затримання усіх дезертирів, як із числа призваних до армії своїх односельців, так й інших сіл та містечок, їх арешт та супровід до відповідних представників місцевої влади; припинення будь-яких самовільних, «без порозуміння з волосними і сільськими управами», реквізицій та затримання осіб, які їх проводять; підтримання постійного зв'язку з усіма селами та містечками, аби на випадок збройного нападу банди була можливість знищити її спільними силами охорони; надавати допомогу представникам місцевої та повітової влади, а також військової влади при проведенні у життя різних розпоряджень уряду та військового командування.

Документ приписував, що на чолі народної охорони села чи містечка слід «постановити відповідальну людину, котра керувала б цією охороною, виконуючи поставлені їй завдання» [16].

Зважаючи на те, що у наказі про народну самоохорону не було чітко визначено підпорядкованості новостворюваної громадської охоронної структури, 3 липня 1919 р. МВС видало обіжник до губерніальних і повітових комісарів з роз'ясненням цих питань [17]. У документі, підписаному міністром внутрішніх справ І. Мазепою, міністерство доводило до відома губерніальних та повітових комісарів, що народна самоохорона підпорядковується безпосередньо сільським і волосним комісарам, а у своїй діяльності керується вказівками представників волосної і повітової міліції. Волосна ж міліція повинна надавати сільським і волосним комісарам законну допомогу у справі організації народної самоохорони та в забезпеченні діяльності цих формувань. Цим документом підкреслювалося, що волосна міліція підпорядковується безпосередньо волосному начальнику міліції, а останній районному начальнику повітової міліції.

Але за різних причин, незважаючи на організаційні зусилля МВС УНР, справа утворення народної самоохорони на місцях була фактично провалена. Головними причинами цього було, пе-

реважно небажання місцевого населення брати участь у формуваннях народної самоохорони, а в окремих випадках – небажання місцевої влади займатися справою організації нових громадських правоохоронних структур. Створення за ініціативою МВС такого нового виду організації охорони правопорядку, як народна самоохорона з числа усього чоловічого населення сіл та містечок УНР з покладенням на неї окремих функцій міліції, було негативно сприйнято населенням.

Тому необхідно було виробити нову форму організації охорони правопорядку в місцевостях, де не вистачало народної міліції. Такою формою організації охорони правопорядку в сільській місцевості УНР став запроваджений МВС інститут сільських десятських, які визначалися як нижчі чини української міліції.

Уперше інституція сільських десятських була запроваджена циркуляром Міністерства внутрішніх справ УНР «Про тимчасову організацію влади на місцях» від 10 вересня 1919 р. [18] Згідно з цим документом у селах на кожні десять дворів вибирався один десятський. Десятські безпосередньо підлягали сільському комісару, який обирався на сільському сході на півроку і затверджувався повітовим комісаром. На них покладалося «виконання по селу різних міліційних обов'язків щодо забезпечення ладу та спокою населення, а також супроводження до районного начальника арештованих та підтримку порядку на ярмарках і велелюдних зібраннях» [18]. Виділення коштів на утримання десятських за державний рахунок не передбачалося, а плату за виконання обов'язків вони повинні були отримувати з громадських сум у розмірі, який устанавлювався сільськими сходами (зібраннями).

Внаслідок втрати Директорією майже усієї території України наприкінці 1919 року інституція сільських десятських проіснувала близько трьох місяців. Але, зважаючи на те, що таке нововведення встигло себе зарекомендувати з позитивного боку та, на відміну від народної самоохорони, було підтримано місцевим населенням, після повернення частини території країни під свою владу Директорія у 1920 році відновила цю інституцію в українських селах.

Протягом 1919 року МВС УНР, незважаючи на складні умови роботи, викликані постійними переїздами у зв'язку з перебігом бойових дій, приділяло неослабну увагу такому, одному із найважливіших, напряму діяльності, як нормотворчість. Міністерством було виконано величезний обсяг нормотворчої роботи з підготовки законопроектів УНР, проектів постанов Ради Народних Міністрів та розробки відомчих нормативно-правових актів. Підготовкою законопроектів була зайнята утворена у складі МВС спеціальна Законодавча Комісія, що звітувала про свою роботу перед міністром або Радою міністра внутрішніх справ.

Отже, МВС УНР в умовах скрутного воєнно-політичного, матеріально-технічного і фінансового становища держави та складної оперативної обстановки проявляло всіляку можливу за тих обставин турботу про зміцнення правоохоронних органів і забезпечення їх усім необхідним для успішного виконання поставлених перед ними службових завдань.

1. *Верстюк В. Ф., Дзюба О. М., Репринцев В. Ф. Україна від найдавніших часів до сьогодення: Хронологічний довідник. – К.: Наукова думка, 1995. – 487 с.*
2. *Ухвалена Радою Народних Міністрів постанова про тимчасові правила щодо засобів боротьби з діяльністю осіб, яка загрожує республіканському ладу, спокою і внутрішньому порядку Української Народної Республіки від 15 серпня 1919 р. // Вістник Державних Законів для всіх земель УНР. – 1919. – 26 серпня.*
3. *Ухвалений Радою Народних Міністрів закон про надання міністрові внутрішніх справ, губерніяльним комісарам, київському столичному і одеському міському комісарам права видавати обов'язкові постанови і накладати кари в адміністраційному порядку за порушення цих постанов від 13 вересня 1919 р. // Вістник Державних Законів для всіх земель УНР. – 1919. – 31 жовтня.*
4. *Ухвалений Радою Народних Міністрів Закон про скасування інститута державної варту й формування народної міліції від 4 січня 1919 р. // Вістник Державних законів. – 1919. – Вип. 2. – 21 січня.*
5. *Ухвалений Радою Народних Міністрів Закон про тимчасові штати народної міліції від 25 липня 1919 р. // Вістник Державних Законів для всіх земель УНР. – 1919. – № 30. – 15 серпня.*
6. *До п. п. губерніяльних і повітових комісарів. 26/29 липня 1919 р. // Вістник народнього МВС УНР. – 1919. – 30 вересня.*

7. П. п. губерніяльним комісарам: Обіжник МВС від 31 липня 1919 р. // Вісник Української Народної Республіки. – 1919. – 7 серпня.
8. Закон про створення Коша охорони республіканського ладу від 28 лютого 1919 р. // Вістник Державних Законів. – 1919. – 4 травня.
9. Мироненко О. М. Кіш охорони республіканського ладу // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – Т. 3. – К.: «Укр. енцикл.», 2001. – С. 113.
10. Ухвалений Радою Народних Міністрів Української Народної Республіки закон про тимчасові штати та Статут кошу охорони республіканського ладу на Україні від 25 липня 1919 р. // ЦДАВО України. – Ф. 1092. – Оп. 5. – Спр. 30. – Арк. 2.
11. Мироненко О. М. Кіш охорони республіканського ладу // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – Т. 3. – К.: «Укр. енцикл.», 2001. – С. 113.
12. Пояснююча записка до штатів Кошу охорони республіканського ладу // ЦДАВО України. – Ф. 1092. – Оп. 5. – Спр. 30. – Арк. 6.
13. Статут Кошу охорони республіканського ладу // ЦДАВО України. – Ф. 1092. – Оп. 5. – Спр. 30. – Арк. 10-12.
14. Мазепа І. Україна в огні й бурі революції. 1917-1921. – К.: Темпора, 2003. – 608 с.
15. До закону «Про передачу карно-розшукуючих відділів Кошу охорони республіканського ладу до складу народної міліції»: Пояснююча записка // ЦДАВО України. – Ф. 1092. – Оп. 2. – Спр. 529. – Арк. 2.
16. Наказ про народну самоохорону від 11 червня 1919 р. // ЦДАВО України. – Ф. 1092. – Оп. 4. – Спр. 32. – Арк. 21.
17. П.п. губерніяльним і повітовим комісарам: Обіжник МВС від 3 липня 1919 р. // Вістник Української Народної Республіки. – 1919. – 23 липня.
18. Про тимчасову організацію влади на місцях. 10 вересня 1919 р. // Вістник Народнього Міністерства Внутрішніх Справ УНР. – 1919. – № 1-2. – 30 вересня.

Шинкарук Я.І. Організація та діяльність Міністерства внутрішніх справ Української Народної Республіки в період з лютого по грудень 1919 року

Стаття присвячена аналізу організаційно-правових засад діяльності Міністерства внутрішніх справ Української Народної Республіки в період з лютого по грудень 1919 року. В статті було досліджено організацію та діяльність Міністерства внутрішніх справ Української Народної Республіки протягом лютого-грудня 1919 р., яке зосередило свою увагу на нагляді за роботою органів місцевого самоврядування, охороні громадського порядку, заходах по призову до лав Армії

Української Народної Республіки і мобілізації населення, нормотворчій діяльності та вирішенні поточних справ.

Ключові слова: Директорія, Українська Народна Республіка, Міністерство внутрішніх справ, органи внутрішніх справ, народна міліція, організаційно-правові засади.

Шинкарук Я.И. Организация и деятельность Министерства внутренних дел Украинской Народной Республики в период с февраля по декабрь 1919 года

Статья посвящена анализу организационно-правовых основ деятельности Министерства внутренних дел Украинской Народной Республики в период с февраля по декабрь 1919 года. В статье было исследовано организацию и деятельность Министерства внутренних дел Украинской Народной Республики на протяжении февраля-декабря 1919 г., которое сосредоточило свое внимание на наблюдении за работой органов местного самоуправления, охране общественного порядка, мероприятиях по призыву в ряды Армии Украинской Народной Республики и мобилизации населения, нормотворческой деятельности и решении текущих дел.

Ключевые слова: Директория, Украинская Народная Республика, Министерство внутренних дел, органы внутренних дел, народная милиция, организационно-правовые основы.

Shinkaruk J.I. The organization and activities of the Ministry of Internal Affairs of Ukrainian People's Republic in the period from February to December 1919

The article analyzes the institutional and legal framework of the Ministry of Internal Affairs of Ukrainian People's Republic in the period from February to December 1919. This article deals with the organization and operation of Ministry of Internal Affairs of Ukrainian People's Republic in February-December 1919, which focused on the supervision of local governments, public order, measures to appeal to the ranks of Ukrainian People's Republic Army and mobilization, lawmaking activities and solution of current affairs.

Key words: the period of Directory, Ukrainian People's Republic, the Ministry of Internal Affairs, agencies of internal affairs, people's militia, organizational and legal principles.

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

Борисов І. В.

ЕКОНОМІКО-ПРАВОВІ ВИМОГИ ДО ФІНАНСОВИХ УСТАНОВ ЯК СУБ'ЄКТІВ РИНКУ ФІНАНСОВИХ ПОСЛУГ

УДК 346.21: 334.7:347.19

Ринок фінансових послуг належить до елементів фінансової системи держави, від стану якої залежить рівень стабільності та темпи розвитку національної економіки. Саме цей ринок закладає умови для формування, обміну та використання фінансових інструментів, й перш за все, грошових коштів.

У зв'язку зі змінами на роль та значення держави у регулюванні суспільного життя та функціонування економіки, на засади державної політики, на принципи, правила та напрямки діяльності у різних галузях та сегментах економічної системи, що відбулися за останні роки, на ринку фінансових послуг спостерігається не просто перегрупування суб'єктів цього ринку, відбувається зміна його складу: частина з них значно зменшила частку своєї «присутності» на ринку фінансових послуг, друга або взагалі пішла з нього, або, навпаки, почала посилювати свої позиції на ньому завдяки формуванню нових підходів до організаційної структури, моделі управління та пропозицій надання фінансових послуг.

Динамічність процесів, які останнім часом спостерігаються на ринку фінансових послуг, розширення та ускладнення фінансових відносин на ньому, зумовлюють необхідність комплексного та системного вивчення інституційної структури ринку, зокрема, правового статусу фінансових установ, які опосередковують його функціонування, тих економіко-правових вимог, які з метою по-

кращення загальної ситуації на цьому ринку, підвищення рівня транспарентності та прогнозованості його розвитку, держава висуває до діяльності фінансових установ.

Згідно з Законом України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12 липня 2001 р. № 2658 – III (надалі – Закон) до ринків фінансових послуг відносяться ринки банківських, страхових, інвестиційних послуг, операцій з цінними паперами та інші види ринків, що забезпечують обіг фінансових активів (п. 6. ч. 1 ст. 1). Основними критеріями, що покладені в основу класифікації сегментів фінансового ринку, є зміст економіко-правових відносин як суспільного явища на цьому ринку та спосіб реалізації основної функції цього ринку – забезпечення руху фінансових потоків як для перерозподілу фінансових та матеріальних активів у суспільстві, так і постійного обороту грошової маси [1; с. 102]. Кожен сегмент фінансового ринку, як підсистема економіко-правових відносин, реалізує свої функції через діяльність загальних та спеціальних суб'єктів, які утворюють його організаційно-інституційну правову основу.

Дослідження особливостей правового статусу та вимог до суб'єктів ринку фінансових послуг є одним із центральних блоків питань в доктрині господарського права. Цій тематиці були присвячені роботи О. М. Вінник, В. В. Гущина, О. В. Кологойди, А. В. Майфата, К. В. Масляєвої, В. В. Овчиннікова, К. М. Татаринцева, В. А. Трапезнікова, І. З. Фархутдінова та інших вчених. Особливу увагу зазначені вчені приділяли питанням класифікації суб'єктів фінансового ринку відповідно до їх ролі та функцій на ньому, особливостей правового статусу суб'єктів господарювання, що надають певні види фінансових послуг (банківські, страхові, пенсійного забезпечення, управління активами та ін.) тощо. При групуванні суб'єктів фінансового ринку ними враховувалися правові характеристики та вимоги до діяльності останніх, що висуваються законодавством з метою реалізації ними функціонального призначення.

Ринок в економічному розумінні є складним утворенням, що, з одного боку, представляє собою сферу обміну, сукупність процесів купівлі-продажу, які здійснюють збалансування за рахунок

цін, а з іншого – забезпечує зв'язок між виробництвом і споживанням, безперервність процесу відтворення, його цілісність [2; с. 148]. Остання властивість ринку пояснюється тим, що будучи складовою загальної системи суспільного відтворення, він знаходиться у фазі обміну між споживанням та розподілом, якому передує виробництво [3; с. 24].

Діяльність ринку фінансових послуг насамперед опосередковується зв'язком основних сторін, пов'язаних протилежним інтересом - контрінтересом. У класичному економічному розумінні йдеться про покупця та продавця, а в контексті досліджуваного ринку такими сторонами виступають власник фінансових ресурсів, який постачає їх на ринок послуг фінансового характеру, та особа, що їх потребує для задоволення певних потреб (особистих або господарських).

Особливістю ринку фінансових послуг є те, що зазначені суб'єкти можуть вступати у правовідносини безпосередньо один з одним, а можуть реалізувати свій взаємний інтерес із залученням інших суб'єктів господарювання – фінансових посередників, які акумулюючи тимчасово вільні фінансові активи власників, перерозподіляють їх під час надання фінансових послуг. За участі останніх складається широкий спектр правовідносин, в яких вони виконують різного характеру обов'язки як щодо інвесторів, так і споживачів фінансових послуг: довірчого управління фінансових активів, залучення та надання коштів у позику, страхування, емісії та обслуговування платіжних карток, переказу грошових коштів та ін.

Законом фінансові послуги визначаються як операції з фінансовими активами, що здійснюються в інтересах третіх осіб за власний рахунок чи за рахунок цих осіб, а у випадках, передбачених законодавством, і за рахунок залучених від інших осіб фінансових активів, з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів.

Із вказаного нормативного положення випливає, що фінансова установа може надавати фінансові послуги за рахунок: (а) власних коштів; (б) за рахунок коштів третіх осіб, у чиїх інтересах здійснюється така послуга; (в) за рахунок залучених від ін-

ших осіб коштів, а також (г) шляхом поєднання зазначених фінансових джерел.

Фінансові установи, що надають фінансові та інші пов'язані з ними послуги, відносяться законом до фінансових посередників в межах ринків фінансових послуг (далі – РФП). Така діяльність може бути охарактеризована як «сервісна», допоміжна чи обслуговуюча для інвесторів та осіб, які отримують грошові кошти – реципієнтів (в тому числі споживачів), оскільки першим вона допомагає диверсифікувати та ефективно вкласти наявні активи, а другим – отримати їх для особистих потреб чи потреб господарської діяльності. Посередницька сутність такої діяльності фінансових установ створює підстави для їх віднесення до системи інфраструктури фінансового ринку.

З позицій загальноекономічних підходів до визначення категорії «інфраструктура» найбільш вдалим з точки зору комплексності та багатоманітності, на нашу думку, є поняття В. Х. Трибушної, яка зазначає, що інфраструктура в ринковій економіці являє собою специфічну систему (підсистему) взаємопов'язаних інститутів, цільовою функцією яких є створення загальних умов для функціонування економічних суб'єктів на різних ринках [4; с. 86]. Іншими словами, сутність інфраструктурного забезпечення полягає у створенні умов для ефективного функціонування галузей та сегментів національної економіки, з одного боку, та у сприянні діяльності різних суб'єктів господарювання, які здійснюють діяльність в межах певної суспільно-економічної системи, в тому числі ринку фінансових послуг, з другого.

У той же час необхідно звернути увагу, що фінансова установа надаючи фінансові послуги, часто здійснює операції з фінансовими активами за рахунок не тільки залучених коштів, а одночасно поєднує їх з розміщенням власних коштів, що прямо передбачено ст.1 Закону. Фінансові установи, які надають фінансові послуги за рахунок (а) фінансових активів інших осіб (тих, у чиїх інтересах здійснюється фінансова послуга, або третіх осіб) та (б) власних фінансових активів, належать до суб'єктів інвестиційної діяльності на ринку фінансових послуг, які, з економічної точки зору, виступають постачальниками грошових коштів. На ринку

фінансових послуг інвестори поділяються на 1) індивідуальних (первісні власники інвестиційних ресурсів) та 2) колективних, до яких належать й фінансові посередники, що використовують для надання фінансової послуги й власні фінансові активи. Друга група фінансових посередників виконує на ринку фінансових послуг одночасно інвестиційну та інфраструктурну функції, а їх діяльність носить спеціальний, дуальний характер, що виокремлює їх з-поміж інших фінансових посередників. Зазначимо, що О. В. Кологойда відстоює аналогічну позиції, досліджуючи суб'єктний склад відносин в межах фондового ринку [5; с. 112].

Отже, серед фінансових установ слід виділити дві основні групи залежно від тих функцій, які вони виконують на фінансовому ринку: 1) фінансові посередники, які водночас виступають й інвесторами фінансових активів, та діяльність яких водночас носить інвестиційний та інфраструктурний характер; 2) фінансові посередники, які на ринку фінансових послуг виконують допоміжні функції, пов'язані з обслуговуванням руху фінансових активів під час їх акумуляції та перерозподілу у ході надання фінансових послуг (торговці цінними паперами, валютні біржі, депозитарії та клірингові установи, та ін.).

Від них слід відмежовувати інших суб'єктів господарювання (юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців), які входять до інфраструктури фінансового ринку, але не мають статусу фінансових установ. Вони надають такі посередницькі послуги, як консультативні, експертно-інформаційні, послуги, що пов'язані з підготовкою, укладенням та виконанням (супроводження) договорів про надання фінансових послуг і таке інше.

У науковій літературі фінансові посередники РФП в особі фінансових установ найчастіше визначаються як спеціальні суб'єкти господарювання із виключною правоздатністю, що зумовлено значними публічно-господарськими обмеженнями до їх діяльності. Під спеціальним суб'єктом, за класифікацією, що склалася в теорії права, розуміється будь-яка індивідуальна або колективна особа, якій нормами інституту галузі права встановлений конкретний та детальний обсяг її здатності володіти правами та обов'язками та своїми діями набувати їх в правовідносинах

певного виду [6; с. 144]. У зв'язку із цим, О. П. Подцерковний, вказуючи на обмежувальний характер вимог, що висуваються до діяльності з надання фінансових послуг, виділяв обмеження організаційно-корпоративного, кадрового, капіталотворювального платіжно-забезпечувального, контрольно-наглядового, функціонального, технічного, звітно-бухгалтерського, конкурентного та іншого характеру [7; с. 487]. Вважаємо, що хоча зазначені групи обмежень охоплюють широке коло вимог, що висуваються як до правового статусу суб'єктів РФП, так і до їх діяльності, але з метою їх системного аналізу потребують певного уточнення та більш глибокого дослідження. Системний аналіз обмежень господарської діяльності, за слушною думкою Стася Е. П., дозволить не лише підвищити вимоги до державного регулювання економіки, але й з'ясувати елементи зайвого публічно-правового впливу, досягти балансу приватних та публічних інтересів у цій сфері [8; с. 474].

Аналіз законодавства України, що регулює питання організації діяльності та функціонування фінансових установ та узагальнення результатів наукових досліджень з цієї тематики, дає підстави для виділення двох основних груп економіко-правових вимог до фінансових установ, як суб'єктів РФП, основні і додаткові.

Основні вимоги – це закріплені в нормативно-правових актах імперативні приписи щодо правового статусу фінансових установ, які відбивають виключний характер їх господарської правосуб'єктності. Вони висуваються чинним законодавством як обов'язкові для дотримання на етапі створення та початку діяльності фінансової установи як фінансового посередника. До них відносяться вимоги до: (а) організаційно-правової форми, (б) реєстраційні та (в) ліцензійні;

Додаткові вимоги – це встановлені нормативно-правовими актами приписи обмежувального характеру, що висуваються до діяльності фінансових установ під час надання ними фінансових послуг. Вони пред'являються до діяльності суб'єкта господарювання у зв'язку із отримання ним статусу фінансової установи та мають дотримуватися ним під час надання фінансових послуг.

Наголошуємо, що такі вимоги не можна визначити як факультативні, незважаючи на їх похідний характер. Поряд з основними вимогами дотримання додаткових вимог також є обов'язковою умовою функціонування професійних посередників на фінансовому ринку, хоча порівняно з основними, вони не носять установчого характеру.

Основні вимоги до фінансових установ. Як слушно зазначає В. С. Щербина, основною, визначальною ознакою, що характеризує правовий статус суб'єкта господарського права є його господарська правосуб'єктність [9; с. 7]. В науці господарського права ця категорія характеризується як визнана державою за певним суб'єктом господарських відносин можливість бути суб'єктом права (мати і здійснювати господарські права та обов'язки, відповідати за їх належне виконання і мати юридичну можливість захищати свої права та законні інтереси від можливих порушень) [10; с. 96].

Вимоги до господарської правосуб'єктності фінансових установ є основоположними для можливості надання ними фінансових послуг, а їх недотримання унеможливорює діяльність їх як фінансових установ.

Вимоги до організаційно-правової форми фінансових установ імперативно визначаються в спеціальному законодавстві, і належать до гарантій ефективного виконання покладених на них функцій в межах не тільки ринку фінансових послуг, а й фінансової системи в цілому. Аналіз нормативно-правових положень, які містять вимоги до організаційно-правових форм фінансових установ, дає підстави стверджувати, що останні можуть бути корпоративного, унітарного та кооперативного типу.

Фінансові установи *корпоративного типу* створюються у формі господарського товариства, яке відповідно до ст. 1 Закону України «Про господарські товариства» від 19.09.1991 № 1576-ХІІ (з наст. змін. і доповн.) є юридичною особою, статутний (складений) капітал якої поділений на частки між учасниками. Господарськими товариствами визнаються підприємства, установи, організації, створені на засадах угоди юридичними особами і громадянами шляхом об'єднання їх майна та підприємницької діяльності з метою одержання прибутку.

Так, страхові компанії можуть створюватися у формі акціонерних, повних, командитних товариств або товариств з додатковою відповідальністю; банки – у формі публічного акціонерного товариства; компанії з управління активами – у формі акціонерного товариства або товариства з обмеженою відповідальністю; довірчі товариства – у формі товариств з додатковою відповідальністю; ломбарди - у формі повних товариств та ін.

Фінансові установи *унітарного типу* створюються засновником без поділу статутного фонду на частки (паї). До них відносяться недержавні пенсійні фонди та лізингові компанії.

Фінансові установи *кооперативного типу* створюються на основі добровільного об'єднання на основі членства для здійснення діяльності, спрямованої на задоволення потреб на засадах самоврядування, зокрема кооперативні банки та кредитні спілки.

Виникнення у правовому полі нового суб'єкта вимагає його легітимації шляхом проходження процедури *державної реєстрації*. Сама по собі державна реєстрація є «універсальною» стадією створення будь-якої юридичної особи незалежно від встановленого законом способу її виникнення [11; с. 153] та сфери, у якій вона в подальшому реалізовуватиме свою правосуб'єктність.

Для фінансових установ порядок створення має спеціальний характер, що пов'язано із додатковими вимогами до їх реєстрації порівняно з іншими юридичними особами. Крім набуття правового статусу юридичної особи згідно з вимогами Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» від 15.05.2003 № 755-IV, вони мають пройти державну реєстрацію як фінансові установи згідно з положеннями Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг». Так, відповідно до ст. 7 цього Закону юридична особа, яка має намір надавати фінансові послуги, зобов'язана звернутися до відповідного органу державного регулювання ринків фінансових послуг протягом тридцяти календарних днів з дати державної реєстрації для включення її до державного реєстру фінансових установ. Державний реєстр фінансових установ ведеться на підставі Положення про державний реєстр фінансових установ, затвердженого Розпорядженням Державної комісії

з регулювання ринків фінансових послуг від 28.08.2003 № 41 (у редакції розпорядження Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг від 05.03.2015 року № 432).

Для юридичних осіб-заявників з метою отримання статусу фінансової установи встановлено численні вимоги. Зокрема, вже на цьому етапі встановлено обов'язок визначити в установчих документах заявника вичерпний перелік видів фінансових послуг, які буде надавати заявник як виключний вид його діяльності з урахуванням вимог законодавства, у тому числі з урахуванням обмежень щодо суміщення окремих видів фінансових послуг. Реєстраційні вимоги для фінансових установ стосуються також наявності у заявника внутрішнього документа, що регламентує порядок надання фінансових послуг, та примірних договорів зі споживачами фінансових послуг; наявності системи бухгалтерського обліку, облікової і реєструючої систем, які мають відповідати вимогам законодавства; формування у встановленому законом розмірі статутного (складеного, пайового) капіталу грошовими коштами; відповідності керівника і головного бухгалтера заявника професійним вимогам; виконанням вимог до приміщення та комп'ютерної техніки.

Звертає на себе увагу той факт, що вказане Положення поряд з загальними вимогами реєстрації юридичної особи як фінансової установи містить спеціальні вимоги до таких видів фінансових установ як ломбард, кредитна спілка, кредитна установа (крім кредитної спілки), фінансова компанія та недержавний пенсійний фонд (Розділи УШ – ХІІ). Так, ломбарди, загальні вимоги до діяльності яких врегульовані Положенням про порядок надання фінансових послуг ломбардами, затвердженого Розпорядженням Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 26.04.2005р. № 3981, додатково повинні відповідати таким вимогам: 1) мати на останній день місяця, що передує поданню заяви, власний капітал у розмірі не менше 200 тисяч гривень; 2) мати приміщення (на правах власності або користування) площею не менше ніж 5 квадратних метрів, призначене для надання фінансових послуг та супутніх послуг і спеціального місця зберігання заставленого майна.

До кредитної спілки, загальні вимоги до діяльності якої врегульовані Законом України «Про кредитні спілки» від 20.12.2001р. №2908-III додатково висуваються вимоги щодо: необхідності сплати вступного та обов'язкового пайового внеску всіма засновниками (членами) кредитної спілки на момент подання заяви про реєстрацію як фінансової установи; обов'язку мати окреме приміщення з обмеженим доступом та сейф для зберігання грошей (грошових коштів) і документів, що унеможлиблює їх викрадення (пошкодження); необхідності подання додатково засвідченої підписом керівника та печаткою кредитної спілки довідки про склад органів управління кредитної спілки, у якій зазначаються щодо кожної особи прізвище, ім'я та по батькові, дані паспорта або документа, який його замінює (із зазначенням серії, номера, ким і коли виданий), посада та освіта, відомості щодо наявності (відсутності) непогашеної судимості та інші.

Спеціальний порядок реєстрації банків передбачений Положенням про порядок реєстрації та ліцензування банків, відкриття відокремлених підрозділів затвердженого Постановою Правління Національного Банку України від 08.09.2011 № 306. Так, юридична особа, яка має намір здійснювати банківську діяльність, протягом тижня після внесення державним реєстратором відповідного запису до Єдиного державного реєстру надсилає НБУ повідомлення про державну реєстрацію юридичної особи, який вносить відомості про юридичну особу до Державного реєстру банків одночасно з прийняттям рішення про надання банківської ліцензії.

Як влучно зазначає В. С. Щербина, державна реєстрація суб'єктів господарювання є формальним (зовнішнім) вираженням приватно-публічного характеру підприємницької діяльності. При цьому публічний організаційний ефект підсилюється необхідністю ліцензувати господарську діяльність у встановлених законом випадках [9; с.42]. Отже, вимога державної реєстрації юридичної особи як фінансової установи є передумовою здійснення останньою господарської діяльності та здатності реалізовувати господарську правосуб'єктність, набуваючи права учасників господарських правовідносин.

Третім видом основних вимог до фінансових установ є ліцензійні вимоги, що пов'язано із необхідністю отримання ліцен-

зії для початку та здійснення окремих фінансових послуг. Закон «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» встановлює, що у випадках встановлених законодавством, надання певних фінансових послуг потребує ліцензування, фінансова установа має право на здійснення таких послуг лише після отримання відповідних ліцензій (ч. 2 ст. 7).

Законом України «Про ліцензування видів господарської діяльності» від 02.03.2015 № 222-VIII визначено основні складові ліцензійних вимог, які обумовлюються особливостями здійснення певного виду господарської діяльності. До них належать: 1) вичерпний перелік документів, що підтверджують відповідність суб'єкта господарювання вимогам ліцензійних умов; 2) кадрові вимоги щодо: мінімальної кількості працівників за окремими посадами; даних про наявність трудових договорів з усіма найманими працівниками; 3) організаційні вимоги, серед яких: зберігання протягом дії ліцензії документів, копії яких подавалися органу ліцензування відповідно до вимог цього Закону; подання передбаченої законом звітності та інші; 4) технологічні вимоги щодо наявності певної матеріально-технічної бази разом з даними, що дають можливість її ідентифікувати; 5) спеціальні вимоги, передбачені законом, стосовно: обмеження щодо суміщення здійснення видів господарської діяльності; розміру статутного капіталу тощо.

Різноманітність послуг з фінансовими активами зумовила відсутність єдиних ліцензійних умов до фінансових установ. Вони встановлені у чинному законодавстві до окремих суб'єктів фінансових послуг та/або певних видів діяльності на цьому ринку. Наприклад, Ліцензійні умови провадження діяльності з надання фінансових кредитів за рахунок залучених коштів кредитними установами затверджені Розпорядженням Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг від 18.10.2005 № 4802.

Підводячи підсумки аналізу основних економіко-правових вимог, що висувуються до фінансових установ зазначимо, що вони стосуються правового статусу та організаційної основи діяльності вказаних суб'єктів господарювання.

Однак і поточна діяльність фінансових установ з надання фінансових послуг також регламентована чинним законодавством

України з встановленням до неї низки вимог. Їх особливість з правової точки зору пов'язана з тим, що вони висуваються у зв'язку з отриманням фінансовим посередником статусу фінансової установи та, по суті, становлять собою сукупність її обов'язків, яких має дотримуватися фінансовий посередник у ході здійснення господарської діяльності.

Аналіз чинного законодавства дає можливість встановити такі групи *додаткових вимог до фінансових установ* щодо: (а) обліку та звітності; (б) проведення аудиту; (в) здійснення фінансового моніторингу; (г) управління ризиками; (д) інформаційного забезпечення.

Фінансова установа зобов'язана вести *облік* своїх операцій та надавати *звітність* відповідно до вимог законів та нормативно-правових актів державних органів з питань регулювання діяльності фінансових установ та ринків фінансових послуг. Так, Закон України «Про банки та банківську діяльність» від 07.12.2000 № 2121-III передбачає особливості звітності банків, зокрема НБУ має право в окремих випадках вимагати подання разової та тимчасової звітності від банків та банківських груп; банк зобов'язаний протягом місяця, наступного за звітним періодом, розповсюджувати на веб-сайті банку, а також розмішувати у приміщеннях банку, до яких мають доступ клієнти, у тому числі вкладники, квартальний баланс, звіт про фінансові результати банку та примітки до звітів, перелік яких визначається НБУ та інші (ст. 69).

Такі фінансові установи, як банки, довірчі товариства, валютні та фондові біржі, інвестиційні фонди, кредитні спілки, недержавні пенсійні фонди, страхові компанії зобов'язані не пізніше 1 червня наступного за звітним року оприлюднити річну фінансову звітність та консолідовану звітність шляхом публікації у періодичних виданнях або розповсюдження її у вигляді окремих друкованих видань.

Чинним законодавством встановлені додаткові порівняно з іншими юридичними особами вимоги *проведення аудиту* фінансових установ. Він може проводитися аудиторськими фірмами або аудиторами, які мають відповідний сертифікат, не мають вза-

смовідносин щодо права власності з фінансовою установою, діяльність якої перевіряється, не мають заборгованості перед цією установою або іншого конфлікту інтересів (зовнішній аудит). Вищим органом управління фінансової установи створюється структурний підрозділ або призначається окрема особа для проведення внутрішнього аудиту.

Законом України «Про недержавне пенсійне забезпечення» від 09.07.2003 № 1057-IV передбачена необхідність проведення планових аудиторських перевірок діяльності пенсійних фондів, адміністраторів, компаній з управління активами, зберігачів, страхових організацій та банків, що надають послуги у сфері недержавного пенсійного забезпечення, не рідше ніж один раз на рік за рахунок юридичних осіб, що перевіряються (ст. 5). Результати аудиторських перевірок підлягають опублікуванню в порядку, визначеному цим Законом

Відповідно до Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» від 14.10.2014 № 1702-VII фінансові установи належать до суб'єктів первинного *фінансового моніторингу* (ст. 5). Тому вони зобов'язані запровадити систему фінансового моніторингу в порядку, встановленому Положенням про здійснення фінансового моніторингу суб'єктами первинного фінансового моніторингу, державне регулювання та нагляд за діяльністю яких здійснює Міністерство юстиції України, затвердженому Наказом Міністерства юстиції України від 18.06.2015 № 999/5. Ведення фінансового моніторингу зобов'язує фінансову установу стати на облік у спеціально уповноваженому органі в порядку, визначеному НБУ, прийняти локальний нормативно-правовий акт з цього питання, призначити відповідального працівника або утворити структурний підрозділ з фінансового моніторингу. Вимоги до фінансового моніторингу вимагають при проведенні фінансових операцій здійснювати ідентифікацію, верифікацію та вивчення клієнта, проводити оцінку ризику цього клієнта з урахуванням критеріїв ризику, виявлення фінансових операцій, які підлягають обов'язковому та внутрішньому фінансовому моніторингу та ін.

Складовою будь-якої діяльності на ринку фінансових послуг є ризик, оскільки саме цій діяльності властиві високий рівень залежності прийняття управлінських рішень від впливу значної кількості факторів та дій контрагентів, котрі важко передбачити з необхідною точністю. Саме з невизначеністю, або з імовірнісними процесами, зумовленими важкістю точного передбачення перебігу подій у майбутньому, як правило, пов'язується виникнення ризику [12; с.9]. У теорії ризик найчастіше розглядають як можливість відхилення кінцевого результату від запланованого, кількісно оцінену можливість невідповідності очікуванням економічних параметрів функціонування об'єкта, і визнають невід'ємною складовою всіх аспектів соціально-економічного буття і властивий будь-якій сфері поширення фінансових відносин. Поява ризику спричиняється відсутністю достатньо повної інформації про подію чи явище та неможливістю прогнозувати розвиток подій. Слід погодитися з тим, що можна приймати рішення та запроваджувати дії, які спрямовані на зменшення ризику, але позбутися його неможливо [13; с. 31].

З метою зменшення ризиків під час діяльності з надання фінансових послуг фінансові установи повинні здійснювати також регулювання та управління ризиками, що являє собою постійний процес, а саме певну послідовність дій (етапи) у його здійсненні: визначення (виявлення) ризиків, їх оцінку (вимірювання), моніторинг, контроль, передбачення і нейтралізацію негативних фінансових наслідків, пов'язаних з їх ідентифікацією, оцінкою, профілактикою і мінімізацією.

Оцінювання ризиків клієнтів суб'єктом первинного фінансового моніторингу здійснюється за відповідними критеріями, зокрема за типом клієнта, географічним розташуванням держави реєстрації клієнта або установи, через яку він здійснює передачу (отримання) активів, і видом товарів, послуг, які клієнт отримує від суб'єкта первинного фінансового моніторингу. Суб'єкт первинного фінансового моніторингу зобов'язаний також здійснювати переоцінку ризиків клієнтів, з якими встановлені ділові відносини, а також в інших випадках, встановлених законодавством, не рідше ніж один раз на рік з метою її підтримання в актуальному

стані та документувати результати оцінки чи переоцінки ризиків (ст. 11 Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення»).

Здійснення діяльності з фінансовими активами, в тому числі залученими і які належать іншим особам, зумовлює встановлення до фінансових установ *вимог інформаційного характеру*, зокрема, а) фінансовим установам забороняється поширювати у будь-якій формі рекламу та іншу інформацію, що містить неправдиві відомості про їх діяльність у сфері фінансових послуг; б) фінансові установи повинні дотримуватися вимог розкриття інформації, що містяться у ст. 12-1 Закону «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», зокрема щодо розкриття фінансової та консолідованої звітності, звіту про корпоративне управління; звітні дані (інші, ніж фінансова та консолідована фінансова звітність), а також приписів Закону України «Про захист персональних даних» від 01.06.2010 № 2297-VI, як володільці персональних даних.

Нерівне становище на ринку фінансових послуг його учасників, перш за все, реципієнтів та фінансових установ, стало підставою для введення додаткових гарантів прав споживачів фінансових послуг шляхом визнання права доступу до інформації щодо діяльності фінансової установи, перелік якої міститься у ст. 12 Закону «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг».

Підводячи підсумок аналізу економіко-правових вимог до фінансових установ необхідно зазначити, що досліджувані суб'єкти господарювання забезпечують функціонування інфраструктури фінансової системи та фінансового ринку і належать в цілому до фінансових посередників. Серед них слід виокремлювати тих суб'єктів господарювання, які одночасно виконують ще й функції інвестора, у разі використання ними з метою надання фінансових послуг власних фінансових активів.

Особливості правового статусу фінансових установ, виключний характер їх господарської правоздатності, визначаються такими основними вимогами, які мають бути дотримані на етапі

утворення таких суб'єктів господарювання, як вимоги до організаційно-правової форми, ресстраційні та ліцензійні вимоги. Додаткові вимоги встановлені чинним законодавством до самої діяльності фінансових установ під час надання фінансових послуг (щодо обліку та звітності, щодо проведення аудиту, щодо проведення фінансового моніторингу, до управління ризиками, а також вимоги інформаційного характеру). Додаткові вимоги до фінансових установ спрямовані на забезпечення дотримання інтересів всіх учасників фінансового ринку, особливе значення серед яких мають забезпечення фінансової стабільності держави та дотримання інтересів споживачів фінансових послуг як потенційно найменш захищеної сторони на ринку фінансових послуг.

1. Коваленко Ю. М. *Фінансовий ринок і ринок фінансових послуг: сутність, сегменти, суб'єкти* / Ю. М. Коваленко // *Фінанси України*. – 2013. – № 1. – С. 101-112
2. *Основи економічної теорії: Підручник* / Чухно А.А., Єценко П.С., Климко Г.Н. та ін.; За ред. Чухно А.А. – К.: Вища шк., 2001. – 606 с.
3. Жилинский С. Э. *Предпринимательское право (правовая основа предпринимательской деятельности): Учебник для вузов. – 3-е изд., изм. и доп.* – М.: Изд-во НОРМА, 2000. – 625 с.
4. Трибушная В. Х. *Инновационная инфраструктура как необходимость поддержки наукоёмкого предпринимательства: технопарки и стратегическое управление: Монография. Ижевск, 2011. – 240 с.*
5. Кологойда О. В. *Господарсько-правове регулювання фондових відносин в Україні : монографія.* – К. : Видавництво Ліра-К, 2015. – 704 с.
6. Стреухов А.А. *Особенности специального субъекта права* / А.А. Стреухов // *Известия вузов. Правоведение.* – 2004. – 3. – С. 130-144.
7. *Господарське право : підручник* / О. П. Подцерковний, О. О. Квасницька, А. В. Смітюх [та ін.] ; за ред. О. П. Подцерковного. – Х. : Одиссей, 2010. – С. 487.
8. Стась Е. П. *Проблеми окремих публічно-господарських обмежень у страховій діяльності* / Е. П. Стась // *Актуальні проблеми держави і права.* – 2011. – Вип. 57. – С. 472-479.
9. Щербина В. С. *Суб'єкти господарського права : монографія* / В. С. Щербина. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – 264 с.
10. *Господарське право : підручник* / Д. В. Задихайло, В. М. Пашков, Р. П. Бойчук та ін. ; за заг. ред. Д. В. Задихайла, В. М. Паškова. – Х. : Право, 2012. – 696 с.

11. *Цивільне право : підручник : у 2 т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, Т. І. Бегова та ін.; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – Х. : Право, 2011. – Т. 1. – 656 с.*
12. *Управління ризиками банків [Текст] : монографія у 2 томах. Т. 1: Управління ризиками базових банківських операцій / [А. О. Єніфанов, Т. А. Васильєва, С. М. Козьменко та ін.] / за ред. д-ра екон. наук, проф. А. О. Єніфанова і д-ра екон. наук, проф. Т. А. Васильєвої. – Суми : ДВНЗ “УАБС НБУ”, 2012. – 283 с.*
13. *Десятнюк О. Дефініція ризику податкової системи / О. Десятнюк // Світ фінансів. – 2007. – №. 4 (13). – С. 24–34.*

Борисов І.В. Економіко-правові вимоги до фінансових установ як суб'єктів ринку фінансових послуг

В умовах активного реформування ринку фінансових послуг в Україні все ще без належного ступеню аналізу та обґрунтування залишаються економіко-правові вимоги до фінансових установ, які до них висуваються на рівні законодавства з метою покращення загальної ситуації на цьому ринку, підвищення рівня прозорості та прогнозованості його розвитку. Метою цієї статті є визначення та систематизація економіко-правових вимог до фінансових установ як одних з основних суб'єктів фінансового ринку України.

Автор доводить, що залежно від тих функцій, які виконують фінансові установи на ринку фінансових послуг, їх можна поділити на дві основні групи: 1) фінансові посередники, діяльність яких носить інвестиційний та інфраструктурний характер, оскільки водночас вони виступають й інвесторами фінансових активів, та 2) фінансові посередники, які виконують допоміжні функції (торговці цінними паперами, валютні біржі, депозитарії та клірингові установи, та ін.).

Особливості правового статусу фінансових установ, винятковий характер їх господарської правоздатності, визначаються тими вимогами, які повинні бути дотримані на етапі створення цих суб'єктів, зокрема, вимоги до їх організаційно-правової форми, реєстраційні і ліцензійні вимоги. До самої діяльності фінансових установ пред'являються додаткові вимоги, зокрема, щодо: обліку та звітності, інформації, проведення аудиту та фінансового моніторингу, управління ризиками тощо.

Теоретичну базу дослідження, на яку спирався автор обґрунтовуючи зроблені висновки, склали праці таких вчених як О. М. Вінник, В. В. Гушнін, О. В. Кологойда, А. В. Майфат, К. В. Масляєва, В. В. Овчинников, К. М. Татаринцева, В. А. Трапезніков, І. З. Фархутдінов, В. С. Щербина та інші вчені.

Ключові слова: ринок фінансових послуг; фінансова установа, фінансовий посередник; економіко-правові вимоги; організаційно-правова форма; ліцензійні вимоги; додаткові вимоги.

Борисов И. В. Экономико-правовые требования к финансовым учреждениям как к субъектам рынка финансовых услуг

Статья посвящена исследованию экономико-правовых требований, предъявляемых к финансовым учреждениям как к субъектам рынка финансовых услуг.

Анализ законодательства Украины, регулирующего вопросы организации деятельности и функционирования финансовых учреждений на рынке финансовых услуг, а также обобщение результатов научных исследований по этой тематике, дает основание автору прийти к следующим выводам:

1. В зависимости от функций, выполняемых финансовыми учреждениями на рынке финансовых услуг, они подразделяются на: 1) финансовых посредников, деятельность которых носит как инвестиционный, так и инфраструктурный характер, и 2) финансовых посредников, выполняющих, вспомогательные функции, связанные с обслуживанием движения финансовых активов при их аккумуляции и перераспределении.

В систему финансовых посредников не входят субъекты хозяйствования, не имеющие статуса финансовых учреждений, хотя они могут предоставлять отдельные посреднические услуги на финансовом рынке.

2. Выделить две основные группы экономико-правовых требований к финансовым учреждениям, как к субъектам рынка финансовых услуг: основные и дополнительные.

Основные требования - это закрепленные в нормативно-правовых актах императивные предписания относительно правового статуса финансовых учреждений, которые отражают исключительный характер их хозяйственной правосубъектности. К ним относятся требования к: (а) организационно-правовой форме финансового учреждения, (б) регистрационные и (в) лицензионные. Соблюдение этих требований является обязательным на этапах создания и начала деятельности финансового учреждения как финансового посредника.

Дополнительные требования - это установленные нормативно-правовыми актами предписания ограничительного характера, предъявляемые к деятельности финансовых учреждений при предоставлении ими финансовых услуг, в частности, это требования к учету и отчетности, к информационному обеспечению, к проведению аудита и финансового мониторинга, к управлению рисками и т.п. Несмотря на производный характер таких требований, их нельзя отнести к факультативным требованиям, их соблюдение является обязательным. Вместе с тем по сравнению с основными требованиями, они не носят учредительного характера.

Ключевые слова: рынок финансовых услуг; финансовое учреждение; финансовый посредник; экономико-правовые требования; организационно-правовая форма; лицензионные требования; дополнительные требования.

I. Borisov. Economic and Legal Requirements for Financial Institutions as Participants of the Financial Services Market

The article investigates the economic and legal requirements for financial institutions as participants of the financial services market.

The analysis of Ukrainian legislation, governing the establishment and operation of financial institutions in the financial services market, as well as the generalization of the results of scientific studies on this subject, allows making the following conclusions:

1. Depending on the functions performed by financial institutions in the financial services market, financial institutions can be divided into: 1) financial intermediaries whose activity is both investment and infrastructural in nature, 2) financial intermediaries performing auxiliary functions related to the movement of financial assets during their accumulation and redistribution.

The system of financial intermediation does not include business entities that do not have the status of financial institutions, although they may provide their own brokerage services in the financial market.

2. There are two main groups of economic and legal requirements for financial institutions as participants of the financial services market: basic and additional.

Basic requirements are enshrined in the mandatory provisions of numerous legal acts; those requirements are related to the legal status of financial institutions, and reflect the exceptional nature of their business legal capacity. Amongst those requirements there are: (a) the legal organizational form of the financial institutions, (b) registration, and (c) licensing. Compliance with these requirements is mandatory at the stages of creation and proceeding the financial activity of the financial institution as a financial intermediary.

Additional requirements are enshrined in legal acts as well, and constitute a set of restrictive provisions applicable to the activities of financial institutions in the course of providing financial services. Amongst those requirements there are, in particular, the requirement for accounting and reporting, for data support, for the auditing and financial monitoring, risk management, etc. Despite the derivative nature of those requirements, they cannot be deemed as optional requirements. Conversely, compliance with them is mandatory. However, compared with the basic requirements, they are not of a constituent character.

Keywords: financial services market; financial institution; financial intermediary; economic and legal requirements; organizational and legal form; licensing requirements; additional requirements.

Войцеховська Х.В.

ДОГОВІР ПРО СПІВРОБІТНИЦТВО З ВИПЛАТИ ГАРАНТОВАНИХ СУМ ВІДШКОДУВАНЬ ВКЛАДНИКАМ

УДК 347.45/.47

Останні кілька років, у зв'язку із складною економічною ситуацією в Україні, особливо активізувалась діяльність Фонду гарантування вкладів фізичних осіб з виплат вкладникам сум вкладів, що підлягають гарантуванню. Раніше мало хто з пересічних громадян чув про таку структуру, як Фонд гарантування вкладів фізичних осіб, адже допоки банківський сектор працював більш-

менш задовільно, знайомства з цією установою уникала переважна більшість українських вкладників. Проте стрімка фінансова неплатоспроможність банківського сектору ставить на порядок денний перед банківською системою та вкладниками належне виконання Фондом своєї функції з гарантування вкладів. Зазначене завдання Фонду реалізується шляхом укладення договору про співробітництво з виплати гарантованих сум відшкодувань – саме за допомогою цього договору реалізується основна функція Фонду – виплата гарантованих сум вкладів вкладникам та відсотків за ними. Слід одразу зазначити, що даний договір є порівняно новим у системі взаємовідносин між Фондом та банками щодо повернення вкладів. У загальних рисах даний договір згадується у Законі України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб», а детальна регламентація цієї договірної конструкції та порядок укладення останнього здійснюється у Положенні «Про порядок визначення банків-агентів Фонду гарантування вкладів фізичних осіб», затвердженого Рішенням виконавчої дирекції Фонду гарантування вкладів фізичних осіб від 12.07.12 р. № 6, яке нещодавно доповнено розділом четвертим «Взаємовідносини банків - агентів і Фонду» [1].

Вищенаведеним Положенням, зокрема, передбачено, що у разі ліквідації банку виконавча дирекція Фонду гарантування вкладів фізичних осіб із числа банків-агентів визначає один або декілька банків для здійснення виплат гарантованих сум відшкодувань вкладникам банку. Із переліку банків, що відібрані за наявності відповідних умов, з ними укладаються договори про співробітництво з виплати гарантованих сум відшкодувань.

Правова доктрина з приводу юридичної характеристики цього договору не відзначається дослідженістю та єдністю поглядів. Саме тому тут слід виходити із загальноправового аналізу шляхом скрупульозного вивчення питання кваліфікації самого договору. Проблема лежить передусім у площині віднесення даного договору чи то до адміністративного, чи то до цивільно-правового, визначення назви цього договору, сторін, предмету та змісту, виконання та правових наслідків невиконання. Саме до розкриття цих питань перейдемо далі. На перший погляд видається, що вказаний договір перебуває в рамках регулювання адміністра-

тивного, а не цивільного права. Так, якщо звернутись, до теорії адміністративного права, то в ній сформульована низка ознак адміністративного договору. Це, зокрема, такі: 1) обов'язковою стороною адміністративно-господарського договору є суб'єкт публічної адміністрації; 2) предметом такого договору є публічне управління економікою; 3) спрямований на задоволення публічних інтересів; 4) укладається у межах компетенції публічної адміністрації [2, с. 255-256].

Подібну позицію займає і А. О. Задихайло, вказуючи на те, що адміністративний договір слід розглядати, як угоду між двома (або більше) суб'єктами адміністративного права, один з яких обов'язково є органом державної влади, засновану на нормах адміністративного права, у загальнодержавних або інших публічних інтересах, за допомогою якої виникають, змінюються або припиняються взаємні права та обов'язки сторін [3, с. 105].

Окремі з цих ознак безперечно наявні у договорі про співробітництво з виплати гарантованих сум відшкодувань: стороною його є державний орган та укладається він у межах компетенції Фонду гарантування вкладів фізичних осіб. Тут реалізується також функція публічного впливу на економіку, а саме банківський сектор економіки. Дійсно, шляхом укладення цього договору вирішується питання щодо задоволення публічних інтересів – забезпечення стабільності банківської системи в цілому через процедуру гарантування банківських вкладів. Але попри це, через укладення таких договорів реалізуються й права окремих вкладників, які перебували із банками у договорах банківського вкладу (депозиту), і саме їхні інтереси будуть вирішальними при моделюванні прав та обов'язків сторін у такому договорі.

Звичайно, що процедура укладення досліджуваних нами договорів передбачає тендерний відбір банків-агентів, що регламентовано в рамках Положення про порядок визначення банків-агентів Фонду гарантування вкладів фізичних осіб [1], що наводилось нами вище, і тільки після відбору банків з ними укладається договір про співробітництво з виплати гарантованих сум відшкодувань. Специфіка процедури визначення банка-агента дозволяє зробити висновок, що у цьому разі має місце складний юридичний склад при виникненні договірного зобов'язання. Такі юри-

дичні склади мають місце, коли йдеться про договірні відносини за участі юридичних осіб публічного права та коли укладаються договори, правова регламентація яких здійснюється нормами комплексних галузей права. Йдеться зокрема, про норми банківського, природноресурсового права, аграрного, земельного та інших галузей.

Проте, окреслена специфіка юридичного факту, на підставі якого виникає правовідношення з гарантування вкладів Фондом жодною мірою не впливає на можливість кваліфікації даного договору як цивільно-правового.

Не є перешкодою у тому, щоб кваліфікувати ці відносини як цивільно-правові й те, що стороною зобов'язання з повернення виступає Фонд гарантування вкладів, адже у тому разі, якщо юридична особа публічного права вступає в цивільне правовідношення, на неї автоматично поширюються положення ЦК України, якщо інше не визначено законом. Таке правило закріплене в рамках ст. 82 ЦК України. У цьому зв'язку слід погодитись із міркуваннями, висловленими Р. Б. Шишкою, за якими при укладенні цивільних договорів, до юридичних осіб публічного права встановлено загальне правило: вони передусім діють відповідно до цивільного законодавства [4, с. 26].

Крім того, варто зауважити, що між банками-агентами та Фондом виникає грошове зобов'язання щодо повернення сум вкладів, а норми, що регламентують відносини, що впливають з грошових зобов'язань вміщені саме у ЦК України, а це на формальному рівні вказує про правове регулювання вказаних відносин – вони є цивільно-правовими. До таких відносин застосовуються як норми ЦК України, так і правила здійснення розрахункових банківських операцій, закріплені актами банківського законодавства України. Отже, перший важливий висновок, який можна зробити, полягає в тому, що договір про співробітництво з виплати гарантованих сум відшкодувань за своєю правовою природою належить до цивільно-правових.

Далі ж перейдемо до характеристики сторін договору. Незважаючи на те, що у Законі «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» і Положенні [1] закріплено норми про те, що сторонами договору про співробітництво з виплати гарантованих

сум відшкодувань виступають Фонд та банки-агенти, у літературі та коментарях юристів-практиків можна зустріти різні точки зору з цього приводу. Так, знаходимо позицію, за якою виконання зобов'язання банку перед вкладником з виплати грошових коштів на підставі договору банківського вкладу органом, що гарантує вклади фізичних осіб відповідає конструкції норми щодо виконання зобов'язання іншою особою, проте з тією особливістю, що обов'язок виконання зобов'язання боржника третьою особою виникає на основі нормативного акта. Так, Богомолів А. О. (правда, на прикладі Агенства страхування вкладів РФ) вказує, що виконання зобов'язання банку перед вкладниками з виплати грошових коштів на підставі договору банківського вкладу Агентством відповідає положенню щодо виконання зобов'язання боржника третьою особою, проте з тим, що обов'язок виконання зобов'язання боржника третьою особою виникає в силу нормативного правового акту [5, с. 6].

Дійсно, положеннями ЦК України передбачається можливість виконання зобов'язання іншою особою (ст. 528), якщо з умов договору, вимог Кодексу, інших актів цивільного законодавства або суті зобов'язання не впливає обов'язок боржника виконати зобов'язання особисто. Коли йдеться про гарантування вкладів, то тут відсутній обов'язок особистого виконання, проте виникає інша проблема.

Розуміючи різницю між гарантуванням вкладів та виконанням вкладів (у тому числі й іншою особою) у правозастосовній практиці у договорі банківського вкладу (депозиту) не міститься вказівки про те, що у випадку невиконання договору банківського вкладу банківською установою Фонд виступає особою, що буде виконувати зобов'язання на підставі ст. 528 ЦК України, що вважаємо є цілком логічним. Немає імперативної норми і в ЗУ «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» з урахуванням специфіки системи гарантування, тому в даному випадку, вважаємо за недоцільне використання конструкції виконання Фондом зобов'язання, що виникає з договору банківського вкладу депозиту, на підставі Закону.

Існує також позиція щодо доцільності включення і вкладників у структуру відносин з повернення банківських вкладів поряд

з Фондом та банками-агентами. Така позиція ґрунтується на тому, що залучивши вкладника у договір з повернення вкладів, він зможе якісніше реалізувати своє право на гарантовану суму вкладу Фондом гарантування. У такому разі пропонується розробка конструкції трьохстороннього договору.

Проте, такий підхід до проблеми, на нашу думку, не є бездоганним. Відповідно до чинного законодавства вкладник реалізує свої право на суму відшкодування шляхом подачі заяви. Сутність та форма такої заяви дозволяє кваліфікувати її як односторонній правочин, в якому реалізується відповідне волевиявлення вкладника. Вважаємо, що відповідної заяви цілком достатньо для того, щоб реалізувати своє право на суму відшкодування. Не варто ускладнювати та робити незрозумілим і так непростий механізм повернення вкладу. Вкладник, уклавши з банком договір банківського вкладу (депозиту) повинен бути повідомлений про суму відшкодування, йому нема потреби вступати ще в якісь додаткові договірні зв'язки чи то з банками-агентами, чи то з Фондом.

Попри те, що банки мають обов'язок повідомляти вкладників про розмір та умови гарантування вкладів, у судовій практиці мали місце позови щодо оскарження дій банку в частині неповідомлення ним відповідної інформації, зокрема неповідомлення вкладника про негарантування вкладу певного виду Фондом гарантування. Так, група вкладників звернулась до суду з вимогою про визнання укладених ними раніше договорів банківського вкладу з видачею купонного ощадного сертифікату на пред'явника строковими договорами банківського рахунку простого депозитного банківського вкладу. Підставою звернення до суду стала відмова Фонду гарантування вкладів здійснити повернення вкладів за договорами банківського вкладу з видачею купонного ощадного сертифікату на пред'явника, що ґрунтується на вимогах ст. 26 ЗУ «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб». Позивачі наполягали на тому, що укладені ними договори банківського вкладу з видачею купонного ощадного сертифікату на пред'явника насправді укладені під впливом помилки, не відповідають їх справжній волі, яка була спрямована укладення договорів простого депозитного банківського вкладу. Однак,

Шевченківський районний суд м. Києва рішенням від 27.03.2014 р., залишеним у силі ухвалою Апеляційного суду м. Києва від 22.05.2014р. у справі № 22-ц/796/6441/2014 [6], відмовив у задоволенні позовних вимог, визнавши, відповідність укладених договорів вимогам законодавства.

Разом з тим, такі випадки трапляються нечасто і у банківській договірній практиці вкладникам повідомляється щодо умов гарантування вкладів. З огляду на наведене, вважаємо, що нема доцільності розширювати суб'єктний склад договірного зобов'язання з повернення суми відшкодування, а залишити сторонами Фонд та банки-агенти, проте з детально прописаними у договорі правами та обов'язками сторін, умовами щодо його виконання та правових наслідків невиконання.

Щодо можливості виступати стороною зобов'язання в якості банку-агента, то таким може виступити не кожен банк, а тільки той, що належить до I або II групи за розміром активів на поточний рік розподілом Національного банку України; строк діяльності банків, повинен становити не менше ніж три роки після отримання банківської ліцензії; відсутність фінансової заборгованості перед Фондом щодо сплати зборів, штрафів, пені; наявність регіональної мережі відокремлених підрозділів, представлену не менше ніж у 10 областях України; володіння сучасними технологіями обслуговування грошових переказів за допомогою внутрішньо-банківської платіжної системи термінових переказів коштів по Україні в національній валюті; забезпечення здійснення виплат належних кожному вкладнику коштів відшкодувань у будь-якому своєму відокремленому підрозділі на території України не пізніше другого робочого дня після перерахування їх Фондом на транзитний рахунок; забезпечення обміну з Фондом інформацією з виплати відшкодувань [1].

Має свою специфіку й процедура проведення відбору та визначення банків-агентів. Так, для виконання організаційної роботи, пов'язаної з визначенням банків-агентів Фонду, директор-розпорядник Фонду видає наказ про створення з числа працівників Фонду комісії з визначення банків-агентів у кількості не менше 5 осіб, яка діє впродовж дванадцяти місяців. Комісію очолює заступник директора-розпорядника Фонду або керівник структур-

ного підрозділу Фонду. Для визначення банків-агентів Фонд, направляє до банків I та II груп повідомлення про можливість стати банком-агентом Фонду для здійснення виплати відшкодувань у разі ліквідації банків. Банк, який має намір брати участь у процедурі відбору банків-агентів, повинен надати до Фонду (у строки, вказані у повідомленні про участь у процедурі визначення банків-агентів) пакет документів, необхідний для розгляду питання про їхню діяльність в якості банків-агентів.

Днем подання банком документів вважається день їх реєстрації у Фонді. Комісія визначає перелік банків-агентів, а результат засідання Комісії з відбору банків оформлюється протоколом, який передається на розгляд виконавчій дирекції Фонду для прийняття відповідного рішення. Перелік банків-агентів Фонду затверджується рішенням виконавчої дирекції Фонду не пізніше 10 робочих днів з дня одержання протоколу. Фонд протягом 3 робочих днів після прийняття рішення виконавчою дирекцією Фонду письмово повідомляє банки, які брали участь у процедурі відбору банків-агентів, про включення або про невключення банку до переліку банків-агентів із зазначенням мотивованих підстав щодо такого не включення [1].

Крім того, Фонд щомісячно до 20 числа наступного за звітним місяцем здійснює аналіз діяльності банків - агентів Фонду на предмет їх відповідності пунктам 1 та 2 розділу Положення. У разі виявлення невідповідності банку-агента вимогам пункту 1 та 2 розділу II Положення «Про порядок визначення банків-агентів Фонду гарантування вкладів фізичних осіб» або неналежного виконання банком умов договору про співробітництво з виплати гарантованих сум відшкодувань на розгляд виконавчої дирекції Фонду виноситься питання щодо подальшого договірної співробітництва з таким банком - агентом Фонду [1]. Проте у подальшому банки - агенти, з якими за рішенням виконавчої дирекції були розірвані договори про співробітництво з виплати гарантованих сум відшкодувань, мають право приймати участь у наступних процедурах відбору банків-агентів Фонду [1].

Інше питання, на яке слід дати відповідь – це визначення предмету цього договору, його істотних умов. Відмежування будь-якого договору від інших договірних конструкцій, лежить в

площині предмету договору. Як слушно відзначає О. А. Сурженко, однією з ідентифікуючих особливостей договору вважається його предмет. Саме предмет договору визначає специфіку поняття договору, його змісту [7, с. 134-135].

Предмет договору є однією з істотних умов будь-якого договору. Більшість дослідників вважають умову про предмет договору єдиною дійсно істотною умовою договору. Таким же шляхом йде і ЦК України, визнаючи предмет договору абсолютною істотною умовою для будь-якого виду договору. ГК України також відносить предмет договору до умови, яка поряд із ціною та строком дії договору, є умовою, яку сторони зобов'язані у будь-якому разі погодити. Отже, договорів, які не мають свого предмета, виходячи з положень Цивільного та Господарського кодексів України, а також сучасної теорії цивільного права, не існує.

У цивілістичній літературі, поширеною є позиція з приводу того, що предмет договору складають дії, але ці дії можуть бути тільки правомірними [8]. Досліджуваний нами договір має чітко визначений предмет - дії банку-агента щодо виплати гарантованих сум вкладника. Виходячи із того, що даний договір має свій конкретизований (ідентифікований) предмет, є підстави стверджувати про некоректність законодавчого підходу щодо самої назви даного договору «договір про співробітництво», як визначається на рівні нормативно-правових актів, адже така назва договору є досить широкою і не дає зрозуміти меж такого співробітництва. Складається хибне враження, що крім виплати гарантованих сум банки-агенти та Фонд мають й інші напрями співробітництва, хоча, як впливає із нормативно-правових актів Фонду, це не так.

З огляду на зазначене, вважаємо, що більш доцільним слід вживати назву договору «договір про виплату гарантованих сум відшкодувань», а також закріпити дану назву у відповідному підзаконному нормативно-правовому акті, де міститься регламентація відносин у цій сфері.

Як вірно відзначається у літературі, істотними умовами договору є: умови, які безпосередньо зазначені в законі; умови, які необхідно погодити саме для даного виду договору; умови, на погодженні яких наполягає одна із сторін [9, с. 6; 10].

Істотною умовою даного договору, крім предмету, є також строк. Фонд розпочинає виплату відшкодування коштів не пізніше семи днів з дня прийняття Національним банком України рішення про відкликання банківської ліцензії та ліквідацію банку. Строк виплати банком-агентом відшкодувань вкладникам становить тридцять робочих днів з дня отримання від Фонду коштів. Саме у зазначені строки повинна бути здійснена виплата вкладнику гарантованих сум відшкодування.

За юридичними характеристиками досліджуваній договір є двостороннім, консенсуальним, оплатним.

Зміст даного договору становлять суб'єктивні цивільні права та обов'язки сторін, які мають свою специфіку. Так, зокрема, Фонд наділяється такими правами :

- контроль за діяльністю банків-агентів щодо ідентифікації вкладників;
- вчасністю та порядком виплат гарантованих сум банками-агентами;
- право на повернення невиплачених банками-агентами сум;
- контроль за додержанням банками-агентами законодавства щодо збереження банківської таємниці [11].

Обов'язками Фонду за даним договором виступають: формування реєстру вкладників, переказ банкам-агентам відповідних сум коштів для здійснення виплат у визначені Законом та договором строки та інші.

Банк-агент у досліджуваному договорі наділяється такими правами:

- право на одержання коштів від Фонду відповідно до умов договору;
- право знайомитись з інформацією щодо особи вкладника, яка зазначена у Реєстрі вкладників;
- право на комісійну винагороду за здійснення виплат сум відшкодування;
- право відкрити особі, яка звернулася до банку-агента та має право на отримання гарантованої суми відшкодування, рахунок для зарахування коштів або перерахувати ці кошти на зазначений нею рахунок та інші.

Обов'язки банку-агента за договором про виплати гарантованих сум конкретизуються у наступному, а саме:

- виплатити гарантовані суми відшкодувань вкладникам;
- забезпечити доступність отримання вкладником гарантованих сум;

- здійснити ідентифікацію особи, яка звернулася за отриманням відшкодування; звірку реквізитів документів особи, яка звернулася за отриманням відшкодування, із реквізитами у Загальному Реєстрі та здійснити виплату коштів, вказавши у касовому документі реквізити отримувача та підставу для виплати відшкодування іншій особі (за потреби);

- зберігати паперову та електронну версії Загального Реєстру;

- забезпечувати цілісність та збереження інформації під час її обробки, передавання та зберігання;

- розмістити в загальнодоступних для клієнтів місцях за місцезнаходженням банку, відокремлених підрозділів інформацію про виконання ним функцій банку-агента Фонду з виплати гарантованих сум відшкодувань вкладникам банку, що ліквідується;

- у разі повідомлення Фондом банку-агента, у тому числі електронною поштою Національного банку України, про прийняття судом або іншим уповноваженим органом державної влади рішення про припинення (призупинення) виплат відшкодувань вкладникам (частині вкладників), а також про припинення виплат на вимогу Фонду – банк - агент зобов'язаний припинити виплати не пізніше наступного робочого дня за днем отримання повідомлення;

- надати Фонду звіти про виплати у встановлені договором строки, формат яких визначається договором; припинити виплати відповідно до умов договору, укладеного з Фондом, та протягом двох робочих днів перерахувати Фонду суму невипланих коштів та направити звіт Фонду;

- інші обов'язки, визначені договором.

Разом з тим, на рівні підзаконних нормативно-правових актів Фонду абсолютно не регламентовані питання щодо правових

наслідків невиконання або неналежного виконання сторонами даного договору, зокрема, в частині прострочення здійснення виплат та інших порушень умов договору, що вважаємо, має бути усунуено шляхом закріплення заходів цивільно-правової відповідальності у вигляді пені за кожен день прострочення виконання договору.

Пропонуємо також передбачити на рівні підзаконних нормативно-правових актів Фонду підстави для розірвання договору про співробітництво з виплати гарантованих сум відшкодувань у випадку його неналежного виконання банком-агентом, що надасть змогу в оперативному порядку визначитись з іншим банком - агентом та в строки організувати виплати вкладникам.

Підсумовуючи, слід зазначити, що договір з виплат гарантованих сум вкладів за юридичною природою є цивільно-правовим, істотними умовами цього договору є предмет та строк. Предмет цього договору складають дії банка-агента щодо виплати гарантованих сум вкладнику. Конкретизованість предмета обумовлює доречність вживати назву договору «договір про виплату гарантованих сум відшкодувань», а також закріпити дану назву у відповідному підзаконному нормативно-правовому акті, де міститься регламентація відносин у цій сфері. Крім того, проведений аналіз дає підстави стверджувати про необхідність детальної законодавчої регламентації змісту даного договору, правових наслідків порушення, а також підстав розірвання.

1. *Про порядок визначення банків-агентів Фонду гарантування вкладів фізичних осіб : положення, затверджене Рішенням виконавчої дирекції Фонду гарантування вкладів фізичних осіб від 12.07.12 р. № 6.- [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z1494-12>*
2. *Петров С. В. Феноменологія адміністративно-господарського права України / С. В. Петров / монографія.– Х.: Діса плюс, 2012. – 392 с.*
3. *Задихайло О. А. Щодо визначення адміністративного договору в адміністративному праві / О. А. Задихайло // : Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету імені Г. С. Сковороди «ПРАВО». - Випуск 19, 2012. – С. 101-105.*
4. *Шишка Р. Б. Сутність юридичної особи публічного права / Р. Б. Шишка // Непідприємницькі організації у механізмі реалізації права гро-*

- мадян на об'єднання (асоціації): Збірник наукових праць (за результатами роботи «круглого столу») / За заг. ред. М. К. Галянтчича. – К.: НДІ приватного права і підприємництва ім. академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2013. – С. 25-29.
5. Богомоллов А. А. Правовое регулирование страхования вкладов в банках Российской Федерации [Текст]: дис. ... канд. юридических наук: 12.00.03 / Богомоллов Андрей Алексеевич М. – 2009. – 228 с.
 6. Рішення Шевченківського районного суду м. Києва від 27.03.2014 р., залишене у силі ухвалою Апеляційного суду м. Києва від 22.05.2014р. у справі № 22-ц/796/6441/2014 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39160568>
 7. Сурженко О. А. К вопросу о предмете договора в гражданском праве / О. А. Сурженко // Проблемы законности : респ. міжвідом. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2002. – Вип. 53.
 8. Стрижак І. В. Проблема визначення поняття «предмет договору» / І. В. Стрижак // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://archive.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Vamsu_pravo/2010_2/Stry_ak.htm
 9. Зазуляк І. І. Істотні умови договору: теоретичний аспект [Текст] : автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Зазуляк Іван Іванович. - НДІ приватного права і підприємництва. – 20 с.
 10. Євстагнєєв Андрій Істотні умови договору за цивільним та господарським кодексами: порівняльний аспект / А. Євстагнєєв // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=2075>
 11. Правила зберігання, захисту, використання та розкриття банківської таємниці, затверджені Постановою Правління Національного банку України 14. 07. 2006р. № 267 // [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0935-06>

Войцеховська Х. В. Договір про співробітництво з виплати гарантованих сум відшкодувань

Стаття присвячена теоретико-правовому аналізу питань, пов'язаних із укладенням та виконанням договору про співробітництво з виплати гарантованих сум відшкодувань. У науковій праці аналізуються концепції провідних вчених України щодо юридичної природи цього договору – адміністративної чи цивільно-правової, робляться відповідні висновки з цього приводу.

Особливо детально характеризується механізм взаємовідносин, що виникають за цим договором, суб'єктивні права та обов'язки сторін. Визначено предмет досліджуваної договірної конструкції. Окрема увага зосереджується на проблематиці виконання та правових наслідків невиконання за договором про співробітництво з виплати гарантованих сум відшкодувань, робляться відповідні пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства у цій сфері.

Ключові слова: Фонд гарантування вкладів фізичних осіб, договір про співробітництво з виплати гарантованих сум відшкодувань, гарантування вкладів.

Войцеховская Х. В. Договор о сотрудничестве по выплате гарантированных сумм возмещений

Статья посвящена теоретико-правовому анализу вопросов, связанных с заключением и исполнением договора о сотрудничестве по выплате гарантированных сумм возмещений. В научной работе анализируются концепции ведущих ученых Украины относительно юридической природы этого договора - административной или гражданско-правовой, делаются соответствующие выводы по этому поводу.

Особенно подробно характеризуется механизм взаимоотношений, возникающих по этому договору, субъективные права и обязанности сторон. Определен предмет исследуемой договорной конструкции. Особое внимание сосредотачивается на проблематике выполнения и правовых последствий невыполнения по договору о сотрудничестве по выплате гарантированных сумм возмещений, делаются соответствующие предложения по совершенствованию действующего законодательства в этой сфере.

Ключевые слова: Фонд гарантирования вкладов физических лиц, договор о сотрудничестве по выплате гарантированных сумм возмещений, гарантирование вкладов.

Voytsehovska H. V. An agreement on cooperation in the payment of guaranteed amounts

The article is devoted to theoretical and legal analysis of issues related to the conclusion and execution of the agreement on cooperation in the payment of guaranteed amounts.

The scientific work deals with analyzes of the concept of leading scientists of Ukraine concerning the legal nature of the contract - administrative or civil law, and with appropriate conclusions from this.

In the article the mechanism of relations arising hereunder the agreement, subjective rights and obligations of the parties of the agreement are characterized in detail. The object of studied agreement construction is defined.

The author pays particular attention to the issue of execution and legal consequences of the breach under the agreement on cooperation in the payment of guaranteed amounts, makes appropriate suggestions for improving the current legislation in this area.

Keywords: Deposit Guaranteeing Fund; agreement on cooperation in the payment of guaranteed amounts; deposit guaranteeing.

ПОСЛУГА ЯК КАТЕГОРІЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

УДК 347(088.4)

Постановка проблеми. На сьогоднішній день цивілістична наука приділила достатньо уваги послугі як об'єкту цивільних прав. Проте відсутність в законодавстві України визначення поняття послуги як категорії цивільного права дає змогу вченим цивілістам пропонувати власні визначення та характеристики вказаного вище об'єкта. Неоднакове трактування поняття послуги та її місця серед об'єктів цивільних прав ускладнює відмежування вказаного об'єкту від інших об'єктів, зокрема результатів робіт. Окрім цього, у цивілістичній науці існують різні підходи до розуміння результату послуги, що є важливим для формування уявлення про якість наданої послуги, а в разі порушень з боку надавача послуги, дає можливість обирати спосіб захисту свого порушеного права. Враховуючи важливе значення поняття послуги як і в законодавстві, так і в цивілістичній науці, тематика дослідження є актуальною.

Ступінь наукової розробки проблеми. Поняттю послуги як об'єкту цивільних прав приділялася увага наступних науковців: В. А. Васильєвої в дисертації «Проблеми цивільно-правового регулювання відносин з надання посередницьких послуг», Р. М. Гейнц в дисертації «Цивільно-правове регулювання відносин за договором про надання комунальних послуг», М. М. Гудими в дисертації «Предмет договору про надання туристичних послуг за законодавством України», А. О. Гунди у дисертації «Цивільно-правове регулювання відносин у сфері надання ритуальних послуг», Н. В. Федорченко у дисертаційній роботі «Зобов'язання з надання послуг у цивільному праві України: теоретико-правові засади» та інших науковців, згаданих в даній статті.

Водночас незважаючи на численність наукових праць залишаються дискусійними погляди науковців щодо поняття послуги. Слід зазначити, що існує необхідність законодавчого закріплення поняття послуги як об'єкта цивільних прав. Саме тому дослідження обраної тематики видається необхідним.

Метою статті є аналіз норм чинного цивільного законодавства, які визначають поняття послуги та регулюють правовідносини з надання послуг, аналіз доктринальних положень цивілістичної науки щодо визначення поняття послуги та виклад власного бачення визначення поняття послуги як категорії цивільного права.

Виклад основного матеріалу. Серед об'єктів цивільних прав, правова доктрина та законодавство в частині 1 статті 177 Цивільного кодексу України [1] виділяють послугу.

Саме цей вид об'єкту цивільних прав був і залишається предметом обговорення в науковому колі, як наслідок в доктрині існують різноманітні визначення самого поняття послуги, встановлено її правові ознаки, проведено класифікації видів послуг та характеристику окремих видів послуг зокрема.

Цивільним кодексом України від 16.01.2003 року не надано визначення поняття послуги, що також послугувало поштовхом для дискусії серед вчених. Вищевказаним кодексом, зокрема статтею 901 (договір про надання послуг) не наведено характеристики послуги, а міститься тільки дефініція договору про надання послуг. Виходячи зі змісту вказаної статті, сторона договору зобов'язується надати послугу, яка споживається в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності.

На законодавчому рівні поняття послуги, як об'єкта правовідносин загалом визначено в Законі України «Про захист прав споживачів» від 12.05.1991 року № 1023-ХІІ [2]. Так відповідно до пункту 17 абзацу 1 статті 1 цього закону встановлено, що послуга це діяльність виконавця з надання (передачі) споживачеві певного визначеного договором матеріального чи нематеріального блага, що здійснюється за індивідуальним замовленням споживача для задоволення його особистих потреб. На наш погляд дана дефініція не дає чіткого визначення послуги як об'єкта цивільних прав загалом та потребує вдосконалення.

В дослідженні сконцентруємо свою увагу на послуді як самостійній цивільно-правовій категорії, яка використовується у Цивільному кодексі України. У майновому обороті послуги беруть участь як економічне благо, яке розкривається більшістю вче-

них-економістів, як здійснення діяльності. Сконцентруємо увагу на дослідженнях вчених-правників.

В. А. Васильєва зазначала, що до послуг іноді відносять усі види корисної діяльності, яка не створює матеріальних цінностей. Особливою ознакою діяльності у цій сфері є неможливість реально досягнути характер продукту, що створюється. Різноманітність послуг у першу чергу породжена їх характером, частина з яких призначена для особистого споживання, частина – виробляється з метою отримання прибутку. З урахуванням економічних характеристик послуги її визначення можна науковець сформулювала так: «Послуга – це вид суспільного блага, за допомогою якого задовольняються потреби шляхом вчинення дій (здійснення діяльності) суб'єктом, у корисних властивостях якої і полягає суб'єктивний інтерес особи» [3, с.12].

Приєднуючись до розуміння послуги як «блага», Р. М. Гейнц у своїй дисертаційній роботі визначає сутність послуги, як об'єкта цивільних прав через категорію «благо», що виявляється у здійсненні певної діяльності. З огляду на це Руслана Миколаївна вказала, що послуга, як об'єкт цивільних прав – це благо, що знаходить свій вияв у діях (діяльності) особи, яка їх (її) здійснює. Результат послуги – це корисний ефект дій послугонадавача, який є нетривалим у часі [4, с.10].

Також в дисертаційній роботі А. О. Гунди, відстоюється концепція визначення сутності послуги як об'єкта цивільних прав через категорію «благо», що виявляється у здійсненні певної діяльності. З огляду на це, послуга як об'єкт цивільних прав – це благо, що знаходить свій вияв у діях (діяльності) особи, яка їх (її) здійснює [5, с.10].

Дещо іншу позицію займає М. М. Гудима, яка вважає, що послугу, можна визначити як специфічну діяльність, що виражається за допомогою здійснення дій, не заборонених чинним законодавством, з метою задоволення потреб суб'єктів цивільного права, яка містить корисний ефект у самій собі або спрямована на досягнення результату, який не має уречевленого характеру, тобто є нематеріальним і тому невіддільним від самої послуги [6, с.9]. Також Н. В. Федорченко вказувала, що сама послуга є дією або

сукупністю дій (діяльність), об'єднаних однією метою – створенням корисного ефекту [7, с.25].

М. І. Брагінський в своїх працях вказав, що послуга – це дія, що приносить користь, допомога іншому, тим самим надаючи значення двом взаємозв'язаним складовим: меті, на досягнення якої послуга направлена (користь, допомога), і засобам досягнення цієї мети (здійснення тим, хто надає послугу, вчиняє дії). До послуг відносять види корисної діяльності, які не створюють матеріальних цінностей, тобто головним критерієм віднесення тієї або іншої діяльності до послуг служить невідчутний, невидимий характер вироблюваного в даній сфері продукту [8]. Послуга не має кінцевого результату. Юридичним підсумком послуги є момент закінчення складових її дій. Фактичний підсумок пов'язаний з моментом прояву корисного ефекту зроблених дій [8].

Також, в літературі одержало визначення послуги як діяльності, що не має упредметненого результату. О. С. Йоффе вказував на те, що в договорі послуг йдеться «про діяльність таких видів, які не одержують або не обов'язково повинні одержати втілення в матеріалізованому, а тим більше в упредметненому результаті» [9, с.419].

У своїх працях Е. Д. Шешенін виділяв такі ознаки послуги: а) це діяльність особи (юридичного або фізичного), що надає послугу; б) надання послуги не залишає речовинного результату; в) корисний ефект послуги (діяльності) споживається в процесі надання послуги, а споживна вартість послуги зникає» [10, с.63].

У свою чергу Н. В. Федорченко назвала загальні ознаки, що об'єднують усі договірні зобов'язання в окрему групу, що опосередковує надання послуг, зокрема: 1) діяльність виконавця не виражається в речовому результаті; 2) відсутність контролю з боку замовника за процесом надання йому послуги виконавцем, хоча він і можливий за наявності згоди сторін, вираженої в конкретних умовах договору; 3) споживання посередницької послуги в процесі її надання; 4) покладення ризику неможливості виконання зобов'язання на замовника [7, с.17].

Відсутність упредметненого результату, як основна ознака послуг використовувалася і для їх відмежування від роботи. До-

тримуючись даного розмежування Д. І. Степанов надав свої визначення, а саме «Послуги — різновид об'єктів цивільних правовідносин, що виражаються у вигляді певної правомірної операції, тобто у вигляді ряду доцільних дій виконавця, або в діяльності, що є об'єктом зобов'язання, що має нематеріальний ефект, нестійкий речовинний результат або упредметнений результат, пов'язаний з іншими договірними відносинами, і що характеризується властивостями здійсненності, невіддільності від джерела, моментально-го споживання, неформалізованої якості» [11, с.135].

Також, запропонований Д. І. Степановим критерій розмежування робіт і послуг — проведення необоротної специфікації матеріалів (нематеріальної речі) суперечить загальноприйнятому в доктрині і закріпленому в законодавстві розумінню роботи як діяльності з виготовлення або переробки (обробки) речі.

І. Л. Брауде стверджував, що «робота може полягати у виготовленні якої-небудь речі або в наданні послуг» [12, с.211].

На нашу думку, віднесення послуг до різновиду робіт є не зовсім виправданим, адже сам результат дії різний, у випадку послуги його важко встановити, а інколи й неможливо, що породжує труднощі саме із підходами захисту особи в разі отримання послуги неналежної якості.

Обґрунтовувавши необхідність законодавчого закріплення нового типу договору — договору по наданню послуг, Е. Д. Шешенін наполягав на необхідності розмежування робіт і послуг [10, с.64].

Відповідно до тлумачних словників, послуга — це: 1) дія, вчинок, що дає користь, допомогу іншому; 2) діяльність підприємств, організацій та окремих осіб, виконувана для задоволення чийх-небудь потреб; обслуговування. Відповідно до ст. 901 Цивільного кодексу України послуга, а точніше предмет договору про надання послуг, визначається використовуючи категорії «дія» або «діяльність» (надати послугу означає «вчинити дію», «здійснити діяльність»).

Для визначення поняття послуги як об'єкта цивільно-правового регулювання, слід виокремити певні особливості, які притаманні послугі.

Так, послугою може бути виключно активна дія. Враховуючи це, визначення договору про надання послуг в статті 901 Цивільного кодексу України, а саме: «За договором про надання послуг одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовника) надати послугу, яка споживається в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором», слід змінити, виключивши фразу «здійснення певної діяльності», оскільки сама діяльність складається з низки певних дій, а тому по своїй суті ці поняття є тотожними.

Суб'єктний склад послуги в класичному розумінні містить замовника і виконавця. Замовником може бути будь яка особа, а виконавця слід наділити відповідними навиками, вміннями, здібностями, знаннями, також статусом суб'єкта підприємницької діяльності.

Не менш важливим елементом послуги є сам процес надання послуги та корисний результат, що може бути предметом захисту в разі невідповідності запропонованого, очікуваного та отриманого. У деяких випадках цей результат наявний (наприклад, завантаження вантажу, перевезення пасажирів), у інших - ні. Послуги можуть також полягати у діях, результати яких виявити не завжди можливо (наприклад, послуги няні-виховательки, репетитора тощо). Крім цього, суспільна корисність дій може полягати у них самих, незалежно від їх результату. Наприклад, консультація фахівця є корисною як така, незалежно від використання отриманої інформації у майбутньому. Зокрема, консультації та інші послуги адвоката незалежно від використання його порад особою, котрій вони надавались, і кінцевого результату його професійної діяльності, визнаються об'єктом цивільного права. Таке ж значення мають інформаційні, розважальні, консультаційні, просвітнянські та інші послуги.

Н. В. Федорченко, розглядаючи проблему якості в контексті надання послуг виділила три основні підходи до питання якості послуг: 1) якість надання послуг необхідно пов'язувати з фактом досягнення (або недосягнення) певного результату; 2) якість на-

дання послуг слід визначати через оцінку лише поведінки (дій, операцій, діяльності) виконавця; 3) якість надання послуг в одних випадках визначатиметься через досягнення (або недовсягнення) передбачуваного результату, а в інших – необхідно піддавати оцінці тільки поведінку виконавця (залежно від конкретних обставин виконання певного зобов'язання) [7, с.24].

Останньою на наш погляд важливою особливістю послуги є її цінність, яку можна виразити в грошовому еквіваленті, на підставі чого замовник і здійснює оплату за надані йому послуги чи в результаті неотримання очікуваного вправі захищати себе. Послуга також може бути і безоплатною, але дана умова не нівелює саму цінність послуги, а є лише домовленістю сторін.

Що стосується визначення послуги як особливого «блага», слід звернутися до словника української мови, за яким благо – це добро, щастя, достатки, вигоди, дари природи і т. ін., все те, чого потребує людина в житті [13, с. 191].

Визначення послуги як «блага» поєднується саме із моментом задоволення потреби особи якій безпосередньо послуга надається та з корисним ефектом який не у всіх випадках є видимим для інших осіб. Враховуючи спорідненість вищевказаних понять, на наш погляд найбільш повнішим результатом послуги є задоволенням потреби особи з приводу якої послуга і надавалася. Можна припустити, що потреба особи спрямована на отримання відповідного блага, проте включати це поняття у визначення послуги є надлишковим.

Висновки. На підставі вищенаведеного послугу можна визначити як дії, результат яких споживається в процесі їх вчинення, що спрямовані на задоволення потреб іншої особи.

1. Цивільний кодекс України №435-IV від 16.01.2003р./ Закон України [Електронний ресурс]/ Верховна Рада України. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15>
2. Закон України «Про захист прав споживачів» № 1023-XII від 12 травня 1991 року / Закон України [Електронний ресурс]/ Верховна Рада України. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1023-12>
3. Васильєва В.А. Проблеми цивільно-правового регулювання відносин з надання посередницьких послуг // Автореф. Дис... д.ю.н. 12.00.03 /

- В.А.Васильєва; наук. кер. В.В. Луць; КНУ ім. Т.Шевченка. – К. - 2006. - 24с.*
4. Гейнц Р.М. Цивільно-правове регулювання відносин за договором про надання комунальних послуг // Автореф. Дис... к.ю.н. 12.00.03 / Р.М. Гейнц; наук. кер. В.А.Васильєва; НДІ приват. права і підприємництва НАПрН України. – К. - 2011. - 19с.
 5. Гунда А.О. Цивільно-правове регулювання відносин у сфері надання ритуальних послуг // Автореф. Дис... к.ю.н. 12.00.03 / А.О. Гунда; наук. кер. В.А.Васильєва; НДІ приват. права і підприємництва НАПрН України. – К. - 2016. - 23с.
 6. Гудима М.М. Предмет договору про надання туристичних послуг за законодавством України // Автореф. Дис... к.ю.н. 12.00.03 / М.М. Гудима; наук. кер. В.А.Васильєва; НДІ приват. права і підприємництва НАПрН України. – К. - 2016. - 18с.
 7. Федорченко Н.В. Зобов'язання з надання послуг у цивільному праві України: Теоретико-правові засади // Автореф. Дис... д.ю.н. 12.00.03 / Н.В. Федорченко; наук. кер. М.К.Галянтич; НДІ приват. права і підприємництва НАПрН України. – К. - 2015. - 39с.
 8. Степанович Д.Г. Послуга як об'єкт цивільних прав // Актуальні проблеми держави і права № 59/2011 [Електронний ресурс] / - Режим доступу: <http://www.apdp.in.ua/v59/78.pdf>
 9. Иоффе О. С. Обязательственное право / О. С. Иоффе. — М., 1975. [Електронний ресурс] / - Режим доступу: <http://legalportal.am/download/library/p175255eerugphiqh3q4n61fa71.pdf>
 10. Шешенин Е. Д. Общие проблемы обязательств по оказанию услуг // Вест-ник МГУ. Сер. 11. «Право». 1983. № 1. С. 63.
 11. Степанов Д. И. Услуги как объект гражданского права / Д. И. Степанов. — М., 2005. -349с. [Електронний ресурс] / - Режим доступу: <http://lawlibrary.ru/izdanie54222.html>
 12. Брауде И. Л. Договор подряда // Отдельные виды обязательств. — М., 1954. С.211.
 13. Словник української мови: у 11 т. Т. 1 / АН УРСР. Інститут мовознавства; за ред. І. К. Білодіда. — К.: Наукова думка, 1970—1980. [Електронний ресурс] / - <http://sum.in.ua>.

Горблянський В.Я. Послуга як категорія цивільного права

Здійснюється аналіз норм чинного законодавства які визначають поняття послуги як об'єкта цивільного права та регулюють правовідносини, які випливають із послуг, аналіз доктринальних положень цивілістичної науки щодо визначення поняття послуги як об'єкта цивільного права та виклад свого бачення визначення поняття послуги як об'єкта цивільного права.

Ключові слова: послуга як об'єкт цивільного права, поняття послуги, ознаки послуги.

Горблянський В.Я. Услуга как категория гражданского права

Осуществляется анализ норм действующего законодательства, которое определяют понятие услуги как объекта гражданского права и регулирует правоотношения, вытекающие из услуг, анализ доктринальных положений науки относительно определения понятия услуги как объекта гражданского права и изложение своего видения определения понятия услуги как объекта гражданского права.

Ключевые слова: услуга как объект гражданского права, понятие услуги, признаки услуг.

Gorblyansky V.Y. Service as the civil law category

The analysis of current legislation, which determine the concept of service as the object of the civil law and regulate the legal relationship which come out of services, was performed.

The analysis of civil science provisions concerning the determination of the concept "service as the civil law object" was performed and presentation of the view on determination of the concept "service as the civil law object" was introduced. The approaches concerning the service awareness of Soviet scientists and scientists of the Ukrainian civil school were explored.

The analysis concerning the service awareness as the special "value" was performed and the correlation of this concept with the moment of satisfying the person's requirements with the help of the beneficial effect was represented. The place of service among another objects of the civil law was determined, services and the results of works that are similar were delimited. The scientific approaches were explored and the key features of the concept "service as the civil law object" were identified.

The conclusion concerning the necessity to amend in the legislation of Ukraine was made, securing the most adequate concepts of service as the civil law object and consumer service in order to provide the most effective protection of one's violated right in the case of defective service provision.

Keywords: service as the civil law object, the concept of service, service features, service as the value.

Ковалишин О.Р.

**ВИДИ ДЖЕРЕЛ КОРПОРАТИВНОГО ПРАВА
ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ**

УДК 346.1

Актуальність дослідження. У зв'язку з підписанням Угоди про Асоціацію між Україною та Європейським Союзом ще більшою мірою постала необхідність адаптації корпоративного

права України до стандартів права ЄС. Чимало вже в цій сфері зроблено. Але ще більше необхідно здійснити попереду.

Значною мірою правові документи ЄС стосовно права товариств мають частковий і допоміжний характер, оскільки правове регулювання юридичних осіб на рівні Європейського Союзу, що ними визначається, лише доповнює регулювання, яке здійснюється на національному рівні. Ця галузь права ЄС розвивається досить повільно і зустрічається з істотними труднощами, пов'язаними здебільшого із серйозними розбіжностями у внутрішньому законодавстві держав-членів.

Проблем корпоративного права ЄС торкалися у своїх працях ряд вчених, серед яких варто згадати І.В.Венедіктову, О.Р.Кібенко, О.М.Калініну, В.І. Муравйова, І.М. Товкуна та ін. Разом з тим критеріям класифікації та систематизації джерел корпоративного права ЄС належної уваги приділено не було.

Тому завданням дослідження є пошук критеріїв класифікації джерел корпоративного права Європейського Союзу. Зауважимо, що предметом даної статті є лише ті нормативні акти Європейського Союзу, які стосуються комерційних юридичних осіб, тобто таких, які створені з метою отримання прибутку.

Договір про заснування ЄС

Договір про створення ЄС є базовим джерелом Європейського корпоративного законодавства [1]. Зокрема, відповідно до ст. 56 Договору у рамках положень, заборонено обмежувати пересування капіталу між державами-членами та між державами-членами й третіми країнами. Метою Ради є досягнення вільного пересування капіталу між державами-членами та третіми країнами (ст. 57). До того ж практично кожна директива, яка регулює певні корпоративні (чи суміжні з ними) правовідносини, в своїй назві посилається на Договір.

Як зазначає І.М.Товкун, приписи Договору про ЄС зводяться до таких цілей регламентації юридичних осіб у праві Євросоюзу як:

– забезпечення свободи заснування юридичних осіб і зняття перешкод на шляху відкриття філій, представництв і дочірніх товариств на території будь-якої країни-члену ЄС на умовах національного режиму останньої;

– установлення єдиних мінімальних вимог до юридичних осіб, у першу чергу надання учасникам і кредиторам цих осіб рівнозначного захисту на всій території Євросоюзу;

– полегшення діяльності трансєвропейських компаній шляхом усунення бар'єрів, що випливають із розходжень, існуючих між національними правовими системами;

– заохочення співробітництва між юридичними особами різних країн – членів у всіх сферах економічної діяльності [2, с. 658].

Директиви

На початковому етапі гармонізації права держав-членів ЄС у сфері права товариств було заплановано ухвалення п'ятнадцяти директив. Для зручності вони були пронумеровані. Втім внаслідок існування суттєвих відмінностей у корпоративному праві держав-членів тільки деякі з них набрали чинності. До останніх відносяться Перша, Друга, Третя, Четверта, Сьома, Восьма, Одинадцята, Дванадцята та Тринадцята Директиви. П'ята директива деякий час була об'єктом розгляду Європейської Комісії, але не була узгоджена навіть на рівні проекту. Це саме стосується Чотирнадцятої та П'ятнадцятої Директив. Від роботи над П'ятою та Дев'ятою директивами Європейська Комісія офіційно відмовилася [3, с. 13].

Правове регулювання на рівні згаданих директив не обмежується. Постійно приймаються нові директиви, частина з яких регулює ті правовідносини, які не охоплювалися попередніми п'ятнадцятьма; інші змінюють або доповнюють попередні, зважаючи на особливу динамічність корпоративних правовідносин. Таким чином, на сьогодні вже існує ціла низка директив у сфері регулювання корпоративних та суміжних правовідносин, які для кращого подальшого аналізу, а також досягнення системності в процесі адаптації українського корпоративного законодавства доцільно поділити на певні сукупності.

Тому *за групами правовідносин*, які вони регулюють, варто виділити директиви ЄС щодо:

1) *створення та функціонування*. До таких відносяться:

Директива Перша 68/151/ЕЕС щодо координації гарантій, які вимагаються від товариств з метою захисту інтересів учасників та

третіх осіб. Директива закріплює мінімальний обсяг інформації, що повинен міститися в національних реєстрах держав-членів ЄС (незалежно від його назви – судовий, торговий, комерційний, державний реєстр тощо) а також обов’язкову вимогу щодо публікації інформації про створення юридичної особи. Директива визначає особливості покладення відповідальності товариства перед третіми особами. У випадку, коли зміни до установчих документів не були опубліковані, товариство несе відповідальність перед третіми особами за шкоду, яка виникла у зв’язку з неопублікуванням таких відомостей.

Директива Друга 77/91/ЄЕС. Метою її прийняття було узгодження національних положень, які стосуються створення та функціонування товариств, а також зменшення чи збільшення їхнього капіталу, що є важливим для забезпечення мінімального рівноправного захисту як акціонерів, так і кредиторів акціонерних товариств. Директивою закріплюється принцип підтримки капіталу (*capital maintenance*)¹. Згодом Директива Друга стосовно створення акціонерних товариств, підтримки та зміни капіталу, доповнена Директивами 2006/68/ЄС і 2009/109/ЄС та скасована у зв’язку з прийняття Директиви 2012/30/EU.

Директива Одинадцята 89/666/ЄЕС стосовно вимог до розкриття інформації щодо філій, відкритих в державах-членах ЄС, певними видами товариств, що підпорядковуються законодавству іншої держави. Дана директива застосовується до філій (відокремлених підрозділів) акціонерних товариств та товариств з обмеженою відповідальністю, розташованих на території інших держав-членів, ніж та держава-член, де товариство було засновано, а також до філій товариств з третіх держав. Слід зазначити, що вказана Директива застосовується лише до філій та інших відокремлених підрозділів товариств (щодо розкриття інформації дочірніми компаніями, застосуванню підлягають положення Першої Директиви).

Для філій (відокремлених підрозділів) товариств іншої держави-члена передбачено зобов’язання розкривати документи, які

¹ Один із принципів корпоративного права, відповідно до якого прибуток фіксується лише у випадку перевищення капіталу на кінець звітного періоду у порівнянні з його початком.

містять наступну інформацію: юридична адреса філії (відокремленого підрозділу); напрямки діяльності філії (відокремленого підрозділу); реєстр, де знаходяться документи товариства разом з реєстраційним номером у вказаному реєстрі; найменування та організаційно-правова форма товариства та найменування філії (відокремленого підрозділу), якщо воно відрізняється від найменування товариства; документи фінансової звітності товариства, складені, перевірені у порядку аудиту та розкриті відповідно до законодавства держави-члена, яке поширюється на товариство, згідно з Директивами 78/660/ЄЕС, 83/349/ЄЕС та 84/253/ЄЕС; та інша інформація (Ст. 2 Директиви).

Директива Дванадцята 89/667/ЄЕС щодо товариств з обмеженою відповідальністю з одним учасником, яка згодом замінена у зв'язку з прийняттям Директиви 2009/102/ЄС. Необхідність прийняття даного документу пов'язана з тим, що не у всіх державах-членах Європейського Союзу визнавалась можливість створення підприємства з одним учасником. До речі, свого часу за українським законодавством також закріплювалась необхідність наявності не менше трьох учасників у ТОВ.

• *Проект Директиви Чотирнадцятої*. Директива стосується транскордонної зміни місця знаходження офісів товариств.

Важливе значення має також *Директива 2012/17/ЄС*, цілями якої є полегшення отримання інформації з національних реєстрів юридичних осіб. В ній підкреслюється необхідність створення єдиних стандартів для функціонування таких реєстрів. Метою Директиви є створення в майбутньому сукупності з реєстрів держав-членів, центральної платформи й одного чи декількох порталів доступу. Доступ до реєстрів повинен бути безкоштовним. Уніфікована база повинна містити: 1) відомості про найменування компанії, її правову форму; 2) дані, що стосуються зареєстрованого офісу компанії й держави-члена, в якій він зареєстрований; 3) реєстраційний номер компанії; 4) відомості про припинення діяльності останньої або про її неспроможність.

2) *корпоративного управління*. Серед них:

Директива 2007/36/ЄС щодо реалізації деяких прав акціонерів в лістингових АТ. *Проект Директиви П'ятої* щодо уча-

сті працівників акціонерних товариств в процесі обрання членів ради директорів. *Проект Директиви Дев'ятої* щодо угруповань суб'єктів підприємництва. Саме у зв'язку з тим, що мета останніх була спрямована на розширення прав працівників в управлінні товариствами, більшість з них в процесі їх обговорення та прийняття були заблоковані і надалі лишаються лише проектами.

3) *злиття та поглинання* (M&A). До таких відносяться:

Директива Третя 78/855/ЕЕС про злиття акціонерних товариств, яка визначає мінімальні стандарти при злитті акціонерних товариств, закріплює захист акціонерів (зокрема вимогу щодо необхідності проведення експертної оцінки активів, обов'язковості прийняття рішень про злиття на загальних зборах акціонерів, тощо). Згодом замінена *Директивою 2011/35/EU* від 05.04.2011 року щодо поглинання акціонерних товариств;

Директива Шоста 82/891/ЕЕС щодо поділу акціонерних товариств, надалі доповнена *Директивою 2007/63/ЕС*. Документ визначає два основні типи поділу: поділ шляхом створення нового товариства та поділ шляхом придбання.

Директива Десята 2005/56/ЕС щодо транскордонних злиттів товариств капіталів;

Директива Тринадцята 2004/25/ЕС про поглинання (takeover bids). Встановлює правила, що повинні застосовуватися при поглинанні товариств шляхом пропозиції купівлі акцій.

Директива 90/434/ЕЕС щодо спільної системи оподаткування, яка застосовується при злиттях, поділі, внесенні внесків і обміну частками товариств держав-членів ЄС. Директива згодом скасована шляхом прийняття *Директиви 2009/133/ЕС* щодо спільної системи оподаткування, яка застосовується при злиттях, поділі, частковому поділі, внесенні внесків і обміну частками товариств держав-членів ЄС а також зміни місця реєстрації Європейського товариства та Європейського кооперативного товариства.

4) *фінансового обліку та аудиту*. До них відносяться: *Директива 78/660/ЕЕС* стосовно річних фінансових звітів; *Директива Сьома 83/349/ЕЕС* стосовно консолідованих фінансових звітів; *Директива Восьма 84/253/ЕЕС* щодо затвердження осіб відпові-

дальних за здійснення контролю фінансових документів, скасована 2006/43/ЕС.

Дотичне відношення мають також директиви щодо регулювання фондового ринку. До них відносяться: Директива стосовно використання інсайдерської інформації та маніпуляцій на ринку (зловживань на ринку); Директива 2004/109/ЕС стосовно гармонізації вимог щодо прозорості емітентів, цінні папери яких допускаються на фондовий ринок.

Регламенти

Окрім директив, які спрямовані на гармонізацію національних законодавств держав-членів ЄС, суттєве значення відіграють регламенти. Правовою базою для їх прийняття є статті 115 і 352 Договору про функціонування Європейського Союзу. На відміну від директив, регламенти є обов'язковими і мають пряму дію у всіх державах-членах ЄС (ст. 288 ДФЄС). Поки-що основна роль регламентів у сфері корпоративного права проявляється у створенні наднаціональних юридичних осіб. Саме за допомогою них були запроваджені такі наднаціональні організаційно-правові форми компаній, як Європейське товариство, Європейський кооператив, Європейське об'єднання з економічних інтересів. Жваво обговорюється створення ще однієї наднаціональної юридичної особи - Європейський фонд. Щодо вже існуючих, то відповідні регламенти стають передумовою прийняття відповідних національних законів на рівні держав.

Регламенти можна згрупувати на:

- 1) регламенти, якими встановлюються наднаціональні організаційно-правові форми юридичних осіб;
- 2) регламенти, що встановлюють правила корпоративного управління, фінансового обліку тощо.

Щодо перших, то до таких належать: Регламент 2157/2001 про Статут Європейського товариства (Європейського акціонерного товариства), Регламент 2137/85 про Європейське угруповання економічних інтересів та Регламент щодо створення Європейського кооперативного товариства (Європейського кооперативу).

Регламент 2157/2001 про Статут Європейського товариства від 08.10.2001 року набув чинності у жовтні 2004 року. З

його прийняттям виникла можливість створення Європейських акціонерних товариств. Основна перевага їх створення полягає в спрощеному порядку зміни місцезнаходження Європейського товариства з однієї держави-члена ЄС на територію іншої і при цьому без необхідності реєстрації нової юридичної особи. Дана організаційна правова форма особливо цікава для великого бізнесу, інтереси та діяльність якого не обмежуються кордонами однієї держави.

Регламент 2137/85 про Європейське угруповання економічних інтересів від 25.08.1985 року, який набув чинності з серпня 1989 року. Основна мета, яку ставили перед собою його розробники, - спрощення та інтенсифікація транскордонного співробітництва в сфері підприємництва. На підставі Регламенту дрібні та середні підприємства отримали можливість об'єднувати зусилля з метою захисту спільних економічних інтересів без втрати організаційної самостійності. Суб'єкти господарювання, що зареєстровані в країнах, які не є членами ЄС, не можуть входити до Європейського угруповання економічних інтересів. Виняток лише становить для суб'єктів права таких країн, як Ісландія, Норвегія, Ліхтенштейн.

Регламент щодо створення Європейського кооперативного товариства (Європейського кооперативу). Завдяки прийняттю даного Регламенту фізичним особам з різних держав-членів ЄС надано можливість об'єднуватись в наднаціональний кооператив. Окрім того, його засновниками можуть бути не лише фізичні особи, але й вже існуючі кооперативи держав-членів ЄС.

Проект Регламенту про Статут Європейського Фонду від 8.12.2012 року¹. Проект поки-що на стадії обговорення. Основною його метою є надання можливості заснування в Європейському Союзі неприбуткових фондів зі статусом юридичної особи, які б могли користуватись податковими преференціями на рівні з національними неприбутковими фондами. Даний проект регламенту є першим документом, покликаним уніфікувати законодавство щодо неприбуткових організацій шляхом створення наднаціональних юридичних осіб [4].

¹ Європейський фонд розробляється як неприбуткова організація, але враховуючи той факт, що він буде наділений статусом юридичної особи, доцільно згадати про нього в контексті аналізу юридичних осіб.

Крім того, певне дотичне відношення мають ряд інших регламентів, які регулюють діяльність існуючих підприємницьких товариств.

До них відносяться *Регламент 139/2004 щодо контролю за концентрацією суб'єктів господарювання*. В даному документі акцентується увага на тому, що завершення формування внутрішнього ринку та економічного та валютного союзу, розширення Європейського Союзу та зменшення міжнародних бар'єрів для торгівлі та інвестицій у подальшому призводитимуть до значних корпоративних реорганізацій і, зокрема, у формі концентрацій. Відповідно до ст. 3 Регламенту концентрацією є зміна контролю на тривалій основі внаслідок: (а) злиття двох чи більше попередньо незалежних суб'єктів господарювання або частин суб'єктів господарювання, або (б) набуття прямого чи непрямого контролю над цілим (або частинами) суб'єктом господарювання чи суб'єктами господарювання однією чи більше особами, які вже здійснюють контроль над принаймні одним іншим суб'єктом господарювання, або одним чи більше суб'єктами господарювання шляхом придбання цінних паперів, за договором або у будь-який інший спосіб.

Регламент 1606/2002 про застосування міжнародних стандартів бухгалтерського обліку. Регламент направлений на сприяння дієвому та економічно ефективному функціонуванню ринку капіталу та посилення свободи переміщення капіталу на внутрішньому ринку (п. 4 Преамбули).

Інші види правових документів

Окрім вище згаданих, певне значення мають також рекомендації Комісії та резолюції Ради. Прикладами таких документів у сфері корпоративного законодавства можна назвати: Рекомендація Комісії про схвалення відповідного режиму щодо винагороди директорів лістингованих компаній 2004/913/ЄС від 14.12.2004 року, Рекомендація Комісії про роль невиконавчих директорів або наглядових директорів лістингованих компаній і про комітети (наглядової) ради 2005/162/ЄС від 15 лютого 2005 року, Резолюція Ради про координацію контрольованих іноземних корпорацій та правила недостатньої капіталізації в межах ЄС та ін.

Висновки. Таким чином, корпоративне право Європейського Союзу становить собою сукупність положень Договору про заснування ЄС, директив, регламентів та інших правових документів стосовно створення, функціонування, припинення діяльності товариств, а також регулювання правовідносин між товариством та учасниками (засновниками), а також між учасниками (засновниками) таких товариств.

За видом джерела варто виділити: 1) Договір про заснування ЄС, який є конститутивним документом не лише для корпоративного права, але й для багатьох інших галузей права ЄС; 2) директиви; 3) регламенти; 4) інші правові документи ЄС.

В свою чергу Директиви за групами правовідносин, які вони регулюють, можна поділити на ті, які стосуються: 1) створення та функціонування; 2) корпоративного управління; 3) злиття та поглинання (M&A); 4) фінансового обліку та аудиту; 5) тощо.

До Регламентів відносяться: 1) регламенти, якими встановлюються наднаціональні організаційно-правові форми юридичних осіб; 2) регламенти, що встановлюють правила корпоративного управління, фінансового обліку тощо.

1. *Договір про заснування Європейської спільноти. - Конституційні акти Європейського Союзу. Частина I/ Упорядник Г.Друзенко, за загальною редакцією Т.Качки.-К.: Видавництво «Юстиніан», 2005 р.-512с.*
2. *Законодавче регулювання корпоративних відносин у Європейському Союзі / І. М. Товкун // Форум права. - 2013. - № 3. - С. 657–665.*
3. *Право компаній: порівняльно-правове дослідження відповідності законодавства України Acquis Societaire Європейського Союзу. — Київ: Державний департамент з питань адаптації законодавства, 2009. — 82 с.*
4. *Strzebińczyk Anita. Evolution of Law of Foundations – a proposal for an European Foundation Statute // Evolution of Private Law. Vol. II. – P. 206-216.*

Ковалишин О.Р. Види джерел корпоративного права (права товариств) Європейського Союзу

В статі аналізуються види джерел Європейського Союзу. Аналізується зміст окремих директив у сфері корпоративного права. Пропонується авторська класифікація джерел корпоративного прав: 1) за юридичною силою; 2) за групами правовідносин, які ними регулюються.

Ключові слова: джерела права ЄС, Договір про створення Європейського співтовариства, директива, регламент

Ковалишин О.Р. Види источников корпоративного права (права обществ) Европейского Союза

В статье анализируются виды источников Европейского Союза. Анализируются содержание отдельных директив в сфере корпоративного права. Предлагается авторская классификация источников корпоративного права: 1) по юридической силе; 2) по группам правоотношений, регулируемых.

Ключевые слова: источники права ЕС, Договор о создании Европейского сообщества, директива, регламент

Kovalyshyn O. The kinds of legal sources of EU Company (Corporate) Law

In connection with the signing of the Association Agreement between Ukraine and the European Union there is a need to adapt Ukrainian Company Law to the standards of EU Company Law standards. A lot is already done in this area. But much more should be implemented ahead.

European company law is an emerging field, which concerns the formation, operation of corporations in the European Union. According to the opinion of some authors, there is no substantive European company law as such. However, a host of minimum standards are applicable to companies throughout the European Union. The Treaty, directives and Regulations are the base of EU Company Law. They analyzed in this article.

Treaty establishing the European Union is a basic source of European Company legislation. There is a big number of EU Company Law directives. Author proposes his own classification of these directives: 1) on the base of their legal force; 2) by the groups of relations that are regulated by them.

An attention is paid to the EU regulations in the field of EU Company Law. A regulation is a legal act of the European Union that becomes immediately enforceable as law in all member states simultaneously. Regulations can be distinguished from directives which, at least in principle, need to be transposed into national law.

The author hope that the conclusions of the article will be useful for the process of harmonization of Ukrainian Company Law to the practice of the EU.

Keywords: legal sources of the EU law, the Treaty on establishment of the European Community, directive, regulation.

Кузьмич О.Я.

ПОКЛАДЕННЯ ВИКОНАННЯ ОБОВ'ЯЗКУ БОРЖНИКА НА ТРЕТЮ ОСОБУ: АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

УДК 347.42

Однією з форм участі третіх осіб у цивільних відносинах є їх участь у виконанні зобов'язань. Так, відповідно до ч. 1 ст. 528 ЦК

України виконання обов'язку може бути покладено боржником на іншу особу, якщо з умов договору, вимог ЦК України, інших актів цивільного законодавства або суті зобов'язання не випливає обов'язок боржника виконати зобов'язання особисто. У цьому разі кредитор зобов'язаний прийняти виконання, запропоноване за боржника іншою особою. Крім того, згідно із ч. 2 цієї статті у разі невиконання або неналежного виконання обов'язку боржника іншою особою цей обов'язок боржник повинен виконати сам.

Інша особа може задовольнити вимогу кредитора без згоди боржника у разі небезпеки втратити право на майно боржника (право оренди, право застави тощо) внаслідок звернення кредитором стягнення на це майно. У цьому разі до іншої особи переходять права кредитора у зобов'язанні і застосовуються положення статей 512-519 ЦК України (ч. 3 ст. 528 ЦК України). Як відзначено в доктринальних дослідженнях, можливість покладення виконання зобов'язання на третіх осіб зумовлюється низкою обставин, зокрема ускладненням договірних зв'язків, спеціалізацією професійних учасників майнового обороту, що в контексті договорів, які ними укладаються, викликає до існування спеціальні договірні конструкції. Відтак, підвищується питома вага зобов'язань, виконання яких без залучення третіх осіб є неефективним з точки зору організаційної доцільності, економії коштів та низки інших обставин [1, с. 10].

З огляду на специфіку цього правового інституту особливу увагу привертає до себе питання юридичної природи та форми правочину, яким опосередковується залучення третіх осіб до виконання обов'язків боржника на підставі ч. 1 ст. 528 ЦК України. Актуальність цієї тематики зумовлена відсутністю на законодавчому рівні спеціальних вимог щодо таких правочинів, що у свою чергу призводить до виникнення в судовій практиці помилок в кваліфікації тих чи інших правових конструкцій як таких, якими опосередковується покладення виконання обов'язку боржника на третю особу (ч. 1 ст. 528 ЦК України).

Питання покладення обов'язків боржника на третіх осіб в різних аспектах досліджувались в працях В. В. Луця, М. І. Брагінського, Н. С. Ковалевської, І. О. Бровченко, О. В. Михалюк тощо.

Метою цієї статті є науковий аналіз юридичної природи та форми правочинів, якими опосередковується покладення виконання обов'язку боржника на третіх осіб.

Підтвердженням тематики, обраної для наукового дослідження, є наступна цивільна справа, так відмовляючи у задоволенні позовних вимог Особи 1 до ВАТ «Морський транспортний банк» Солом'янський районний суд м. Києва виходив із того, що докази, які б з одного боку, - підтверджували надання банком згоди на заміну боржника з Особи 2 на Особу 1, а з іншого – покладення відповідачем обов'язку по виконанню умов кредитного договору на третю особу (позивача – Особи 1), відсутні були [3]. Як впливає з рішення цього суду звернувшись із позовом про стягнення на свою користь коштів позивач Особа 1 свої вимоги мотивувала тим, що 02.04.2008 року між ВАТ «Морський транспортний банк» та Особа 3 було укладено Кредитний договір № 00417/RK, згідно з умовами якого відповідач отримала в банку споживчий кредит в розмірі 120834,10 дол. США, строком до 01.04.2023 року. На прохання Особа 2 (відповідача у справі) Особа 1 сплатила залишок зобов'язань Особи 2 за Кредитним договором від 02.04.2008 року на загальну суму 20075, 59 дол. США. Виконавши зобов'язання за відповідача, позивач вважає, що має з 14.12.2011 року право вимоги до відповідача на загальну суму 20075, 59 дол. США [3].

Так, залишаючи поза увагу процесуальні аспекти встановлення в цивільному судочинстві фактів матеріально-правового характеру слід сказати про наступне, правовідносини, які склалися між Особою 1 та особою 2 в межах наведеної фабули справи можна за певних умов кваліфікувати і як відносини, які охоплюються інститутом покладення обов'язку боржника на третю особу (ч. 1 ст. 528 ЦК України), і як відносин, які склалися у зв'язку з набуттям та збереженням майна без достатньої правової підстави (глава 83 ЦК України), а також як відносини, що склалися у зв'язку із вчиненням дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення (глава 79 ЦК України). Однак їх належна кваліфікація є неможливою без оцінку домовленості, яка мала місце між позичальником за кредитним договором та третьою особою, тобто Особою 2 та Особою 1.

Як зауважив В. М. Зубар, відсутність доручення, як умова виникнення зобов'язання, передбачає відсутність у гестора повноважень діяти в інтересах інших осіб. Дії мають бути без будь-якого доручення або згоди в іншій формі особи, в інтересах якої ці дії здійснюються. Відсутність доручення означає відсутність договору поруки, а також іншого договору (наприклад, комісії, схову), яким би надавалися певні повноваження, або згоди укласти подібний договір у майбутньому. Такий договір має бути відсутнім як до, так і в момент, коли особа почала здійснювати дії в інтересах іншого суб'єкта [4, с. 12]. Крім того, як відзначається автором, не виникає зобов'язання з ведення чужих справ без доручення в разі здійснення дій повіреним за договором доручення з відступом від вказівок довірителя [4, с. 13].

Виходячи із зазначеного, а також припустивши, що в основі прохання позичальника за кредитним договором, яке адресовано третій особі, лежить доручення про вчинення нею певних дій на користь кредитора основного зобов'язання, а саме оплати залишку коштів за кредитним договором можна зробити висновок, що в цьому випадку підстав для кваліфікації відносин, які склалися між цими суб'єктами цивільних відносин такими, що охоплюються зобов'язанням у зв'язку із вчиненням дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення, не буде. Такий висновок ґрунтується передусім на юридичній природі цього правового інституту, для якого характерною є відсутність попередньої домовленості між його сторонами про вчинення дій майнового характеру, а, отже, можливості для повернення коштів Особі 1 в судовому порядку на підставі ч. 1 ст. 1160 ЦК України, не буде.

Про покладення Особою 2 свого обов'язку, який виник з кредитного договору на Особу 1 як третю особу (ч. 1 ст. 528 ЦК України), можна було б вести мову тільки за наявності в сукупності таких умов, досягнення відповідної домовленості між ними, виконання Особою 1 як третьою особою, обов'язку замість боржника (позичальника за кредитним договором) від власного імені та виконання його за власний рахунок, що обумовлено юридичною природою інституту участі третіх осіб у виконанні зобов'язань.

Однак і при дотриманні всіх цих умов не було б підстав для прийняти судом для Особи 1 позитивного рішення в частині по-

вернення відповідних грошових коштів. Такий висновок ґрунтується на тому, що виконання обов'язку боржника третьою особою на підставі ч. 1 ст. 528 ЦК України не призводить до переходу прав кредитора до неї, що є характерним для виконання третіми особами обов'язків боржника на підставі ч. 3 ст. 528 ЦК України. Як відзначено в рішенні Личаківського районного суду м. Львова у справі за позовом Особа 4 до ПАТ КБ «Надра», Особа 5 про стягнення безпідставно набутих коштів, залежно від правових наслідків виконання іншою особою обов'язку боржника воно поділяється на таке, що відбувається, без набуття іншою особою прав кредитора (ч. 1 ст. 528 ЦК України). У такому випадку має місце передоручення, тобто покладення боржником виконання свого обов'язку на іншу особу, яка не є стороною зобов'язання. Випадки коли можливе виконання зобов'язання третьою особою без згоди боржника передбачено ч. 3 ст. 528 ЦК України, а саме у разі небезпеки втратити право на майно боржника (право оренди, право застави тощо) внаслідок звернення кредитором стягнення на це майно. Таке виконання є одним із випадків суброгації. При виконанні обов'язку іншою особою без згоди боржника відбувається перехід прав кредитора у зобов'язанні [2].

Тому, для правильної кваліфікації відносин, які склалися між Особою 1, Особою 2 та ВАТ «Морський транспортний банк» суд передусім мав дати оцінку «усному проханню», яке мало місце між Особою 1 та Особою 2, що у сою чергу дозволило б кваліфікувати відповідні відносини або як такими, які охоплюються інститутом покладення виконання обов'язку боржника на третю особу (ч. 1 ст. 528 ЦК України), або як відносини представництва. В протилежному випадку такі відносини суд повинен був кваліфікувати як відносини, які склалися у зв'язку із набуттям та збереженням майна без достатньої правової підстави (глава 83 ЦК України), в яких боржником є ВАТ «Морський транспортний банк». Як передбачено ч. 1 ст. 1212 ЦК України особа, яка набула майно або зберегла його у себе за рахунок іншої особи (потерпілого) без достатньої правової підстави (безпідставно набуте майно), зобов'язана повернути потерпілому майно. Особа зобов'язана повернути майно і тоді, коли підстава, на якій воно було набуте,

згодом відпала. Саме в межах цього правового інституту Особа 1 мала б можливість в судовому порядку вимагати повернення коштів, які вона оплатила ВАТ «Морський транспортний банк» замість позичальника в межах залишку за кредитним договором. З огляду на зазначене можна погодись з позицією Личаківського районного суду м. Львова у справі за позовом Особа 4 до ПАТ Комерційний банк «Надра», Особи 5 про стягнення безпідставно набутих коштів. Як відзначається в рішенні суду, оскільки в жодних договірних відносинах із відповідачами позивач не перебував, у позивача відсутні будь-які права на рухоме чи нерухоме майно відповідача Особа 5, а тому відповідач ПАТ КБ «Надра» безпідставно та незаконно отримав від позивача грошові кошти у розмірі 68462,44 грн., чим порушив його права та законні інтереси. Керуючись наведеним, суд дійшов висновку, що в цій ситуації має місце набуття банком грошових коштів без достатньої правової підстави у зв'язку із чим останній має повернути ці кошти позивачу [2]. Отож, як впливає з наведеного в правозастосовчій практиці було б на порядок простіше кваліфікувати відповідні відносини в межах того, чи іншого правового інституту, якщо б відповідні домовленості між учасниками цивільних відносин отримали належну формалізацію хоча б в межах загальних положень цивільного законодавства.

Загалом вчинення правочинів, про які йдеться, може опосередковуватися такими договірними конструкціями як конструкцією договору на користь третьої особи (ст. 636 ЦК України) та конструкцією договору про виконання третій особі. В останньому випадку незважаючи, що можливість укладення такого договору законодавцем за загальним правилом не передбачена, тим не менше договір, про який йдеться, є відомим як законодавству, так і науці цивільного права.

Договором на користь третьої особи є договір, в якому боржник зобов'язаний виконати свій обов'язок на користь третьої особи, яка встановлена або не встановлена у договорі, а третя особа має право вимагати виконання такого обов'язку [5, с. 295]. У разі покладення обов'язку боржника на третю особу за конструкцією цього договору, в якості останньої буде кредитор основного зо-

бов'язання в якого окрім обов'язку прийняти виконання (ч. 1 ст. 528 ЦК України), виникне ще й право вимоги.

В силу специфіки цього договору третя особа може скористатися наданим їй правом, а може й не скористатися ним, у зв'язку із чим виникає запитання з приводу виправданості покладення обов'язку боржника на третю особу за конструкцією цього договору. З огляду на положення ч. 1 ст. 528 ЦК України згідно з яким на кредитора покладається обов'язок прийняти виконання від третьої особи, відповідь на поставлене запитання буде позитивною. Враховуючи, що виконання договору на користь третьої особи може здійснюватися не тільки за вимогою третьої особи, але й також особи, яка уклала договір, тому у разі виконання цього договору на вимогу останньої, кредитор зобов'язаний буде прийняти виконання. Цей обов'язок кредитора, на що звертається увага в юридичній літературі, в силу відносного характеру зобов'язальних правовідносин є кредиторським обов'язком перед боржником. Третя особа не має права вимагати від кредитора прийняття виконання, така вимога належить боржника в зобов'язанні [7, с. 185].

Аналогічно як і за договором на користь третьої особи у разі покладення обов'язку боржника на третю особу за договором про виконання третій особі в якості останньої буде кредитор основного зобов'язання. Виконання такого договору в силу його специфіки здійснюється винятково на вимогу особи, яка уклала договір, тому в цьому випадку як і у випадку з договором на користь третьої особи, кредитор основного зобов'язаний буде зобов'язаний прийняти виконання (ч. 1 ст. 528 ЦК України).

Покладення обов'язку боржника на третіх осіб може здійснюватися й на підставі інших договірних конструкцій, зокрема договорів, виконання яких здійснюватиметься на користь кожного із контрагентів. До таких договорів можна віднести й субпідрядні договори. Так, згідно із ч. 1 ст. 838 ЦК України підрядник має право, якщо інше не встановлено договором, залучити до виконання роботи інших осіб (субпідрядників), залишаючись відповідальним перед замовником за результат їхньої роботи. У цьому разі підрядник виступає перед замовником як генеральний

підрядник, а перед субпідрядником – як замовник. Крім того, як передбачено ч. 2 вказаної статті генеральний підрядник відповідає перед субпідрядником за невиконання або неналежне виконання замовником своїх обов'язків за договором підряду, а перед замовником – за порушення субпідрядником свого обов'язку.

Замовник і субпідрядник не мають права пред'являти один одному вимоги, пов'язані з порушенням договорів, укладених кожним з них з генеральним підрядником, якщо інше не встановлено договором або законом.

Як зауважує В. В. Луць, договірні відносини з виконання робіт складаються за схемою прямого договору між замовником і підрядником або за конструкцією генерального підряду. Остання за попереднім законодавством застосовувалась у підрядних відносинах з капітального будівництва та виконання проектних і пошукових робіт. За новим ЦК України, як зазначає автор, система генерального підряду закріплюється як загальна для договорів підрядного типу [6, с. 213].

В основі конструкції генерального підряду також лежить конструкція покладення виконання на третю особу, однак з характерними особливостями, які впливають із специфіки договорів підряду, і які є спрямовані на захист інтересів суб'єктів цієї договірної конструкції. В силу специфіки конструкції генерального підряду підрядник, прийнявши виконання від субпідрядника, передає таке виконання безпосередньо замовникові, як стороні договору. В той же час, як впливає із ч. 1 ст. 528 ЦК України, положенням якої передбачена класична конструкція покладення виконання на третю особу, кредитор у договірному зобов'язанні, виконання якого покладено боржником на третю особу, безпосередньо приймає виконання від останньої. В даному випадку підставою залучення до виконання договорів підряду генеральними підрядниками субпідрядників є субпідрядний договір. Генеральним підрядником є особа, яка бере на себе обов'язки з виконання робіт за договором підряду, і така, що залучає до виконання робіт інших осіб (субпідрядників). Закон не виключає можливості передачі субпідрядникам усього обсягу робіт із збереженням за генеральним підрядником загальних функцій з керівництва та орга-

нізації виконуваних робіт [8, с. 539]. Субпідрядником є особа, яка залучена генпідрядником на підставі субпідрядного договору для виконання частини робіт, передбачених договором підряду [8, с. 539]. Хоча такі договори, на що необхідно звернути увагу, можуть бути укладені як і багатосторонні, тобто з участю безпосередньо замовників робіт.

Підсумовуючи зазначене, необхідно зробити такі висновки: покладення обов'язку боржника на третю особу (ч. 1 ст. 528 ЦК України) може опосередковуватися різними договірними конструкціями, в тому числі й з участю третіх осіб (зокрема, конструкціями договорів на користь третьої особи та про виконання третім особам). Обмеження із цього приводу можуть впливати хіба що із специфіки тих чи інших зобов'язань для виконання яких залучаються інші особи; з огляду на інтереси сторін основного зобов'язання та третіх осіб, на яких покладається виконання обов'язку боржника правочин, яким опосередковується таке покладення, за формою має відповідати формі правочину, на підставі якого виникло відповідне зобов'язання.

1. Бровченко І. О. *Участь третіх осіб у цивільно-правових зобов'язаннях : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / І. О. Бровченко. – Х., 2009. – 20 с.*
2. *Заочне рішення Личаківського районного суду м. Львова від 02 грудня 2014 року у справі №463/2829/14-ц [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.reyestr.gov.ua.*
3. *Заочне рішення Солом'янського районного суду м. Києва від 17 вересня 2015 року у справі № 760/10302/15-ц [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.reyestr.gov.ua.*
4. Зубар В. М. *Зобов'язання, що виникають з ведення чужих справ без доручення : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / В. М. Зубар. – К., 2001. – 18 с.*
5. Кузьмич О. Я. *Договори на користь третіх осіб у цивільному праві України : монографія / О. Я. Кузьмич. – Івано-Франківськ : Вид-во Прикарпат. нац. ун-ту ім. В. Стефаника, 2014. – 334 с.*
6. Луць В. В. *Контракти в підприємницькій діяльності: навч. посіб. / В.В.Луць.–2-е вид., перероб. і допов.–К.:Юрінком Інтер,2008.– 576 с.*
7. Сарбаши С. В. *Исполнение договорного обязательства / С. В. Сарбаши. – М.: Статут, 2005. – 2005. – 636 с.*

8. *Цивільне право України. Особлива частина : підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. – 3-тє вид., перероб. і допов. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – 1176 с.*

Кузьмич О.Я. Покладення виконання обов'язку боржника на третю особу: актуальні питання судової практики

В статті аналізуються проблеми застосування норм про покладення виконання обов'язку боржника на третіх осіб в судовій практиці, особлива увага присвячена питанням вчинення правочинів, якими опосередковується таке покладення.

Ключові слова: зобов'язання, боржник, договір, третя особа.

Кузьмич О.Я. Возложение исполнения обязанности должника на третье лицо : актуальные вопросы судебной практики

В статье анализируются проблемы применения норм о возложении исполнения обязанности должника на третьих лиц в судебной практике, особое внимание уделено вопросам совершения сделок, которыми опосредуется такое возложение.

Ключевые слова: обязательства, должник, договор, третье лицо.

Kuzmich O.Y. Putting the obligation of the debtor to a third party: issues of jurisprudence

The article deals with the application problems of imposing of the debtor obligation to third parties in judicial practice, special attention is devoted to the question of the transactions committing, which mediate such obligation.

Imposing the obligation of the debtor to a third party can use various contractual structures, including the participation of third parties (including structures contracts to a third person and the performance of third parties). Restrictions on this occasion might arise unless the specifics of certain liabilities for which other persons are involved; given the interests of the parties and the main obligations of third parties on which rests the obligation of the debtor transaction, which is mediated by a laying, the form must match the form of the transaction, under which there was a corresponding obligation.

Keywords: commitment, debtor, contract, third party.

Ляшенко О.В.

ОБМЕЖЕННЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ПО ДОГОВОРУ ПОРУКИ ЗА РИМСЬКИМ ПРАВОМ

УДК 347.41-43(+ 32, 468, 755, 768) + 346.3(+ 6, 9)

Постановка завдання. Метою статті є дослідження питання обмеження відповідальності за договором поруки в Римському

праві, та його вплив на сучасну конструкцію договору поруки в цивільному праві України.

Науково-теоретичною базою дослідження є наукові праці вітчизняних і зарубіжних учених, а також енциклопедично-довідкова література.

Результати дослідження. За чинним законодавством України, зокрема Цивільним кодексом України [15] у ст. 1 та п.6 ст.3 закріплена основа цивільних, комерційних, господарських правовідносин - це юридична рівність, вільне волевиявлення, та зокрема наступні засади цивільного законодавства: свобода договору, справедливість, добросовісність та розумність.

Визначення зобов'язання бере свій початок в Інституціях Юстиніана і після століть залишається непорушним. [14, 349]

В Інституціях Юстиніана зобов'язання визнавалось наступним чином: *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur aticuius solvendae rei secundum nostrae civitas iura* (I.3.13.pr.). - Зобов'язання це правові кайдани, в силу яких ми пов'язані необхідністю що-небудь виконати в згоді з правом нашої держави. [7, 264; 3, 428]

В якості суб'єктів будь-якого зобов'язання, як правило, виступали дві особи, які були чітко визначені: один - кредитор (*creditor*), інший - боржник (*debitor*). Крім того, існували зобов'язання з невизначеним, але визначаємим суб'єктом: це були «блукаючі» зобов'язання і так звані *obligationes propter rem* були і зобов'язання з безліччю діючих або пасивних суб'єктів (учасників). Я визначаю їх як так звані «часткові», «кумулятивні» і «солідарні» зобов'язання. «Блукаючі» зобов'язання (із спочатку невизначеним суб'єктом) представляють собою особливу модель римського права; як приклад можна вдатися до дивної теорії legata з зобов'язальним ефектом (наприклад, *per damnationem*) на користь найближчого родича, який був зобов'язаний першим йти за труною небіжчика (*de cuius: qui ex cognatis meis primus ad funus meum venerit*). [14, 353]

За Римським правом, для встановлення дійсного зобов'язання, взагалі не достатньо було простої угоди осіб, повинна була бути тільки встановлена форма договору, завдяки якій виникало

зобов'язання і мало повну юридичну силу. Такою формою в Римському праві, з давніх часів, була стипуляція. [12, 10-11]

Порука стала загальним способом забезпечення і зміцнення взагалі усіх зобов'язань і договорів. [13, 314-315]

Римське право часів Імператора Юстиніана знало три види поруки: *fidejussio*, *constitutum debiti alieni* та *mandatum qualificatum*, вони укладаються у формі стипуляції, причому для кожного з них існувала особлива стипуляційна формула. Отже, всі три вони належать до категорії так званих вербальних зобов'язань (*verborum obligationes*), але між тим, як *fidejussio* допускалася по відношенню до усіх зобов'язань, незалежно від форми їх вчинення і виникнення, *sponsio* та *fidepromissio* навпаки, будучи самі вербальними зобов'язаннями, понад того мали застосування лише до таких самих зобов'язань. *Sponsor* обіцяє, що кредитору буде надано те саме (*idem dari*), що обіцяв дати головний боржник, *fidepromissor* обіцяє те саме, що й головний боржник, отже їх обіцянка направлена безпосередньо і прямо на самий зміст головного боргу, але не як обіцянка *fidejussor*'а на прийняття на себе відповідальності за головним зобов'язанням (*idem fide tua esse jubes*). Форма встановлення зобов'язання, на погляд Римлян, зробила істотний вплив на юридичний зміст цього зобов'язання, раб, обіцяний за допомогою вербального зобов'язання, і той самий раб, обіцяний тій самій особі шляхом літерального зобов'язання, не були предметом одного і того ж боргу. Ця форма індивідуалізувала предмет боргу, тому *sponsor* і *fidepromissor* могли прийняти на себе одне й те саме зобов'язання, яке лежало на головному боржнику, лише за допомогою тієї самої форми зобов'язування, якою було встановлене головне зобов'язання. [13, 118, 175-176]

Стипуляція допускала приєднання до кредитора, або до боржника ще й інших осіб в якості самостійних кредиторів (*correi stipulandi*) або самостійних боржників (*correi promittendi*), додаткових кредиторів (*adstipulatio* - акцесорний [додатковий] вербальний контракт, згідно з яким додатковий кредитор [*adstipulator*, часто ним був - *procurator*] за дорученням головного кредитора і одночасно з ним зобов'язував боржника до виконання в тій же мірі [або в меншій]. У результаті [на відміну від - *solutionis*

causa adiectus] для нього виникає повне кредиторське право по відношенню до боржника, однак він зобов'язаний передати отримане головному кредитору [інакше той матиме проти нього actio mandati directa]; якщо він навмисне пробачить борг, то буде підданий штрафу [на підставі lex Aquilia]. - Adstipulatio заснована на особистій довірі і має суворо особистий характер [тому вона не успадковується; adstipulatio сина нічого не дає батькові, adstipulatio раба виключена]. - Очевидно, adstipulatio виникла з прагнення забезпечити сплату боргу після смерті кредитора [оскільки stipulatio post mortem була недійсною]; з розвитком стипуляції значення adstipulatio слабшає, в пізньому класичному праві вона припиняється. [1, 25] або додаткових боржників (adpromissio - стипуляція, за допомогою якої будь-хто бере на себе чуже зобов'язання в якості додаткового боржника, основний вид поруки, завжди передбачає головне зобов'язання, має три форми: sponsio, fidepromissio, fideiussio). [1, 23; 7, 389]

Fideiussio (fideiubesl - гарантуєш?), більш нова форма adpromissio, могла застосовуватися у всіх видах зобов'язань, дія її була не обмежена в часі і могла передаватися у спадок. [8, 221]

Обов'язок поручителя не повинен бути обтяжливішим ніж обов'язок головного боржника. [12, 290]

Ius strictum (суворе право) і ius aequum (справедливе право). Терміни aequitas, aequum у вихідному сенсі означали «рівність, рівний». З їх допомогою люди бажали висловити уявлення про те, що юридична норма повинна застосовуватися так, щоб забезпечити однаковий підхід до двох практично однакових випадків. Але оскільки настання двох тотожних випадків уявити важко, aequitas повинна досягатися за допомогою урахування всіх приватних об'єктивних і суб'єктивних обставин у даній справі. У такому випадку aequitas стає синонімом «ідеальної справедливості» в сучасному розумінні цього слова, тобто в тому сенсі, що юридична норма, якщо вона буде застосована прямолінійно, так, що в даному конкретному випадку вона не відповідатиме ідеалу справедливості, допустить виникнення несправедливості, iniquitas («право, доведене до крайності, - та ж несправедливість»), summum ius summa iniuria, як свідчить знамените з вислів Цицерона). [9, 67]

В епоху розквіту римського класичного права знаменитий Папініан казав про ті, що трапляються, очевидно, на практиці випадки, коли не можна без фарби сорому вимагати процентів - *non sine rubore desiderabuntur usurae* (D.22.1.3.4). Ульпіан повідомляє, що не можна вимагати проценти на проценти у розмірі, що перевищує сам капітал - *supra duplum usurae*, і складні проценти - *usuratum usurae* (D.12.6.26.1). У кінці III ст., 290 р. н.е. Діоклетіан видає указ про те, щоб особи, які вимагають процентів на проценти, піддавалися безчестю (D.2.11.20). [7, 272]

Спочатку поручитель обмежувався тільки тим, що гарантував належне виконання зобов'язань боржником або відповідачем. Цього було достатньо і в інтересах кредитора (або позивача), і в інтересах самих поручителів. Перші поручителі були, скоріше родичами боржника або відповідача, щоб виручити його з біди, вони виступали на допомогу йому і ціною своєї поруки купляли йому відстрочення. [2, 75]

Законодавство про проценти і лихварство, як здається, перше порушило той відносний спокій, який наступив в цивільному законодавстві після видання XII таблиць. Високий позиковий процент - необхідний наслідок того стану речей, в яких вільна праця не досягла свого повного розвитку або взагалі проігнорована. Законодавча боротьба з лихварством слугує симптомом того, що голосу бідного народу дослухається державна влада, але, з іншого боку ця боротьба залишається безплідною, поки не зміняться суттєво самі економічні відносини і стан вільної праці. Законне обмеження позикового проценту входило в Рим у складі тих вимог, із-за здійснення яких боролись плебеї. Вже XII таблиць встановили максимум процентів (8 1/3 %) і штраф за лихварство, тобто за стягнення процентів понад визначеної норми. [2, 191]

Ще один закон, який встановив обмеження, загальне усім трьом видам поруки. А саме *Lex Cornelia*, який постановив, що ніхто не вправі зобов'язуватися в якості *fidejussor'a*, *sponsor'a*, або *fidepromissor'a* у продовж одного року за одного боржника і перед одним і тим же кредитором в забезпечення боргу понад суму 20,000 сестрецій. Далі цей закон забороняє поруку за таких умов в забезпечення «*pecunia credita*» (все, про що в момент вста-

новлення зобов'язання відомо, що воно складе предмет боргу). Закон розповсюджувався на борг строковий, але не на борг умовний. Закон не мав дію на випадок поруки в забезпечення приданого, боргу в силу духовного заповіту, поруки судової і притому необхідної, т.ч. даного за наказом судді, і на кінець усі необхідні по *lex de vicesima hereditatum*, забезпечення не підпорядковувались обмеженню *legis Corneliae*. В Юстиніановому праві ми не зустрічаємо на найменших слідів цього обмеження *fidejussio*, по всій ймовірності воно вийшло з обігу швидко по складанні Інституцій Гая. [13, 201-202; 3, 460]

Спеціальним законом (*lex Cicereia*, прибл. II ст. до н. е.) боржник зобов'язувався оголошувати заздалегідь, скільки порук встановлюється в забезпечення його боргу, і хто саме ці поручителі (невиконання цього обов'язку боржником давало право поручителям зажадати *praedudicium* і звільнитися від відповідальності за зобов'язанням). [6, 445]

Lex Apuleja залишив в силі солідарні відносини між декількома *consponsor*'ами і *fidepromissor*'ами, наданий ним захист був слабким і сумнівним, він не захищав інтерцедента проти платежу всього боргу, а лише давав йому право на відшкодування сплаченого понад належне його долі в частці, причому і це право залежало від спроможності співпоручителів під час користування ним. [13, 182]

Lex Furia знищив солідарні відносини, розмежував вимоги кредитора до *sponsor*'ів і *fidepromissor*'ів *ipso jure*, так що вони з самого початку повинні були лише пропорційну частку головного боргу, причому вирішальним для такого розподілу часом є той момент, коли кредитор має право вимагати платіж. [13, 183]

Закони про розкіш (*lex Oppia*) обмежили права жінок на спадщину (*lex Voconia*), були нормами, які позбавили права жінок приймати відповідальність за чужі борги (*Setum Vellejanum*). [4, 199]

У Римському праві перед усім звертає на себе увагу так зване *Senatus-consultum Vellejanum*, що усуває осіб жіночої статі від усяких угод інтерцесії, у тому числі й від поруки. [13, 272-273; 5, 217]

Що стосується історії цього закону, то Ульпіан зазначає, що вже Августом був виданий закон, який забороняв поруку дружин

за чоловіків, і що закон цей згодом був підтверджений Клавдієм, за яким, приблизно у 46 році за Р.Х., консулами Марком Силаном і Велесем внесений був у Сенат проект і ним же затверджений закон, який забороняв будь-яку інтерцесію жінки за будь-кого то не було, чоловіка її або сторонню особу. За загальним принципом, жінки усуваються від будь-якої громадської діяльності, особи жіночої статі завжди були неспроможні до процесуальної поруки, у видах обмеження їх від невігідних наслідків необдуманого і легковажно прийнятої на себе поруки, вони усувались від будь-якої взагалі поруки за виключенням за своїх чоловіків, що цілком безпечно і розумно було при первісній чистоті римських звичаїв. Але коли зі впливом часу, особливо за *lex Taetia*, спостерігався в римському суспільстві постійний і швидкий занепад моральності, що виразився у руйнуванні міцності подружнього союзу, виключення це зробилось вкрай небезпечним і з'явилась необхідність відгородити жінок саме від корисливих дій їх чоловіків, тому Августом була видана заборона поруки дружини за чоловіка. З метою усунення будь-яких сумнівів була видана Веллеянова Сенатська постанова, яка за свідченням Ульпіана заборонялась лише *fidejussio* та *mutuidatio*, остання є формою інтерцесії, яка відрізняється від першої відсутністю формального елементу. Заборона розповсюджувалась на усі взагалі угоди, за зовнішніми ознаками або матеріальному змісту своєму, які представляли інтерцесію. Заборона ця розповсюджувалась і на інтерцесію у формі мандату. [13, 273-275]

Крім обмежень осіб жіночої статі у здатності ручатися, Римське право знало також обмеження ще для деяких категорій осіб. Сюди перш за все відносяться особи духовні. У 546-му році Юстиніан видав закон за яким особи духовного звання усувались від поруки у всіх публічних діях, а саме: орендні контракти (за виключенням укладених церквою), опіка і процес. Цей закон каже лише про *fidejussio*, але якщо прийняти до уваги позитивно виражений в ньому мотив цього обмеження, то не має ніяких підстав на розповсюдження його і на випадки поруки у формі *constitutum*'а і *mandatum*'а *qualificatum*. В більш загальній формі постанова Юстиніана висловлена в конституції імперато-

ра Льва, це обмеження є більш ширшим у тому відношенні, що воно розповсюджується на усі взагалі «sponsiones», а не як закон Юстиніана лише на fidejussio «pro talibus causis». Римське право розвивалось канонічним правом, але з римського права прийнята була лише конституція Юстиніана, конституція Льва не отримала значення діючого права. [13, 296-298]

Обмеження осіб духовних визнавалось наданим їм законом пільгою, від якої вони могли відмовитись. Відповідно до цього вони вважались особами, не усуненими від поруки, а лише за непридатністю своєю фактично неспроможними. [13, 299]

Потім за Римським правом усувались від поруки особи військові. Юрист Павел зараховував осіб військових до непридатних поручителів, тобто тих, яких кредитор мав право не приймати, але які якщо прийняті ним, вважались дійсними поручителями, отже не безумовно усуває їх від поруки. Таке безумовне усунення з'явилося при імператорі Леві. Заборона розповсюджувалась не на усі випадки поруки, а навпаки малась на увазі лише порука за орендні контракти. [13, 300-301]

Крім цього Римське право забороняло поруку членам міських рад, *curiales*. До цього відноситься закон, виданий в 439 році імператорами Феодосієм та Валентиніаном і містить в собі позитивну заборону поруки, але не тільки лише об'явлення названих осіб непридатними поручителями, при цьому мається на увазі також й порука за орендними контрактами. [13, 302]

Висновки. Держава повинна вживати певних заходів охорони всіх учасників від зловживань недобросовісних осіб, захищати інтереси свідомо слабкої сторони окремих відносин, а в необхідних випадках має право і навіть зобов'язана примушувати учасників взаємовідносин дотримуватися суспільних (публічних), а не тільки приватних інтересів. [11, 20]

Стучка П.І. зазначає, що кількість роз'яснень Вищого суду має бути обмеженим, і Верховному суду доводиться писати: «Верхсуд надалі до видання особливого закону роз'яснює...». [10, 177]

Краще 10 зайвих статей, ніж один роз'яснюючий прогалину циркуляр. Потрібно провести серйозне перегрупування, роз'єд-

нати те, що штучно зшито, і поєднати те, що природно близьке. [10, 223]

Положення Цивільного кодексу України щодо поруки (ст. 554) не розкривають усіх положень, що притаманні інституту поруки, які мали широке застосування ще в римському праві і в цьому аспекті слухним було б прийняти окремий Закон щодо поруки, який врегулював би всі колізії та спірні правозастосовні моменти інституту поруки, що дало б можливість уникнути прийняття судами протилежних рішень у господарських, цивільних справах, та виключило б на майбутнє постійну зміну правових позицій вищих ланок судової влади.

Внаслідок проведеного аналізу пропонується на законодавчому рівні за правовідносинами в яких приймають участь фізичні та юридичні особи приватного права:

1) ввести поняття приватного (сімейного, непрофесійного) поручителя - поручителя, яким є фізична особа, яка не займається підприємницькою, комерційною діяльністю і виступає поручителем за зобов'язаннями будь-яких юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців,

2) позбавити поручителя, залученого без відома і згоди основного боржника - права регресного позову до основного боржника,

3) обмежити право дружини та чоловіка на укладення договорів порук при вже укладеному договорі застави спільного майна подружжя,

4) встановити, що укладенню договору поруки передують документальне підтвердження фінансової платоспроможності стану поручителя,

5) заборонити виступати поручителями керівникам органів управління юридичної особи за зобов'язаннями цих юридичних осіб де вони працюють.

1. Бартошек М. Римское право: (Понятия, термины, определения): Пер. с чешск. - М.: Юрид.лит., 1989. - 448 с.
2. Гражданское права Древняго Рима, лекції Сергея Муромцева, профессора Московского Университета, Москва, Типографія А.И.Муромцева и Ко, Леонтевській пер., № 5, 1883, 697 с.

3. Дождев Д.В. Римское частное право. Учебник для вузов / Под редакцией члена-корр. РАН, профессора В. С. Нерсисянца, М.: Издательская группа ИНФРА М - НОРМА, 1996. - 704 с.
4. История Римского права пособие къ лекціямъ, профессора Московскаго университета В.М. Хвостова., Третье издание (исправленное и дополненное). Типографія Т-ва И.Д. Сытина, Пятницкая улица, свой домъ, Москва. - 1907. - 478 с.
5. Пандекты. Г. Дернбурга. Томъ второй. Выпуск третій русскаго перевода. Обязательственное право. Третье русское изданіе. Москва. 1911. 396 с.
6. «Римское частное право» Под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. Москва. Юриспруденция. 2000. [Электронный ресурс] - Режим доступу: <http://bibliotekar.ru/rimskoe-pravo-2-2/154.htm>
7. Римское частное право [Текст]: Учебник / Под ред. Проф. И. Б. Новицкого и проф. И. С. Перетерского. - М.: ИКД "Зерцало-М", 2012. - 560 с.
8. Санфилиппо Чезаре. Курс римского частного права: Учебник/Под ред. Д.В. Дождева - М.: Издательство БЕК, 2002. 400 с.
9. Санфилиппо Ч. Курс римского частного права: учебник / Чезаре Санфилиппо; [пер. с итал. И. И. Маханькова]; под общ. ред. Д. В. Дождева. М.: Норма, 2007. 464 с.
10. Стучка П.И. Введение в теорию гражданскаго права. Издательство Коммунистической академии. Москва. 1928. с.
11. Суханов Е.А. Гражданское право. В 4 т. Т. 1: Общая часть : учеб. для студентов вузов, обучающихся по направлению 521400 «Юриспруденция» и по специальности 021100 «Юриспруденция» / [Ем В.С. и др.] ; отв. ред. - Е.А. Суханов. - 3-е изд., перераб и доп. - М.: Волтерс Клувер, 2006. - 720 с.
12. Учение о разделительныхъ обязательствахъ по Римскому праву и новейшимъ законодательствамъ. Сочиненіе К. Берниттейна. Д-ра права Берлинскаго университета. Санктпетербургъ. Типографія товарищества «Общественная польза», по Мойке, д. 5. 1871. 328 с.
13. «Учение о поручительстве по римскому праву и новейшимъ законодательствамъ» Сочинение Бар. А. Нолькена, Томъ первый. Санктпетербургъ. Типографія императорской академии наукъ (Вас. Остр., 9 лин., № 12.), 1884. 371 с.
14. Франчози Дж. Институционный курс римского права / Перевод с итальянскаго; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. - М.: Статут, 2004. - 428 с.

15. Цивільний кодекс України. [Електронний ресурс] - Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/435-15/print1443620003787888>.

Ляшенко О.В. Обмеження відповідальності по договору поруки за римським правом

Стаття присвячена аналізу випадків обмеження відповідальності за договором поруки. На базі Римського права та наукових досліджень поруки, проаналізовані відносини які виникають за договором поруки. Висловлений авторський погляд на проблематику і зроблений висновок щодо договору поруки за українським законодавством.

Ключові слова: Римське право, порука, угоди, договір поруки, позика, позичальник, боржник, поручитель.

Ляшенко О.В. Ограничение ответственности по договору поручительства по римскому праву

Стаття посвящена аналізу випадків обмеження відповідальності по договору поручительства. На базі Римського права і наукових досліджень поруки, проаналізовані відносини виникаючі по договору поручительства. Висказаний авторський погляд на проблематику і зроблений висновок по договору поручительства по українському законодавству.

Ключевые слова: Римское право, поручительство, соглашения, договор поручительства, заем, заемщик, должник, поручитель.

Lyashenko O.V. Limitation of liability under the contract of guarantee under Roman law

The article analyzes the cases of limitation of liability under the contract of guarantee. On the basis of Roman law and research bail, analyzed the relationship arising under the contract of guarantee. Expressed the author's view of the issues and concluded the contract on bail by the Ukrainian legislation.

The provisions of the Civil Code of Ukraine about bail (art. 554) don't reveal all the provisions, peculiar to the Institute of bail and in this regard the adoption of a separate law about bail has to settle disputes of law enforcement, in particular by introducing such concepts as private (family, unprofessional) surety; the involvement of the surety only with the consent of the principal debtor, otherwise the surety is deprived of the right of regressive claim to the principal debtor; restrictions of the wife right and a husband on surety contracts; the check the financial condition of the guarantor's solvency; and the prohibition of bail to heads of government legal entity for the obligations of such legal entities.

Key words: Roman law, guarantee, agreement, contract of guarantee, loan, borrower, debtor or guarantor.

ПРЕДСТАВНИЦТВО ОСОБИ, ЯКІЙ НАДАЄТЬСЯ ДОПОМОГА В ПОРЯДКУ СТАТТІ 78 ЦК УКРАЇНИ, У СУДОВИХ ПРОВАДЖЕННЯХ

УДК 347.15/.17

Людині для реального задоволення її потреб недостатньо самого лише визнання за нею певних суб'єктивних прав – необхідно, щоб вона була спроможною здійснити ці права, тобто втілити їх у дійсність. Унаслідок різних причин (зокрема через тяжку хворобу чи інвалідність) фізична особа може опинитися в складних життєвих обставинах, за яких вона не зможе здійснювати належні їй права в повному обсязі. Подолання перешкод, яких людина, внаслідок незадовільного стану соматичного здоров'я, зазнає на шляху до реалізації належних їй прав та виконання покладених на неї обов'язків, – досягається через такий правовий засіб як надання дієздатній фізичній особі допомоги у здійсненні її прав та виконанні обов'язків, основні засади якого знайшли відображення у статті 78 Цивільного кодексу України (надалі – ЦК України).

Мета цієї статті – визначити особливості процесуального представництва особи, якій надається допомога в порядку статті 78 ЦК України.

Відповідно до абз. 1 ч. 4 ст. 78 ЦК України помічник представляє особу в органах державної влади, органах влади Автономної Республіки Крим, органах місцевого самоврядування та організаціях, діяльність яких пов'язана з обслуговуванням населення. Поряд із цим в абз.2 зазначеної статті міститься спеціальне застереження, що помічник може представляти фізичну особу в суді лише на підставі окремої довіреності. Таким чином, законодавець використовує різні підходи до посвідчення повноважень помічника при представництві в суді та при представництві в інших органах та організаціях. По суті, в абз. 1 ч. 4 ст. 78 ЦК України мова йде про представництво в матеріальному праві або цивільне представництво, для якого довіреність помічнику не

потрібна (достатньо лише посвідчення, виданого органом опіки та піклування), тоді як в абз. 2 ч. 4 ст. 78 ЦК України ідеться про представництво в суді, тобто процесуальне представництво, здійснення якого без довіреності не допускається. Не звернувшись до загальних положень про представництво у цивільному та цивільно-процесуальному праві, оцінити доцільність такого підходу важко.

Так, згідно з ч. 1 ст. 237 ЦК України представництвом є правовідношення, в якому одна сторона (представник) зобов'язана або має право вчинити правочин від імені другої сторони, яку вона представляє. У літературі зазначається, що вчинення правочинів представником полягає у здійсненні ним власних дій, які відповідно до наданих йому повноважень створюють, змінюють або припиняють цивільні права та обов'язки особи, яку представляють [1, с. 332]. Разом із тим норми процесуального законодавства не містять визначення представництва. Відповідно до положень, які напрацьовані в доктрині цивільного процесу, під процесуальним або судовим представництвом слід розуміти правовідношення, на підставі якого одна особа сприяє захисту прав, свобод та інтересів іншої особи та (або) здійснює від її імені процесуальні дії в межах наданих повноважень [2, с. 341]. Положення щодо процесуального представництва регламентовані статтями 38-44 ЦПК України, статтями 56-59 КАС України та статтею 28 ГПК України.

Традиційно вважається, що у процесуальному представництві слід розрізняти два види правовідносин: внутрішні, що виникають між представником та особою, яку він представляє, та зовнішні, що виникають між ними та судом [3, с. 67; 4, с. 76; 5, с. 98]. У першому виді правовідносин представник наділяється процесуальними повноваженнями, а в другому – відбувається допуск його судом до участі в процесі. На цій підставі деякі вчені ставлять під сумнів тезу про те, що в рамках процесуального представництва мають місце лише процесуальні правовідносини, обов'язковим суб'єктом яких є суд [6, с. 84; 7, с. 62]. Інші дослідники пропонують більш широкий підхід, відповідно до якого відносини процесуального представництва розподіляють-

ся на три види: правовідносини між представником та особою, яку він представляє, в силу яких представник наділяється повноваженнями; правовідносини між представником та судом у процесі здійснення ним процесуальних дій; правовідносини між особою, яку представляють, та судом, що є результатом реалізації внутрішніх та зовнішніх правовідносин [7, с. 62]. При цьому зауважується, що правовідносини між представником та особою, яку він представляє, є за своєю суттю є матеріально-правовими, а інші два види – процесуально-правові. Отже, при такому підході фактично наголошується, що між представником та особою, яку він представляє, процесуальні правовідносини не виникають [8, с. 89], між ними виникають лише матеріально-правові відносини. Останні розглядаються у процесуальній літературі як передумова (підстава) виникнення правовідносин між представником і судом. Підкреслюється, що без виникнення матеріально-правових відносин неможливе виникнення правовідносин процесуальних за участю представника [4, с. 76]. Матеріально-правовими передумовами процесуального представництва можуть бути, зокрема, правочини (видача довіреності, укладення договору доручення), обіймання певної посади у випадку представництва юридичної особи, факт наявності родинних відносин, рішення суду (у випадках усиновлення, призначення опікуна чи піклувальника тощо).

Проте, договір про надання допомоги дієздатній фізичній особі не може бути матеріально-правовою підставою процесуального представництва, адже відповідно до прямої вказівки ст. 78 ЦК України помічник може представляти фізичну особу в суді лише на підставі окремої довіреності. Вказівка на необхідність надання окремої довіреності помічнику для представництва в суді свідчить про те, що відносини процесуального представництва виходять за межі правовідносин із надання дієздатній фізичній особі допомоги у здійсненні її прав та виконанні обов'язків. Надання допомоги в порядку ст. 78 ЦК України не є всеохоплюючим: помічник не може представляти особу в усіх без виключення правовідносинах, адже він не є законним представником. Предметом договору із надання допомоги можуть бути лише послуги з цивільного, матеріально-правового представництва, але

не процесуальне представництво. З цього приводу О. О. Пелевін слушно зауважує, що в судовому процесі «громадянин, котрий перебуває під патронажем, бере участь самостійно, якщо інше не встановлено договором, що свідчить про виключно добровільний характер представництва інтересів особи, над якою встановлено патронаж» [9, с. 44].

Вищезазначене дає підстави стверджувати, що процесуальне представництво дієздатної фізичної особи її помічником істотно відрізняється від процесуального представництва, яке здійснюють опікуни та піклувальники. У теорії цивільного процесу розрізняють законне та договірне представництво залежно від того, на підставі чого виникають повноваження представника. Згідно зі ст. 39 ЦПК України законними представниками є батьки, усиновлювачі, опікуни, піклувальники чи інші особи, визначені законом, а також опікун, призначений для опіки над майном, виконавець заповіту, або інша особа, що вживає заходів щодо охорони спадкового майна. Повноваження таких представників виникають на підставі закону. Натомість повноваження договірних представників виникають на підставі договору. Такими представниками згідно зі ст. 40 ЦПК України може бути адвокат або інша особа, яка досягла вісімнадцяти років, має цивільну процесуальну дієздатність і належно посвідчені повноваження на здійснення представництва в суді. Обмеження щодо участі договірних представників визначені ч. 2 ст. 40, ст. 41 ЦПК України.

Отже, опікуни та піклувальники є законними представниками особи; вони наділяються представницькими повноваженням відповідно до прямої вказівки закону в силу самого свого статусу в матеріальних правовідносинах як опікунів чи піклувальників; вони не потребують спеціальної довіреності на ведення справи в суді, адже їхні процесуальні права не можуть обмежуватися. Повноваження законних представників посвідчуються відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 42 ЦПК України свідоцтвом про народження дитини або рішенням про призначення опікуном, піклувальником чи охоронцем спадкового майна.

На противагу зазначеному, помічник дієздатної особи в силу самого свого статусу в матеріальних правовідносинах, що та-

кож може бути підтверджено посвідченням, не наділяється повноваженнями щодо представництва особи в суді. Відповідно, такий помічник може бути лише договірним представником, а, отже, на нього мають поширюватися загальні положення щодо договірного представництва в процесуальних правовідносинах. Окрім того, оскільки помічник не є адвокатом, його слід визнати непрофесійним представником. Помічник має відповідати вимогам, що висуваються нормами процесуального законодавства до непрофесійних представників, зокрема він повинен: досягти віку 18 років, мати повну цивільну дієздатність і належним чином посвідчені повноваження. Вимога процесуального законодавства щодо повної дієздатності видається зайвою як для помічників, адже помічником може бути тільки дієздатна фізична особа (абз. 2 ч. 1 ст. 78 ЦК України). Натомість вимога щодо досягнення повноліття заслуговує окремої уваги у світлі того, що помічником може бути також і особа, яка набула повної цивільної дієздатності до досягнення 18 років. Така особа, хоча й може бути помічником, однак в силу імперативного припису ч. 1 ст. 40 ЦПК України не може представляти інтереси того, кому допомагає, у судових провадженнях.

Помічник повинен надати до суду документи, що посвідчують його повноваження. Відповідно до ч. 1 ст. 42 ЦПК України такими документами у випадку непрофесійного представництва фізичної особи є довіреність фізичної особи. При цьому законодавство не встановлює інших документів, якими можуть посвідчуватися повноваження таких представників. Ця ж ідея проводиться і в ст. 78 ЦК України. Помічник не може діяти як договірний представник на основі договору про надання допомоги або посвідчення помічника, адже цивільному процесу властивий спеціально-дозвільний спосіб регулювання, тобто дозволено тільки те, що прямо передбачено в законі.

Помічник, який має повноваження на ведення справи в суді, може вчиняти від імені особи, якій він допомагає, усі процесуальні дії, що їх має право вчиняти ця особа. Обмеження повноважень помічника на вчинення певної процесуальної дії мають бути застережені у виданій йому довіреності (частини 1 і 2 ст. 44 ЦПК України).

У справі № 2-о-156/10 заяву до суду в порядку окремого провадження від імені особи було подано її помічником. При вирішенні питання щодо відкриття провадження у справі, суд дійшов висновку, що заяву подано особою, яка не має повноважень на ведення справи. В ухвалі про повернення заяви, зокрема, зазначалося, що аналіз комплексу (переліку) прав, які може вчиняти представник заявника, дав можливість дійти висновку, що він (представник заявника) не має повноважень на звернення до Центрально-Міського районного суду м. Макіївки з заявою в порядку окремого провадження, а тому її подано до суду та підписано від імені заявника особою, яка не може цього робити, бо не має на це повноважень, у зв'язку із чим заяву необхідно повернути» [10].

Схожа ситуація мала місце і в справі № 2-а-6966/11, що розглядалась у порядку адміністративного судочинства. У зазначеній справі помічник звернувся від імені фізичної особи до суду з адміністративним позовом до Управління праці та соціального захисту населення. Під час розгляду справи суд дійшов висновку, що позовну заяву слід залишити без розгляду з огляду на те, що відповідно до ст. 155 КАС України суд залишає позовну заяву без розгляду, якщо позовну заяву від імені позивача подано особою, яка не має повноважень на ведення справи. Оскільки, відповідно до рішення районної ради ОСОБА_2 призначено помічником дієздатної фізичної особи ОСОБА_1, за відсутності довіреності на представництво інтересів дієздатної особи ОСОБА_2 не уповноважена щодо звернення до суду в інтересах іншої особи [11].

Таким чином, у випадку, коли до суду звертається помічник без довіреності від дієздатної фізичної особи, яка за станом свого здоров'я не здатна самостійно здійснювати свої права та виконувати обов'язки, суд повинен повернути таку заяву (п. 3 ч. 3 ст. 121 ЦПК України, п. 4 ч. 2 ст. 108 КАС України, п. 1 ч. 1 ст. 63 ГПК України), а у випадку, коли провадження у справі вже відкрите – залишити її без розгляду (п. 2 ч. 1 ст. 207 ЦПК України, п. 2 ч. 1 ст. 155 КАС України, п. 1 ч. 1 ст. 81 ГПК України).

Із зазначеного випливає, що помічник дієздатної фізичної особи в цивільному, адміністративному та господарському процесі за умови надання йому відповідних повноважень має статус

договірному представника, на відміну від опікуна та піклувальника. Відповідно до цього його повноваження є такими, що виникають на основі договору, а не закону, а тому такі повноваження мають посвідчуватися довіреністю фізичної особи, в якій має зазначитися обсяг наданих помічникові повноважень, а також їх обмеження, оскільки інакше, ніж через ознайомлення із довіреністю, суд не може пересвідчитися у наявності повноважень помічника на ведення справи в суді та з'ясувати конкретний перелік його повноважень.

Таким чином, процесуальне представництво, яке може здійснюватися помічником дієздатної фізичної особи, належить характеризувати як договірне, непрофесійне, необов'язкове представництво фізичної особи.

Варто зазначити, що в абз. 2 ч. 4 ст. 78 ЦК України буквально йдеться лише про представництво «в суді», тобто про судове представництво. Поряд із цим, на нашу думку, поняття «судове представництво» є вужчим за обсягом порівняно з поняттям «процесуального представництва». У теорії цивільного процесу зазначається, що норми, які регулюють інститут процесуального представництва, мають загальний характер, тому сфера їх правової дії поширюється на всі стадії процесу та на всі види проваджень у цивільному судочинстві [2, с. 343-344]. У зв'язку із зазначеним виникає питання про те, як мають посвідчуватися повноваження помічника дієздатної фізичної особи, при зверненні до органів примусового виконання рішень суду, з огляду на те, що виконання рішень у сучасних розвідках визнається завершальною стадією цивільного судочинства [12, с. 139-140; 13, с. 230-231; 14, с. 160-161].

У цьому контексті варто згадати численну практику Європейського суду з прав людини з питань тлумачення п. 1 ст. 6 Європейської конвенції з прав людини та основоположних свобод (надалі – ЄКПЛ), яка закріплює право особи на справедливий судовий розгляд. Зокрема, у справі Хорнсбі проти Греції зауважувалось, що «право на доступ до суду, гарантоване ст. 6 ЄКПЛ, стало б ілюзорним, якби правова система держави дозволяла, щоб остаточне, обов'язкове рішення суду залишалось невиконаним. Ви-

конання рішення суду в аспекті цієї статті має розглядатися як невід’ємна частина судового провадження у справі» [15]. Таким чином, варто погодитися із думкою тих вчених, які вважають виконання рішень завершальною стадією судового провадження [12, с. 139-140; 13, с. 231]. Відтак, судове представництво є вужчим від процесуального представництва, бо охоплює собою лише процесуальні дії представника у суді. Натомість поняття процесуального представництва охоплює собою представництво на всіх стадіях цивільного, адміністративного та господарського судочинства, враховуючи стадію виконання рішень суду.

На наш погляд, в абзаці 2 ч. 4 ст. 78 ЦК України мова повинна йти не тільки про представництво особи в суді (власне судове представництво), однак і про представництво особи в органах примусового виконання рішень суду (процесуальне представництво на всіх стадіях провадження), оскільки виконавче провадження є завершальною стадією судового провадження, де діють аналогічні принципи. Так, відповідно до ч. 1 ст. 9 ЗУ «Про виконавче провадження» сторони можуть реалізовувати свої права і обов’язки у виконавчому провадженні самостійно або через представників. Особиста участь фізичної особи у виконавчому провадженні не позбавляє її права мати представника, крім випадку, коли боржник згідно з рішенням зобов’язаний вчинити певні дії особисто. Відповідно до ч. 5 ст. 9 зазначеного Закону повноваження представника повинні бути підтверджені довіреністю, виданою відповідно до вимог закону. Таким чином, представництво в даному випадку має здійснюватися на основі довіреності і на таке представництво повинні поширюватися правила представництва в суді.

Враховуючи вищезазначене, вважаємо, що абз. 2 ч. 4 ст. 78 ЦК України слід викласти у такій редакції: «Помічник може представляти фізичну особу на всіх стадіях судового провадження, враховуючи стадію виконання судового рішення, виключно на підставі окремої довіреності».

У цивільному процесі, як відомо, можливе так зване подвійне представництво, коли представник має представника. Так, відповідно до ч. 5 ст. 39 ЦПК України законні представники мо-

жуть доручати ведення справи в суді іншим особам. Зазначена норма фактично передбачає випадок подвійного представництва, коли в особі є одночасно і законний, і договірний представники, котрі при тому можуть діяти у процесі одночасно. У літературі зазначається, що участь декількох представників однієї особи в цивільному процесі є допустимою передусім у разі доручення законним представником ведення справи в суді адвокату з метою отримання кваліфікованої правової допомоги [2, с. 347]. Проте у нормах процесуального законодавства нічого не зазначено про те, чи допускається у цивільному судочинстві існування інших видів множинності представників. У цьому контексті може виникнути декілька запитань. По-перше, чи може помічник діяти в процесі поряд із договірним професійним представником-адвокатом? По-друге, (за умови ствердної відповіді на попереднє питання), хто повинен укладати договір з адвокатом: помічник чи сама фізична особа, якій надається допомога? По-третє, чи має право помічник, який вже виступає договірним представником у суді, передоручити ведення справи в суді іншій особі?

Варто зазначити, що питання стосовно можливості участі декількох договірних представників однієї особи в науковій літературі залишається дискусійним, оскільки цивільним процесуальним законодавством зазначене питання не врегульовано. У цьому контексті, однак, привертає увагу положення ч. 1 ст. 38 ЦПК України, відповідно до якого особа має право брати участь у цивільній справі особисто або через представника. Особиста участь у справі особи не позбавляє її права мати в цій справі представника. Той факт, що слово «представник» вжите законодавцем в однині, на перший погляд, мав би свідчити про те, що особа може мати тільки одного представника. Окрім того, як зауважується в літературі, у чинному цивільному процесуальному законодавстві відсутній механізм правового регулювання участі декількох представників однієї особи [2, с. 348].

Проте, на нашу думку, варто погодитися з тими авторами, які виступають за можливість участі у справі кількох представників однієї особи [2, с. 348; 8, с. 90]. Відповідно, і дієздатна фізична особа, яка внаслідок стану здоров'я не здатна самостійно здійс-

нювати свої права та виконувати обов'язки, може мати декількох представників у процесі. Тобто участь у процесі помічника, що діє на підставі окремої довіреності як договірний представник, не позбавляє зазначену особу мати у цій справі іншого договірного представника. Зокрема, зазначена ситуація може виникнути у тому випадку, коли знань помічника недостатньо для представництва в суді, а тому для ефективного захисту особа також може залучити професійного представника – адвоката, що надаватиме такій особі правову допомогу. Протилежний підхід, суперечив би положенням ст. 59 Конституції України, яка закріпила право фізичних та юридичних осіб на правову допомогу при реалізації ними конституційного права на судовий захист. Помічник, і адвокат мають діяти у процесі на підставі окремих довіреностей, виданих дієздатною фізичною особою, яка потребує допомоги у здійсненні її прав та виконанні обов'язків, адже в даному випадку адвокат представлятиме інтереси самої особи, а не її помічника. Тим більше, що виходячи зі змісту ст. 78 ЦК України, помічник не наділений правом видачі довіреностей та укладення договорів про надання правової допомоги від імені підопічного. Варто зазначити, що у тому випадку, коли поряд із помічником, як непрофесійним договірним представником, діє адвокат як професійний договірний представник, повноваження останнього можуть посвідчуватися не тільки довіреністю, а й іншими документами, а саме: ордером, до якого додається витяг із договору, у якому зазначаються повноваження адвоката як представника або обмеження його прав на вчинення окремих процесуальних дій; дорученням органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги; договором (ч. 4 ст. 42 ЦПК України). У всіх зазначених випадках дієздатна фізична особа, якій надається допомога, зберігає за собою право діяти в процесі одночасно зі своїми представниками.

Раніше вже було зроблено висновок відносно того, що помічник виступає в суді договірним представником особи, якій надається допомога. Поряд із цим, на практиці можуть виникнути ситуації, коли помічником дієздатної фізичної особи є член родини цієї особи. У цьому контексті варто звернути увагу на положення

статей 172, 258, 262 СК України. Так, відповідно до ч. 2 ст. 172 СК України повнолітні дочка, син мають право звернутися за захистом прав та інтересів непрацездатних, немічних батьків як їх законні представники, без спеціальних на те повноважень. Те ж саме правило діє щодо усиновлених та усиновлювачів на підставі ст. 232 СК України. Згідно з ч. 2 ст. 258 СК України баба і дід мають право звернутися за захистом прав та інтересів малолітніх, неповнолітніх та повнолітніх непрацездатних онуків до органу опіки та піклування або до суду без спеціальних на те повноважень. Згідно зі ст. 262 СК України сестра, брат, мачуха, вітчч мають право на самозахист своїх малолітніх, неповнолітніх, повнолітніх непрацездатних братів, сестер, пасинка, падчерки. Сестра, брат, мачуха, вітчч мають право звернутися за захистом прав та інтересів малолітніх, неповнолітніх та повнолітніх непрацездатних братів, сестер, пасинка, падчерки до органу опіки та піклування або до суду без спеціальних на те повноважень.

Варто зазначити, що за умови виконання зазначеними особами функцій помічника, при зверненні до суду слід виходити з того, що ці особи діятимуть не як договірні представники в порядку ст. 40 ЦПК України, а як особи, яким надане право захищати права, свободи та інтереси інших осіб, на підставі ст. 45 ЦПК України. Так, відповідно до ч. 1 ст. 45 ЦПК України у випадках, встановлених законом, органи державної влади, органи місцевого самоврядування, фізичні та юридичні особи можуть звертатися до суду із заявами про захист прав, свобод та інтересів інших осіб, або державних чи суспільних інтересів. Проте, як зазначається в літературі участь у справі зазначених суб'єктів слід відрізняти від участі у справі представників [2, с. 361].

У даному випадку право зазначених фізичних осіб на звернення до суду буде обумовлене не договором – підставою його виникнення буде пряма вказівка на це в законі. У зв'язку із зазначеним, ці особи не можуть кваліфікуватися як представники, а матимуть свій особливий статус у цивільному судочинстві. Формою участі зазначених осіб буде звернення до суду із позовною заявою або заявою в порядку окремого чи наказного провадження, а єдиною підставою їх участі буде пряма вказівка на це в за-

коні. При цьому участь зазначених осіб можлива лише на стороні позивача, а тому вони матимуть процесуальні права позивача, хоча безпосереднім позивачем виступатиме особа, на захист інтересів якої вони діють. При цьому участь таких осіб в інтересах відповідача законодавством не передбачена. Тож, у випадку, коли позов пред'явлений до дієздатної фізичної особи, яка потребує допомоги в порядку ст. 78 ЦК України, зазначені особи будучи помічниками можуть діяти лише на підставі окремої довіреності як договірні представники.

1. *Цивільне право [Текст] : підручник у 2 т. / [В. І. Борисова, Л. М. Баранова, Т. І. Бєгова та ін.] ; керізн. авт. кол. – В. І. Борисова ; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – Х. : Право, 2011. – Т. 1. – 656 с.*
2. *Курс цивільного процесу [Текст] : підручник / В. В. Комаров, В. А. Бігун, В. В. Баранкова та ін. ; за ред. В. В. Комарова. – Х. : Право, 2011. – 1352 с.*
3. *Смушкин, А. Б. Гражданский процесс [Текст] : учебное пособие / А. Б. Смушкин, Т. В. Суркова, О. С. Черникова. – М. : Омега-Л, 2008. – 320 с.*
4. *Сульженко, Ю. І. Цивільне процесуальне представництво, його розвиток та види [Текст] / Ю. О. Сульженко // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2004. – № 1. – С. 73–84.*
5. *Чорнооченко, С. І. Цивільний процес [Текст] : навчальний посібник / С. І. Чорнооченко. – [вид. 2-ге, переробл. та доп.]. – К. : Центр навчальної літератури, 2005. – 472 с.*
6. *Васильєв, С. В. Цивільний процес [Текст] : Навчальний посібник / С. В. Васильєв. – Х. : ТОВ «Одіссей», 2008. – 408 с.*
7. *Халатов, С. А. Представительство в гражданском и арбитражном процессе [Текст] / С. А. Халатов. – М. : НОРМА, 2002. – 208 с.*
8. *Цивільний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар [Текст] / С. С. Бичкова, Ю. В. Білоусов, В. І. Бірюков та ін. ; за заг. ред. С. С. Бичкової. – К. : Атіка, 2008. – 840 с.*
9. *Пелевин, А. А. Патронаж над дееспособными гражданами и смежные правоотношения [Текст] / А. А. Пелевин // Российский судья. – 2008. – № 3. – С. 44–45.*
10. *Ухвала Центрально-Міського районного суду м. Макіївки від 08.11.2010 р. у справі № 2-о-156/10 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/12420043>.*

11. Ухвала Кіровського районного суду м. Кіровограда від 22.06.2011 р. у справі № 2-а-6966/11 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/17230687>.
12. Сакара, Н. Ю. Проблема доступності правосуддя у цивільних справах [Текст] : монографія / Н. Ю. Сакара. – Х. : Право, 2010. – 256 с.
13. Цувіна, Т. А. Право на суд у цивільному судочинстві [Текст] : монографія / Т. А. Цувіна. – Х. : Слово, 2015. – 281 с.
14. Цувіна, Т. А. Право на суд у цивільному судочинстві [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Т. А. Цувіна ; Нац. ун-тет «Юрид. акад. ім. Ярослава Мудрого». – Х. : Б. в., 2013. – 265 с.
15. *Hornsby v. Greece, No. 18357/91, ECHR 1997-II* [Electronic resource] // HUDOC. – Available at : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58020>.

Макаренко О.В. Представництво особи, якій надається допомога в порядку статті 78 ЦК України, у судових провадженнях

У статті розглядаються питання пов'язані із процесуальним представництвом дієздатної фізичної особи, якій надається допомога в порядку статті 78 ЦК України. Зокрема, визначається підстава такого представництва та його правова природа. Процесуальне становище помічника порівнюється із процесуальним становищем опікунів та піклувальників. З'ясовуються межі поняття «процесуальне представництво», зокрема робиться висновок про те, що процесуальне представництво повинно охоплювати не тільки представництво особи в суді, але й представництво особи в органах примусового виконання рішень суду. Окрему увагу приділено проблемі множинності представників, яка виникає у тих випадках, коли дієздатну особу в судовому провадженні представляють одночасно і помічник, і професійний представник – адвокат.

Ключові слова: представництво; процесуальне представництво; представник; помічник; надання дієздатній фізичній особі допомоги у здійсненні її прав та виконанні обов'язків.

Макаренко О.В. Представительство лица, которому предоставляется помощь в порядке статьи 78 ГК Украины, в судебных производствах

В статье рассматриваются вопросы, связанные с процессуальным представительством дееспособного физического лица, которому предоставляется помощь в порядке статьи 78 ГК Украины. В частности, определяется основание такого представительства и его правовая природа. Процессуальное положение помощника сравнивается с процессуальным положением опекунов и попечителей. Выясняются границы понятия «процессуальное представительство», а именно – сделан вывод о том, что процессуальное представительство должно охватывать не только представительство лица в суде, но также и представительство лица в органах принудительного исполнения судебных решений. Отдельное внимание уделено проблеме множественности представителей, которая возникает в тех случаях, когда дееспособное лицо в судебном производстве

одновременно представляют и помощник, и профессиональный представитель – адвокат.

Ключевые слова: представительство; процессуальное представительство; представитель; помощник; предоставление дееспособному физическому лицу помощи в осуществлении его прав и исполнении обязанностей.

Makarenko O.V. Representation of a Person That Receives Assistance in Accordance With Article 78 of Civil Code of Ukraine in Judicial Proceedings

Rendering help to a capable physical person with exercising her rights and performing her duties is considered to be a civil-law instrument, by means of which a person can compensate for some lacking abilities that are needed for independent participation in civil transactions. Legal rules on rendering help to a capable physical person are considered to constitute a separate sub-institute of civil law as well as tutorship and curatorship. The main duties and powers of assistant are enumerated in the article 78 of Civil Code of Ukraine. However the list of those duties and powers is not exhaustive.

The article addresses some procedural issues concerning rendering help to a capable physical person with exercising her rights and performing her duties. Especially the problem of representation of a person that receives assistance is the focus of attention.

The author compares representative status of an assistant with representative status of tutors and curators. It is concluded that an assistant *eo ipso* does not have an authority to represent a person in judicial proceedings. That is why the authority to represent a person in judicial proceedings should be expressly granted to the assistant by a person that receives assistance. The authority of assistant to act in court on behalf of the person is based on special agreement and should be proved by a letter of authorization.

Also the author deliberates the question of how the notion of “judicial proceedings” should be treated. In this regard the author analyses the relevant case-law of European Court of Human Rights. According to the jurisprudence of European Court of Human Rights the execution of court decisions constitutes a part of judicial proceedings. On that ground the author states that assistant needs a special letter of authorization not only for representation in court, but also for representation in proceedings related to the execution of court decisions.

The author also analyses the problem of multiple judicial representatives acting on behalf of a person that receives assistance. This is the case when the person that receives assistance wants both the assistant and professional attorney to represent him or her in court. Some issues related to receiving pro-bono legal support are also discussed. Finally the author deals with some special cases (envisaged in Family Code of Ukraine) when relatives can represent a person in judicial proceedings.

Key-words: representation; judicial representation; representative; assistant; rendering help to a capable person with exercising her rights and performing her duties.

ПОНЯТТЯ ЦИВІЛЬНОЇ ПРАВОСУБ'ЄКТНОСТІ ТА ЇЇ ЕЛЕМЕНТІВ

УДК 347.1

Постановка проблеми. Правосуб'єктність є однією з основоположних категорій права. В теорії права правосуб'єктність розуміють як можливість особи виступати в якості суб'єкта прав і обов'язків. Незважаючи на велику кількість наукових досліджень, на сьогоднішній день, відсутнє легальне визначення даного поняття.

Метою цієї статті є дослідження поняття, сутності, складових частин та особливостей правосуб'єктності як цільно – правової категорії.

Аналіз останніх досліджень. Категорія правосуб'єктності є однією з найзагальніших категорій юридичної науки. Зокрема, вона стала предметом дослідження таких науковців, як С. С. Алексєєв, О.С. Іоффе, А. М. Колодій, В. В. Надьон, А. В. Пасічник, О. Ф. Скакун, Ю. М. Тодика, М. В. Цвік. Водночас теорії права категорію «правосуб'єктність» визначають в декількох напрямках.

Виклад основного матеріалу. Одним із них є теорія, відповідно до якої поняття «правосуб'єктність» та «суб'єкт права» співпадають, дану позицію тривалий час послідовно відстоював й С.С.Алексєєв, вказуючи, що суб'єкт права, характеризується, як особа, яка за своїми властивостями може бути носієм суб'єктивних юридичних прав та обов'язків. Вчений підкреслював, що соціальною передумовою правосуб'єктності служить свобода волі людини, а зміст полягає в тому, що особи мають здатність бути носієм юридичних прав і обов'язків. Тому правосуб'єктність є невід'ємною від особи її якістю [1, с. 67].

Доктринальне дослідження поняття «суб'єкт права» відоме ще з дореволюційних часів. Так вчений Н.А. Гредескуль у роботі «Общая теория права» зазначав, що «суб'єкт права являється центральним пунктом в юридических отношениях», закладючи у дане поняття точку зору, відповідно до якої «суб'єкт

это творец создаваемых ими прав и обязанностей. С другой стороны, право создается некоторыми искусственными субъектами, которые именуются юридическими лицами» [2, с. 289].

В.С. Нерсисянц розглядає суб'єктами права осіб чи організації, за якими визнано законом особливу юридичну властивість - правосуб'єктність, що дає можливість брати участь у різних правовідносинах [3, с. 372].

С. М. Братусь розмежував поняття «правоздатність» і «суб'єктивне право». «Суб'єктивне право - це належне даному суб'єкту, наявне, існуюче право. Правоздатність - необхідна умова для правоволодіння, тобто необхідна передумова суб'єктивного права» [4, с. 23].

Підтримував дану теорію і Н. В. Вітрук, визначаючи, що суб'єктивні права громадян мають три стадії прояву та здійснення: стан суб'єктивних прав, володіння ними і користування ними (реалізація). Стадія стану суб'єктивного права свідчить про можливість при зазначених в нормі права умовах придбати суб'єктивне право на конкретний об'єкт (благо). Стадія володіння характеризується вже придбанням суб'єктивного права на користування певною благом. Стадія користування (реалізації) - це вже само безпосереднє користування благом, задоволення особистих потреб, інтересів в рамках розпорядження правових норм. Для деяких прав ці стадії збігаються: стан з володінням (право на працю та ін.), або володіння з користуванням (право на ім'я та ін.). Для інших прав зазначені стадії існують як послідовно [5, с. 19].

Доволі часто, першу стадію прояви суб'єктивних прав, стадію стану, ототожнюють з правосуб'єктністю або правоздатністю. Проте правосуб'єктність - це не суб'єктивні права і не сукупність прав громадян. Суб'єктивні права особистості характеризуються не здатністю до певної поведінки, а мірою певної поведінки для реального користування благами. Тому ці два поняття нерозривно пов'язані, оскільки володіючи якістю правосуб'єктності, громадянин може бути носієм конкретних суб'єктивних прав, може користуватися ними. Перехід суб'єктивного права зі стадії загального стану в стадію володіння і далі говорить нам про зміну ставлення особи до права, а не про зміну або трансформації в

сутності правосуб'єктності, яка як була, так і залишається лише здатністю особи бути носієм прав у будь-якій стадії їх прояву: в стадії стану, володіння та користування правами [6, с. 5].

Прибічники другого напрямку, окрім праводієздатності, включають в правосуб'єктність й права та обов'язки, що закріплені за особами законами і ототожнюють її по суті з правовим статусом особи [6, с. 67].

Латинське слово «status» означає стан, положення. Відповідно до цього під статусом суб'єкта права розуміють його правове становище, котре характеризується комплексом юридичних прав і обов'язків.

Натомість поняттям правового статусу охоплюються всі види юридичних зв'язків за участю суб'єкта права. Правоздатність є постійним станом особи, елементом її правового статусу. Однак правоздатність — це не статичний момент, оскільки вона тісно пов'язана з соціально-правовою активністю особи. В ній знаходить прояв юридичний зв'язок особи з державою та суспільством, котрий характеризується наявністю в особи повної, реальної та гарантованої можливості бути носієм конкретних прав та обов'язків [7, с. 349-350].

Прихильники третього напрямку визнають, що зміст правосуб'єктності складає праводієздатність, основними складовими елементами якої виступають: правоздатність, дієздатність і деліктоздатність.

Провідним елементом, ядром цивільної правосуб'єктності служить правоздатність – як здатність особи мати цивільні права й обов'язки (ч. 1 ст. 25 ЦКУ). На думку Н. С. Малєїна, визначальним у понятті «правоздатність» є слово «право», а не «здатність», оскільки від особи непотрібно ніяких особливих здібностей, щоб бути визнаною правоздатною. Саме тому всі без винятку громадяни незалежно від чинників соціального, фізичного або психічного характеру визнаються правоздатними з моменту їх народження [8, с. 3, 4].

На думку А. Пасічника, правоздатність є достатнім критерієм встановлення факту правового існування суб'єкта права. Вона є самодостатньою категорією, чого не можна сказати про дієздат-

ність чи деліктоздатність, які безпосередньо від неї залежать [9, с. 28].

У науковій літературі триває дискусія щодо встановлення того, чим є правоздатність стадією розвитку суб'єктивного права. Дана теорія була запропонована Ц.Ямпольською, на думку якої, суб'єктивне право у своєму розвитку проходить три стадії: правоздатності (потенційного стану суб'єктивного права), виникнення суб'єктивного права та стадію його реалізації [10, с. 26].

Критично оцінив зазначений підхід Н.В. Вітрук, який, принципово погоджуючись із стадійністю суб'єктивного права, виступав проти включення правоздатності до переліку етапів його розвитку [5, с. 103–109].

Також є цікавим погляд А. В. Венедиктова, який ототожнював категорію «правосуб'єктність» і «правоздатність» (за винятком випадків, коли важко відокремити правоздатність від дієздатності), вважаючи, що держава наділяє осіб правоздатністю або, що те ж саме, правосуб'єктністю, тобто здатністю мати права та обов'язки. У такій ситуації правосуб'єктність є не просто правоздатністю, а є праводієздатністю [11, с. 506-507].

Таку ж позицію підтримував М. Г. Александров, вважаючи, що правосуб'єктність (правоздатність) - це «врожена властивість» індивіда чи колективного утворення, яке обумовлює можливість для особи за наявності фактичних умов, передбачених юридичною нормою, ставати учасником правовідносин того чи іншого виду, тобто володіти тими чи іншими повноваженнями й виконувати ті чи інші обов'язки [12, с.14].

Щодо зарубіжних поглядів на поняття «правосуб'єктність», слід зазначити, що, зокрема, у французькому праві і доктрина, і судова практика трактують правоздатність як здатність мати права. У праві Англії та США, незважаючи на відсутність загального, статичного поняття правоздатності, словами «legal capacity» і в науковій літературі, і в судових рішеннях іноді виокремлюють пасивну (passive capacity) та активну (active capacity) правоздатність, поступово наближаючи їх до континентальних понять [13, с. 6].

У цивілістичні доктрині цивільну правоздатність умовно поділяють на:

– *загальну цивільну правоздатність*, тобто здатність особи мати права й обов'язки, які передбачені Конституцією України та іншими законами України, які поширюються на осіб без винятку громадян і виникають з моменту народження (ч. 2 ст. 25 ЦК), наприклад, права – на житло (ст. 47), свободу пересування (ст. 33), свободу думки і слова (ст. 34), свободу світогляду й віросповідання (ст. 35) та обов'язки – не завдавати шкоди природі (ст. 66) та ін.;

– *спеціальну цивільну правоздатність*, тобто здатність особи мати окремі цивільні права й обов'язки по досягненню відповідного віку (ч. 3 ст. 25 ЦК). Наприклад, ч. 1 ст. 31 ЦК України встановлює право малолітньої особи самостійно вчиняти дрібні побутові правочини; у ст. 32 ЦК передбачені права неповнолітніх: самостійно розпоряджатися своїм заробітком, стипендією чи іншими доходами та інші.

За загальним правилом, спеціальною правоздатністю, зміст якої визначається метою їх діяльності, передбаченої у статуті чи іншому установчому документі, наділені юридичні особи, створені відповідно до законодавства.

Як зазначено у ЦК, правоздатність - це здатність особи мати і права, і обов'язки. Як правило, право завжди переплітається з обов'язком і будується за схемою: право – обов'язок, обов'язок – право. ЦК в поняття правоздатність закладає саме права та обов'язки для всіх осіб без винятку. Але якщо проаналізувати деякі положення ЦК України, то можна зробити висновок, що не завжди фізичні особи наділяються одночасно і правами, і обов'язками. Таким чином, правоздатність залежно від прав та обов'язків можна умовно поділити на: активну правоздатність (здатність особи мати права та обов'язки, дозволені законом) та пасивну правоздатність (здатність особи мати лише права, дозволені законом) [13, с. 8].

Отже, цивільна правоздатність містить в собі дві нерозривно пов'язані між собою можливості: виступати в якості і правоволодіючого, і зобов'язаного суб'єкта. Але на перший план за своїм значенням в системі цивільно-правового регулювання висувається саме можливість правоволодіння, оскільки вона у вирішальній

мірі розкриває механізм цивільно-правового регулювання і наділяє осіб цивільною правоздатністю.

Цивільною дієздатністю фізичної особи є її здатність своїми діями набувати для себе цивільні права й самостійно їх здійснювати, створювати для себе цивільні обов'язки, самостійно їх виконувати й нести відповідальність у разі їх невиконання (ч. 1 ст. 30 ЦК). Визначальним у цьому понятті є словосполученням «здатність діяти» – самостійно, активно, мати власну позицію, адекватно оцінювати свої й чужі дії та їх наслідки. Це можливо за наявності достатнього рівня свідомості й волі. Особи, які не досягли необхідного рівня свідомості (за віком) або втратили її (психічнохворі), не здатні власними діями набувати прав та обов'язків і нести відповідальність.

Структурним елементом цивільної правосуб'єктності також слід вважати й деліктоздатність, яка тлумачиться як здатність особи нести цивільно-правову відповідальність за вчинене нею правопорушення. При цьому дану категорію, деякі вчені відносять її до правосуб'єктності через дієздатність. Проте в більшості деліктоздатність визначають самостійним елементом [14, с. 108].

На думку В. Ф. Яковлева, деліктоздатність – це поєднання двох функцій – бути носієм відповідних прав та обов'язків і створювати їх своїми діями. Інакше кажучи, це правосуб'єктність у сфері відносин, що виникають унаслідок протиправної поведінки [15, с. 37].

Сутність деліктоздатності можна простежити в наступному. Держава, наділяючи осіб різного роду правовими засобами, залишає за собою (або делегує іншим суб'єктам) можливість припиняти випадки протиправної поведінки і впливати на правопорушника. Подібна можливість в цивільному праві не безмежна. Вона обумовлена ступенем волєздатності тієї чи іншої категорії осіб, рівнем її майнової самостійності, загальним обсягом їх права та дієздатності. Визначені умови слугують найбільш загальною передумовою ефективності впливу на правопорушника. Саме ця межа можливого ефективного впливу на суб'єкта за порушення заходів дозволеного і належного, визначених загальним обсягом право - і дієздатності, закріплюється в деліктоздатності. Таким

чином, цивільно-правова відповідальність може покладатися не тільки за схемою «своє правопорушення - своя відповідальність», але і стосовно інших: «свої дії - чужа відповідальність», «чужі дії - своя відповідальність» [16, с. 50].

Деякі вчені пропонують наповнити правосуб'єктність додатковими самостійними елементами. Наприклад, О. О. Красавчиков виділяв транс дієздатність, а саме здатність малолітніх своїми діями покладати обов'язок по відшкодуванню шкоди на батьків і здатність батьків набувати зазначеного обов'язку в результаті дій малолітніх [17, с. 58, 60].

Таким чином, з наведених міркувань можна зробити певні висновки:

- правосуб'єктність – це здатність особи бути суб'єктом (учасником) цивільних правовідносин, тобто носієм дозволених прав та обов'язків;

- основними елементами правосуб'єктності є правоздатність, дієздатність і деліктоздатність, також у науковій доктрині виділяють також трансдієздатність (можливість самостійно обирати собі представника та самому виступати представником інших осіб), тестаментозданість (можливість скласти заповіт та бути спадкоємцем) та бізнесдієздатність (можливість займатися підприємницькою діяльністю).

- вважаємо, що є сенс на законодавчому рівні закріпити легальну дефініцію поняття «правосуб'єктність».

1. Алексеев С.С. *Общая теория права. В двух томах. Т. II/С.С. Алексеев* – М.: Юрид. лит. 1982. – 360 с.

2. Гредескуль Н. А. *Общая теория права / Н. А. Гредескуль.* – С.-Петербург: Типо-Литография И. Трофимова, 1909. – 319 с.

3. Нерсесянц В.С. *Проблемы общей теории права и государства /Учебник для вузов/ Под.общ.ред. В.С.Нерсесянца.* - М.: Норма, 2004. - 813 с.

4. Гараева Г. Х. *Понятие и сущность правосубъектности как категории права/ Г. Х.Гараева// Исторические, философские, политические и юридические науки. Вопросы теории и практики -Тамбов:Грамота-2011-№ 5.- Ч.III.- С. 22-25.*

5. *Субъективные права советских граждан и их развитие в период строительства коммунистического общества: Автореф. дис. канд.*

- юр. наук /Н. В. Витрук /Киевский гос. университет им. Т. Г. Шевченко. – К.-1965. - 20 с.
6. Сопілко М. І. Теоретико-правові підходи до розуміння суб'єктів права окремими галузевими науками/М.І.Сопілко//Юридичний вісник–2008.–С.66-70.
 7. Цит.: Деревнін В. С. Загальні засади визначення правосуб'єктності товарної біржі / В. С. Деревнін // Актуальні проблеми держави і права. - 2011. - Вип. 58. - С. 349-355.
 8. Малєин Н. С. О понятии, ограничении и защите правосубъектности граждан / Н. С. Малєин // Теоретические вопросы гражданского права : сб. науч. ст. – М.: Госюриздат, 1980. – С. 115-123.
 9. Пасічник А.В. Щодо поняття правоздатності суб'єкта права / А. В. Пасічник // Підприємство, господарство і право. – 2009. – № 11. – С. 28–31.
 10. Цит.:Пасічник А.В. Природа та зміст правоздатності суб'єкта права /А.В. Пасічник//Правовий вісник Української академії банківської справи. - 2008. - N 1. - С. 14-18.
 11. Венедиктов А. В. О субъектах социалистических отношений / А. В. Венедиктов // Советское государство и право. – 1955. – № 8. – С. 17-28.
 12. Цит.: Костюк В. Л. Проблеми визначення правосуб'єктності у загальній теорії права // Держава і право. – 2009. – Вип. 44. – С. 14.
 13. Надьон В.В. Деякі аспекти визначення правоздатності в цивільному праві /В.В. Надьон// Теорія і практика правознавства. – Вип.1(5)/ 2014 – С.4 – 9.
 14. Надьон В.В. Елементи правосуб'єктності в цивільному праві / В. В. Надьон // Проблеми законності. - 2014. - Вип. 125. - С. 100-109
 15. Яковлев В. Ф. Отраслевой метод регулирования и гражданская правосубъектность / В. Ф. Яковлев // Правовые проблемы гражданской правосубъектности: сб. науч. ст. – Свердловск: УрГУ, 1978. – С. 27-53
 16. Надьон В. В. Структура правосуб'єктності /В.В. Надьон//Сучасні проблеми цивілістики: матеріали «круглого столу», присвяч. пам'яті проф. Чингізхана Н.А.,20.12.2013/НІОУ ім.Ярослава Мудрого. – Харків.-2014.-С. 49-53
 17. Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве : моногр. / О. А. Красавчиков. – М. : Госюриздат, 1958. – 183 с.
- Нечитайло Т.О., Луць В.В. Поняття цивільної правосуб'єктності та її елементів**

У статті узагальнено основні наукові підходи до розуміння категорії «правосуб'єктність». Охарактеризовано структурні елементи: правоздатність, дієздатність та деліктоздатність.

Ключові слова: правоздатність, дієздатність, деліктоздатність, правосуб'єктність, цивільне право.

Нечитайло Т. А., Луць В. В. Понятие гражданской правосубъектности и ее элементов

В статье обобщены основные научные подходы к пониманию категории «правосубъектность». Охарактеризованы структурные элементы: правоспособность, дееспособность и деликтоспособность.

Ключевые слова: правоспособность, дееспособность, деликтоспособность, правосубъектность, гражданское право.

Nechitaylo T.O., Lutz V. V. The concept of civil legal personality and its elements

Legal personality is one of the fundamental categories of rights. In the theory of law legal personality is understood as the ability of a person to act as a subject of rights and duties.

This article is devoted to research of the concept, nature, components and features of the legal personality of a civil - legal category. It is examined the theoretical and practical approaches to the concept of law. It is determined that in the general theory of law category of ' legal personality ' is approached in several ways.

According to, the first way of the concept of « legal personality « and « person of law» are identical. Supporters of the second direction include the legal personality rights and obligations that are identify on the merits of the legal status of a person.

Supporters of the third direction recognize that the content of legal personality include capacity and capability and delectability.

The author has determined that the most clear definition of the legal personality is when considering it as a combination of capacity, capability and delectability.

So, legal personality can be defined as the ability of individuals to be the subject of the (participant) civil relations, that is the bearer of rights and obligations

Keywords: capacity, capability, delectability, legal, civil law.

Походжук Р.В.

ДО ПИТАННЯ ПРО ДИФУЗНІ ПРАВА СПОЖИВАЧА

УДК 347.45

Цивільний кодекс України передбачає, що кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорування, а також захист свого інтересу, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства. Ін-

шими словами, держава гарантує захист цивільних прав та інтересів, а законодавець оперує такими термінами, як «суб'єктивне право» й «інтерес».

Серед праць вітчизняних і зарубіжних учених, які окреслювали окремі проблеми захисту прав споживачів, заслуговують на увагу роботи Г. Альпи, І. Венедіктової, А. Гриняка, М. Гудими, О. Дзери, І. Канзафарової, М. Каппеллетті, Р. Колагранде, Н. Кузнєцової, В. Луця, Р. Майданика, О. Письменної, Р. Стефанчука, Є. Харитоновна, О. Черняк та інших. Проте, незважаючи на ґрунтовні дослідження науковців, поза увагою залишається окремі права споживачів.

Метою цієї статті є дослідження прав споживачів, зокрема окремих прав споживачів, їх удосконалення та захист.

Суб'єктивне цивільне право – це міра дозволеної поведінки учасника цивільних правовідносин. Змістом суб'єктивного права є юридичні можливості, що надані суб'єктові, які в своїй сукупності становлять повноваження [1]. У цьому контексті заслуговує на увагу позиція Я. П'янової, яка зазначає, що право на захист не може визнаватися окремим суб'єктивним правом. На захист своєї позиції вона стверджує, що найбільш адекватно характеризує юридичну природу цього права його бачення як секундарної правомочності (при цьому секундарне право вбачається лише як правомочність, а не суб'єктивне право). Іншими словами, правомочність, як елемент суб'єктивного права [2, с. 168]. Слід погодитися з наведеними міркуваннями, оскільки суб'єктивне право це певні можливості та міра поведінки, якою володіє особа і які включають в себе тріаду повноважень, одним із яких є повноваження на захист.

Звертаючись до поняття «інтерес», слід зазначити Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень ч. 1 ст. 4 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) (справа про охоронюваний законом інтерес) від 01.12.2004 р. № 18-рп/2004, у якому вказано, що суб'єктивне право і пов'язаний із ним інтерес є дозволами. Інтерес, навіть перебуваючи під охороною закону чи права, на від-

міну від суб'єктивного права, не має такої правової можливості, як останнє, оскільки не забезпечується юридичним обов'язком іншої сторони. Законний інтерес характеризує лише легітимне прагнення свого носія до того, що не заборонено законом, тобто тільки його бажання, мрію, потяг до нього, тобто не юридичну, а фактичну (соціальну) можливість. Це прагнення у межах сфери правового регулювання до користування якимось конкретним матеріальним або нематеріальним благом. Відмінність такого блага від блага, що охоплюється змістом суб'єктивного права, полягає в тому, що користування благом, на яке особа має право, визначається можливістю в рамках закону, а до якого має законний інтерес – без вимог певних дій від інших осіб або чітко встановлених меж поведінки. Отже, законний інтерес відображає прагнення особи до реалізації свого права без вимоги дій інших осіб.

І. Венедиктова зазначає, що інтересу, на відміну від суб'єктивного права, не кореспондує зустрічний обов'язок [3, с. 153]. У цьому контексті заслуговує на увагу думка Є. Харитонова, який вказує, що цивільний інтерес відповідно до концепції українського цивільного законодавства може бути охарактеризований як прагнення, устремління, потреби особи, які не визначені законом або угодою сторін як цивільні права, але спрямовані на виникнення або збереження останніх [4, с. 100].

Статтю 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод передбачено, що кожен, чий права та свободи, визнані в цій Конвенції, були порушені, має право на ефективний засіб юридичного захисту в національному органі, навіть якщо таке порушення було вчинене особами, які здійснювали свої офіційні повноваження [5]. Таким чином, Конвенція передбачає право особи на захист, проте оперує такими термінами, як «права» та «свободи». Як наслідок, можна дійти висновку, що «інтерес» поглинається вказаними поняттями, адже може виступати передібною ланкою від «свободи» до «права».

Заслуговує на увагу точка зору О. Черняк, яка вважає, що право споживача як елемент його правового статусу можна визначити як закріплену за споживачем і забезпечену покладенням обов'язків на третіх осіб міру можливої поведінки, спрямовану

на використання певних благ для задоволення особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних із підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника [6, с. 62–63]. У свою чергу, О. Письменна під категорією «права споживачів» розуміє передбачені законодавством про захист прав споживачів можливості, спрямовані на задоволення охоронюваних законом інтересів споживачів шляхом заявлення вимог до зобов'язаних осіб [7, с. 4]. Ми поділяємо точку зору вказаних авторів і вважаємо за доцільне звернутися до міжнародного досвіду у сфері захисту прав споживачів.

Звертаючись до Споживчого кодексу Бразилії, слід розглянути ст. 6, яка визначає окремими правами споживача такі: право на ефективне запобігання і відшкодування індивідуальної, колективної або дифузної матеріальної та моральної шкоди; доступ до юрисдикційних і адміністративних органів стосовно запобігання або відшкодування індивідуальної, колективної або дифузної матеріальної чи моральної шкоди, що забезпечується правовим, адміністративним і технічним захистом споживача з низьким рівнем доходу [8]. Аналізуючи ст. 6 Споживчого кодексу Бразилії, слід звернути увагу на положення, в яких робиться акцент на попередженні та відшкодуванні шкоди споживачам. Цікавим у контексті нашого дослідження є положення про індивідуальну, колективну та дифузну шкоду. Цілком можливим є запозичення з цього кодексу окремих положень із подальшим включення до споживчого законодавства України.

Італійський дослідник Г. Альпа в одній із своїх класифікацій прав споживачів нарівні з правами споживачів (в класичному розумінні) виділяє ще й «дифузні інтереси», що охороняються процесуальними нормами. У цьому контексті на увагу заслуговує категорія «дифузні інтереси», яка відображає певну групу споживачів.

Феномен «дифузний інтерес» починає набувати юридичної значимості з 70-х років минулого століття, коли нові відчуття й інтереси закріпились у колективній свідомості. Деякі показові приклади звужують площину захисту споживачів та інвесторів у сфері цивільних прав і їх дискримінацію, що найбільш відчутно

проявляється у питаннях охорони навколишнього середовища, здоров'я, безпеки й якості продукції, а також захисту конфіденційності [9, с. 210]. Так, М. Каппеллетті свого часу (70-ті роки) зазначав про підвищення рівня доступності судового захисту прав та інтересів, які виникли як особливо важливі й особливо вразливі, в сучасних індустріальних суспільствах. До таких прав та інтересів, дослідник відносить зокрема, права та інтереси, що належать споживачам, права та інтереси, щодо захисту від забруднення навколишнього середовища, права та інтереси, що належать спільнотам, категоріям і неорганізованим групам. Автор вказує, що ці дифузні інтереси набули фундаментальної важливості через особливості сучасної економіки, що базується на колективних формах виробництва, розподілу і споживання [10, с. 793]. Таким чином, ми бачимо, що наука спробувала виділити із законного інтересу – дифузний інтерес. У цьому контексті Г. Альпа зазначив, що розширення концепції законного інтересу робить його більш придатним, оскільки це передбачає сучасна доктрина, а у відносинах між людьми це може відкрити нові перспективи для захисту прав споживачів [11]. Варто погодитися з такими міркуваннями, адже сучасні реалії вимагають більш чіткого й однорідного цивільно-правового регулювання конкретних суспільних відносин.

Заслуговує на увагу міркування М. Бейд, яка зазначає, що ЄС передбачає групи інтересів, що охоплюють питання таких суспільних інтересів, як навколишнє середовище, рівність і проблеми в галузі прав людини та впливають на вироблення Європейської політики. Ці групи інтересів в широкому сенсі визначаються як дифузні інтереси [12, с. 6].

Слід зазначити що ні доктрина, ні законодавство України не виділяє такої категорії, як «дифузні інтереси». У психології дається визначення дифузної групи: вона майже не згуртована; існує найчастіше короткий час, склад членів – випадковий; домінують найпростіші взаємини за типом симпатій-антипатій. Мету функціонування такої групи точніше назвати не спільною, а однаковою, бо для її досягнення, зазвичай, не вимагається тісної інтеграції та взаємодії (наприклад, черга за квитками в кіно,

на концерт). У членів дифузної групи практично завжди відсутня єдність глибинної мотивації діяльності. Один купує квитки на концерт, бо любить мистецтво, інший – щоб якось згаяти вільний час тощо [13]. Разом із тим це все ж група, проте пов'язана не спільністю цілі, а її однаковістю. Як наслідок, дифузний інтерес відображає інтерес групи, пов'язаної однаковою ціллю. Не йдеться про інтереси такого класу, як працівники саме тому, що споживачі не є класом, але можуть бути розділені на категорії, які ніколи не мали (в будь-якому випадку у спільному знаменнику) інтересів конотації, як ті, що у працівників. Йдеться не про суспільні інтереси, які відповідають загально визнаним цінностям, є основою та фундаментом співіснування спільноти [11]. Отже, потрібно виділяти «дифузні інтереси» як окрему категорію, що відображає певну групу осіб, пов'язаних конкретним інтересом, та має бути захищена.

Американський дослідник М. Поллак зазначає, що дифузні інтереси – це колективні інтереси, що належать великій кількості людей: охорона навколишнього середовища, захист прав споживачів, рівність можливостей для чоловіків і жінок, свободи людини [14, с. 572–573]. У цьому контексті слід навести думку Г. Альпи, який вказує, що не йдеться про колективні інтереси, оскільки вони не стосуються обов'язково всього колективу: вони можуть торкнутися, наприклад, усіх користувачів (які можуть бути багатьма, але не ідентифікованими з колективом) продукту потенційно небезпечного або адресатів рекламного повідомлення, що вводить в оману, або «учасників» при загальних, особливо примусових, умовах контракту [11]. Таким чином, явно простежується часткова єдність у поглядах науковців різних країн стосовно категорії «дифузний інтерес».

Щодо відокремлення «дифузних інтересів» від «колективних інтересів» слід зазначити, що колективні трудові відносини пов'язуються з реалізацією їх суб'єктами колективних трудових прав та інтересів. Колективний характер цих відносин не тільки і не стільки у колективності їх суб'єктів, стільки у відображенні в них колективних інтересів працюючих. В основі колективних трудових відносин лежить колективна робоча сила – носій колек-

тивних трудових інтересів [15, с. 850]. Отже, інтереси осіб, які входять до колективної групи суттєво відрізняються від інтересів осіб, які входять до дифузної групи, а тому є різними.

Д. Іудіка зазначає, що в останні роки у зв'язку з диверсифікацією й удосконаленням норм супер-індивідуального захисту, вирішальним імпульсом нормативних джерел, що походять від співтовариства, з'явилися інтереси безпосередньо не пов'язані з цілями, які традиційно дотримувалися у публіцистичному контексті. Серед них виділяються дифузні інтереси, пов'язані з відносинами, передусім, приватними (наприклад, що належать невизначеному колу споживачів). Необхідність захисту слабкої сторони у контрактах споживачів, спочатку в рамках Спільного Ринку, а потім у більш складних інституційних рамках ЄС, створила реальну нормативну систему, що досягла величини науково-автономної: споживче право є відгалуженням приватного права, що має надзвичайні юридичні та політичні наслідки у сфері економічних відносин між особами приватного права, де у класичному розумінні домінують ліберальна й індивідуалістична концепції соціальних відносин [16]. Йдеться про еволюцію суспільних відносин і виокремлення дифузних інтересів у сфері приватного права, що виявляється у появі нових його відгалужень, тобто споживчого права, яке базується на лібералізації та мінімізації державного втручання у приватноправові відносини, зростанні гарантій захисту прав споживачів.

Спостерігається відмінність індивідуальних інтересів, що фактично є загальними для всіх, відображають загальний захист їх прав і дифузних інтересів, проявляються у відображенні однакових інтересів невизначеного кола осіб у конкретній сфері. Такі інтереси не є суспільними інтересами в класичному розумінні, що відповідають загальноприйнятим нормам як основі існування осіб у суспільстві. Це дифузні інтереси споживачів, які полягають у тому, що кожен індивідуальний інтерес може бути сформований в окрему умовну групу, яка не пов'язана нічим крім цього інтересу. Таким чином, виникає можливість формування спеціальних об'єднань споживачів щодо конкретного блага чи в конкретній сфері, що буде доцільним у розумінні колективного (дифузного)

захисту прав споживачів, враховуючи, що таким особам потрібні гарантії забезпечення їх прав і безпосередній їх захист в суді.

Можна дійти висновку, що споживачі як група можуть мати різні дифузні інтереси. Поміж споживачів можна виділити різні їх категорії, об'єднані не стільки специфікою взаємовідносин між ними, скільки їх різноманітністю, але спрямованістю на задоволення однорідного інтересу. Іншими словами, працівники конкретного підприємства, установи, організації завжди об'єднані інтересами колективу, який утворюється ними та має спільні інтереси, об'єднані не стільки благом споживання, скільки інтересом кожного у колективі та вирішуються разом.

Пізніше категорія «дифузні інтереси» розроблялася та вдосконалювалася у Бразилії. Безумовно, перше джерело натхнення для захисту трансособистих інтересів було досягнуто в Бразилії за допомогою італійської доктрини в 70-х роках: Cappelletti, Denti, Proto Pisani, Vigoriti, Taruffo були юристами, які займалися цивільним правом, досліджували детально проблему колективних дій і з точки зору аналізу північноамериканського закону та загальних пропозицій щодо юрисдикційного захисту спільних інтересів. У будь-якому випадку, існує два види трансіндивідуальних прав, які є предметом колективних позовів: одним із них є дифузні права (у Бразилії вони поділяються на дифузні та колективні); іншим видом є ті, які називаємо однорідними індивідуальними правами, відповідно до Бразильської та Іbero-Американської термінології [17]. Так, Ф. Дідьє Мол. вказує, що дифузні права вважаються трансіндивідуальними (метаіндивідуальними, надіндивідуальними) правами, що мають неподільну природу (вони можуть бути розглянуті тільки в цілому), належать спільноті, яка складається з невизначених людей (наприклад, невизначеності суб'єктів, оскільки не має ніякої індивідуалізації), пов'язаних фактичними обставинами. Так, наприклад, дифузним правами є право на охорону навколишнього середовища, право на рекламу, що не вводить в оману, право на збереження адміністративної моралі тощо [18]. І дифузні права чи інтереси, і колективні мають трансіндивідуальний і неподільний характер, оскільки вони можуть бути вирішені тільки комбінованим способом. Отже, вони є

по суті колективними через їх неподільність і через те, що задоволення права або інтересу члена групи обов'язково відповідає задоволенню інтересів або прав всіх інших, у той час як відмова від інтересу або права члена групи відповідає відмові для всіх [17]. Іншими словами, згадані автори виділяють таку категорію, як «дифузні права» і, розуміють їх як конкретні права споживачів, що належать останнім за певною сферою чи щодо певного блага.

Розширення прав споживачів має відбуватися відповідно до вимог суспільства й інтересів кожної особи, що повинні бути захищені. Захист прав споживачів може бути використаний інституційними органами чи політичними особами для приховування чи виправдовування певних рішень, що не набули достатньої аргументації для їх прийняття. Одним із таких інструментів може бути так звана лібералізація. Лібералізація перш за все спрямована на створення більш вільного регулювання відносин між суб'єктами. Проте не завжди вона досягає поставленої мети. Без належного інструментарію лібералізація є недіючим механізмом або ще гірше – не захищає права споживача, а обмежує їх.

Ді Рікардо Мартіно зазначив, що у великих промислово розвинутих країнах лібералізація мережевих послуг (електроенергія, газ, телефонія тощо) та публічних послуг в цілому започаткувала новий етап для споживача. Якщо при діючій до лібералізації системі захист прав споживачів, передусім невеликих, було доручено державному органу, то після відкриття ринків конкуренція між операторами в лібералізованій системі повинна була б забезпечити достатні гарантії щодо можливості для всіх отримувати за розумною ціною послуги або продукцію, що попередньо надавалися за регульованим тарифом. Однак, насамперед у тимчасових фазах, безпосередньо наступних за лібералізацією, не можна однозначно стверджувати, що продукт або послуга реалізується за розумною ціною. Іноді ціна, яка закладена тарифі є стабільно і наперед передбаченою, може зазнати значних змін. Разом із тим з відкриттям ринків кінцеві користувачі стикаються з новою ситуацією: клієнт насправді має зробити вибір серед низки пропозицій за різними цінами, у той час як у минулому була оплата фіксованої ставки для отримання стандартизованого продукту. Не завжди,

однак, споживачі, насамперед дрібні, змогли скористатися можливостями, наданими введенням конкуренції у сфері реалізації товарів і надання послуг, що традиційно регулюються. Іноді через брак інформації, якою вони володіють, кінцеві споживачі не відібрали кращі пропозиції, а продовжили зв'язки з підприємствами екс-монополістами (місцевий дистриб'ютор), навіть за наявності таких кращих пропозицій, запропонованих новими операторами. Така ситуація щодо зміни постачальника обумовлена в основному недостатньою еластичністю тарифної політики, яка проявилася в секторі електричної енергії в країнах, де процес відкриття ринків давно створений [19, с. 117–119].

Висновки. Для України врахування іноземного досвіду є необхідним, адже процес лібералізації, наприклад, електроенергетичної галузі вже здійснюється. Таким чином, лібералізація ринку та запозичення відповідно до неї положень законодавства інших країн чи стандартів ЄС має здійснюватися відповідно до національного законодавства.

Проведений аналіз дозволяє сформулювати авторське визначення дифузних прав як прав, що відображають індивідуальні інтереси особи, об'єднані в окрему групу, мають неподільну природу та об'єднані не стільки специфікою взаємовідносин між ними, скільки їх різномірністю, проте спрямованістю на задоволення однорідного інтересу.

1. *Цивільне право України / Ю. В. Білоусов, С. В. Лозінська, С. Д. Русу та ін.; За ред. Р. О. Стефанчука. – К., 2005. – 448 с. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.ebk.net.ua/Book/law/stefanchuk_tsivpu/part2/201.htm*
2. *Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використання позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). – Т. 1: Загальні положення / За ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. – Х., 2010. – 320 с.*
3. *Венедіктова І. В. Категорія охоронюваного законом інтересу в цивільному праві України // Приватне право. – 2013. – № 1. – С. 146–158.*
4. *Харитонов Є. О. Теоретичні підходи до характеристики цивільного інтересу як об'єкта правового захисту // Проблеми здійснення та захисту суб'єктивних цивільних прав / За ред. В. В. Луця. – К., 2013. – 236 с.*

5. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_004.
6. Черняк О. Ю. Цивільно-правовий статус споживача у контексті адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: дис. ... канд. юрид. наук, – К., 2011. – 230 с.
7. Письменна О. П. Правовідносини, що виникають у зв'язку з порушенням прав споживачів внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг): автореф. дис. ... канд. юрид. наук, – О., 2007. – 20 с.
8. Consumer Defense Code law №. 8078 AS OF SEPTEMBER 11, 1990 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.procon.sp.gov.br/texto.asp?id=745>.
9. Compendio di diritto amministrativo : riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, quesiti di verifica / Biancamaria Consales, Lilla Laperuta Santarcangelo di Romagna : Maggioli, 2012. – 558 p.
10. Cappelletti M. (1975). Governmental and private advocates for the public interest in civil litigation: A comparative study. Michigan Law Review, 73, 793-884. // [Електронний ресурс] – Режим доступу : [http://www.treccani.it/enciclopedia/accesso-alla-giustizia_\(Enciclopedia_delle_scienze_sociali\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/accesso-alla-giustizia_(Enciclopedia_delle_scienze_sociali)/).
11. Alpa G. Consumatore, tutela del // [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://www.treccani.it/>
12. Bade M. Influencing policy in the European Union : interest groups and trafficking in women – Hannover, 2004. – 46 p.
13. Загальна психологія. – К., 2009. – 464 с. // [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://pidruchniki.com/14550428/psihologiya/zagalna_psihologiya.
14. Pollack M. A. Representing diffuse interests in EU policy-making. // Journal of European Public Policy. – Vol. 4, Issue 4, 1997. – P. 572–590.
15. Савельєва М. О. Щодо виокремлення колективного трудового права як складової системи трудового права // Форум права. – 2013. – № 1. – С. 849–856.
16. Iudica G. Diritti Diffusi // [Електронний ресурс] – Режим доступу : [http://www.treccani.it/enciclopedia/diritti-diffusi_\(Enciclopedia_del_Novecento\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/diritti-diffusi_(Enciclopedia_del_Novecento)/).
17. Ada Pellegrini Grinover. The defense of the transindividual interests: Brazil and Iberoamerica // [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://globalclassactions.stanford.edu/>

18. *Fredie Didier Jr. Class actions and collective defendant legal situations.* // [Електронний ресурс] – Режим доступу http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=14&.
19. *Di Martino, Riccardo. Tutela dei consumatori: storia e strumenti e tecniche di attuazione. La vendita dei beni di consumo.* [Тesi di dottorato] // [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://www.fedoa.unina.it/>.

Походжук Р.В. До питання про дифузні права споживача

У статті досліджуються права фізичної особи-споживача у доктрині та законодавстві різних країн світу, аналізуються такі категорії, як «дифузні інтереси» та «дифузні права», що широко використовуються у міжнародній доктрині приватного права.

Ключові слова: суб'єктивне право, інтерес, дифузні інтереси, дифузні права, фізична особа-споживач.

Pozhodzhuk R.V. К вопросу о диффузных правах потребителя

В статье исследуются права физического лица-потребителя в доктрине и законодательстве разных стран мира, анализируются такие категории, как «диффузные интересы» и «диффузные права», широко используются в международной доктрине частного права.

Ключевые слова: субъективное право, интерес, диффузные интересы, диффузные права, физическое лицо-потребитель.

Pozhodzhuk R.V. To the question of diffuse rights of consumer

The article researches the rights of an individual consumer in doctrine and legislation of different countries. Analyzed categories such as «diffuse interests» and «diffuse rights» that are widely used in international private law doctrine. Considered and highlighted consumer rights under the contract of supply of electricity to an individual-user through the connected network. As a consequence, defined difference between individual interests (in fact common to all consumers interests, reflecting the overall protection of their rights) and diffuse interest shown in the reflection of the same interests of indefinite number of persons in a particular area.

Consumers as a group may have different diffuse interests. Among consumers can distinguish their various categories, united not so much the specifics of of relationships between them as their diversity, but focus on satisfaction of the uniform interest. Conducted analysis of the views of scientists, legal provisions and international

Keywords: subjective right, interest, diffuse interests and diffuse rights, an individual consumer. al instruments, allows to formulate the author's definition of diffuse rights.

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РОЗГЛЯДУ СПРАВИ НАЛЕЖНИМ СКЛАДОМ СУДУ У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

УДК 347.97/99 (477)

Постановка проблеми. Розгляд справи у суді повинен здійснюватися належним складом суду. Протилежне може мати своїм наслідком прийняття незаконного рішення, та є підставою для скасування судового рішення судом вищої інстанції через порушення норм процесуального закону. Таким чином, забезпечення належного складу суду при розгляді справи є основою здійснення судочинства у відповідності до визначеної у Цивільному процесуальному кодексі України (надалі по тексту - ЦПК) процесуальної форми. Завданням законодавця у такому випадку є створення оптимального правового регулювання щодо розгляду справи належним складом суду, у тому числі за допомогою таких техніко-юридичних способів, як правові презумпції.

Стан дослідження. Питання щодо належного складу суду на дисертаційному рівні досліджувала О.В. Колісник (2009 р.). Правові презумпції у цивільному судочинстві на дисертаційному рівні були предметом наукового аналізу Фенича В.П. (2009 р.), Масюка В.В. (2010 р.), Черемнова Д.В. (2015 р.). Крім того, дослідженням правових презумпцій у цивільному процесі присвячено праці вчених радянської цивільно-процесуальної науки, зокрема, Ю.О. Серікова, В.К. Бабаєва, О.М. Ларіна, В.О. Ойгензіхта, Л.М. Васильєва, І.О. Лібуса, В.І. Камінської. Наукових розробок у напрямку розгляду належного складу суду через презумптивні засади його визначення виявити не вдалося.

Виклад основного матеріалу. Науковці по-різному окреслюють поняття правової презумпції. Зокрема, А.Ф. Клейнман під презюмованими фактами розуміє обставини, існування яких припускається до того часу, поки не буде доведено інше [9, с.64]. У своїй кандидатській праці В.П. Фенич під правовою презумпцією пропонує розуміти припущення про наявність або відсутність

юридичних фактів, яке закріплене у нормах права та підтверджене досвідом і практикою [10, с.9]. На думку Т. Романчук, суттєвою ознакою презумпції є її характер припущення, яке є не вірогідними, а ймовірними. Ступінь їхньої ймовірності дуже великий та ґрунтується на зв'язку між предметом і явищами об'єктивного бачення та повторюваності життєвих повсякденних процесів [7].

Поняття “юридичної презумпції у цивільному процесі” Д.В. Черемнов розуміє як припущення про наявність або відсутність факту, що має юридичне значення, закріплене в процесуальному законі та метою якого є оптимізація процедури судового розгляду [12, с.4].

Презумпція об'єктивності судді є основоположною для процесу розгляду та вирішення цивільної справи. За своїм значенням вона претендує на визнання її процесуальним принципом, оскільки стосується основи здійснення правосуддя. Презумпція об'єктивності судді знаходить непряме закріплення у цілій низці конституційних та галузевих норм, при цьому виводиться з принципу незалежності суддів. Відповідно до ст.126 Конституції України незалежність та недоторканість суддів гарантується Конституцією та законами [4]. У ЦПК на презумпцію об'єктивності судді вказуються статті 20, 21 про відвід[11].

Європейський суд з прав людини у справі Ле Конт (Le Compte), ван Левен (Van Leuven), де Мейер (De Meyere) проти Бельгії сформулював презумпцію об'єктивності, відзначивши, що суддя вважається неупередженим, поки не буде доведено протилежне [6]. При цьому Європейський суд з прав людини зазначив, що ні один із заявників у справі не скористався своїм правом на відвід. Таким чином, суд ставить можливість спростування цієї презумпції у залежність від заявлення та задоволення заяви про відвід.

Відповідно до ст. 20 ЦПК суддя не може брати участі в розгляді справи і підлягає відводу (самовідводу), якщо: 1) під час попереднього вирішення цієї справи він брав участь у процесі як свідок, експерт, спеціаліст, перекладач, представник, секретар судового засідання; 2) він прямо чи побічно заінтересований у результаті розгляду справи; 3) він є членом сім'ї або близьким ро-

дичем сторони або інших осіб, які беруть участь у справі; 4) якщо є інші обставини, які викликають сумнів в об'єктивності та неупередженості судді; 5) було порушено порядок визначення судді для розгляду справи, встановлений частиною третьою статті 11-1 цього Кодексу; 5) суддя повторно бере участь при розгляді справи у нижчестоящій або вищестоящій інстанції (ст.21 ЦПК) [11].

Нормативне закріплення правил, які забезпечують неупередженість (об'єктивність), може бути встановлено двома способами: 1) визначаються ознаки об'єктивності, наявність яких є обов'язковим критерієм для здійснення судочинства певним складом суду; 2) вказуються негативні умови, наявність яких припускає упередженість при розгляді та вирішенні справи, наслідком чого є необхідність зміни складу суду у конкретній справі. Український законодавець обрав другий варіант та таким способом сформулював презумпцію об'єктивності судді, де останній вважається неупередженим, поки через встановлення визначених у законі підстав для відводу не буде встановлено інше.

Початком дії презумпції об'єктивності є винесення судом ухвали про відкриття провадження у справі. З прийняттям цього процесуального акту автоматично робиться висновок про належний склад суду через його об'єктивність. Ціль такої презумпції полягає у необхідності створення умов для справедливого розгляду справи, забезпечення визначених законом процесуальних прав сторін.

Процесуальна категорія “належний склад суду” у наукових джерелах визначається “як сформований з дотриманням нормативних вимог щодо одноособовості чи колегіальності, неупередженості, справедливості, незалежності, безсторонності склад суду при вирішенні цивільних справ” [3, с.5].

Зважаючи на зазначене, стає зрозумілим, що презумпція об'єктивності судді належить до категорії спростовних, а сформований склад суду може бути неналежним. У випадку, коли в учасника судового процесу виникають сумніви у достовірності припущення про неупереджений склад суду, він може спростувати таку презумпцію за допомогою інституту відводів.

У разі виявлення підстави для відводу презумпція неупередженості складу суду руйнується. З моменту встановлення по-

дібного факту починає свою дію презумпція упередженості (необ'єктивності) такого складу суду [8, с.110-112].

Залежно від галузевої належності науковці по-різному визначають поняття відводу. Фахівці з кримінального процесу розуміють під відводом правовий інститут, тобто сукупність норм, які забезпечують об'єктивність та неупередженість осіб, що беруть участь у розслідуванні та судовому розгляді справи, а також виконання інших вимог кримінально-процесуального та іншого законодавства, що визначає, які особи і за яких обставин не можуть брати участь у кримінальному процесі [5, с.15-16]. На думку представників цивільної процесуальної науки, відвід – це заява про усунення від участі у справі осіб, що здійснюють судочинство або сприяють досягненню істини у зв'язку з наявністю обставин, що виключають можливість їхньої участі [2, с.5].

Солідарними є позиції представників як цивільної так і кримінальної процесуальної шкіл права щодо значення відводу та права на їх заявлення. Право на відвід є процесуальною гарантією, яка забезпечує ухвалення судом законних і обґрунтованих рішень. Можливість заявити відвід суду повинна забезпечити надійний захист процесу від імовірного негативного впливу з боку упередженого суду. Інститут відводу суду має істотне значення для здійснення судочинства неупередженим, об'єктивним судом і визнання його належним [1, с.78]. Таким чином, наявність норм про відвід повинні гарантувати розгляд справи належним складом суду.

Відповідно до ч.3 ст.23 ЦПК відвід (самовідвід) повинен бути вмотивованим і заявленим до початку з'ясування обставин у справі та перевірки їх доказами. Заявляти відвід (самовідвід) після цього дозволяється лише у випадках, коли про підставу відводу (самовідводу) стало відомо після початку з'ясування обставин у справі та перевірки їх доказами. Таким чином, спростування презумпції об'єктивності судді після початку з'ясування обставин у справі потребує додаткової аргументації щодо причин не подання заяви про відвід у встановлені законом строки.

У ЦПК визначено, що за наявності підстав для відводу суддя зобов'язаний заявити самовідвід. Разом з тим, потрібно пам'ята-

ти, що самовідводи — це не шлях для ухилення суддів від розгляду скандальних чи складних справ. Це одне із цивілізованих рішень, які допомагають уникнути протиріч між зацікавленістю окремих осіб суду та законним правом людини. Заява про самовідвід повинна ґрунтуватись на об'єктивних фактах, які, безумовно, свідчили б про неможливість розгляду даної справи тим чи іншим суддею [13, с.48].

За наявності визначених у ЦПК підстав для відводу, суддя презюмується упередженим. При цьому, підкреслюємо, що наявність упередженості судді за таких обставин не є беззаперечною, а лише презюмується. Категорія “упередженість” є суб'єктивною й особа може бути безапеляційною за наявності здавалось би навіть беззаперечених підстав до того, щоб бути упередженим. Але для того, щоб не залишати вирішення такого центрального питання на суб'єктивність суду законодавець в імперативному порядку припускає його упередженість і таким чином неможливість розгляду справи.

Отже, презумпція упередженості за своєю видовою приналежністю належить до категорії неспростовних презумпцій. Вона є зворотною до презумпції неупередженості. Після встановлення факту-підстави і початку дії презюмованого факту спростування презумпції вже не допускається. Наприклад, у разі виявлення факту наявності споріднених відносин між суддею і ким-небудь з осіб, що беруть участь у справі, закон вважає, що суддя є упередженим, і забороняє наводити будь-які докази протилежного.

Презумпція упередженості як процесуальний засіб системи цивільного судочинства за напрямом своєї дії досить чітко визначений законодавством. Її мета — не допустити участі при здійсненні правосуддя складу суду, відносно якого є сумнів у незалежності, об'єктивності і безсторонності. Презумпції упередженості є своєрідним процесуальним механізмом, який гарантує дотримання принципів основ правосуддя.

Процесуальну функцію презумпції упередженості можна визначити як функцію, що гарантує дотримання незалежності суду, безсторонності судді й інших осіб, що беруть участь у судочинстві, а також права сторін на справедливий судовий розгляд [8, с.117].

При цьому, якщо зі встановленням початку дії презумпції неупередженості, як ми встановили вище проблем не виникає, то щодо встановлення початку дії презумпції упередженості можуть виникати різноманітні варіанти. За найпростішого варіанту суд задовольняє заявлену особою заяву про відвід та відповідно визнає обґрунтованими заявлені особою підстави для відводу. Такі дії особи та суду є невіддаленими у часі одна від одної, й у цей момент починає діяти презумпція упередженості.

Якщо особа подала заяву про відвід, але вона була визнана судом необґрунтованою, то презумпція об'єктивності судді може бути як спростованою, так і не спростованою у цей момент. Вирішення цього питання залежить від перегляду підстав для відводу складу суду в апеляційному порядку.

Якщо підстав для відводу складу суду у справі, що розглядалася судом першої інстанції, не було, то презумпція неупередженості не спростовується. У випадку, якщо судом апеляційної інстанції було скасовано рішення суду першої інстанції через розгляд і вирішення справи неповноважним судом; участь в ухваленні рішення судді, якому було заявлено відвід на підставі обставин, що викликали сумнів у неупередженості судді, і заяву про його відвід визнано судом апеляційної інстанції обґрунтованою (ст.309 ЦПК), презумпція об'єктивності складу суду першої інстанції спростовується з моменту заявлення особою про наявність таких обставин.

Висновки. За результатами дослідження ми визначили, що розгляд справи належним складом суду забезпечується за допомогою передбачених у ЦПК презумпцій неупередженості та упередженості судді. Від правильного застосування визначених у законі презумптивних складів залежить створення умов для справедливого розгляду справи.

При цьому потрібно пам'ятати, що презумпція неупередженості судді належить до категорії спростовних, а презумпція упередженості до неспростовних. У випадку, коли в учасника судового процесу виникають сумніви у достовірності припущення про неупереджений склад суду він може спростувати таку презумпцію за допомогою інституту відводів. З моменту встанов-

лення подібного факту починає свою дію презумпція упередженості (необ'єктивності) такого складу суду. Після встановлення факту-підстави і початку дії презюмованого факту спростування презумпції вже не допускається. Законодавець в імперативному порядку припускає упередженість такого складу суду і таким чином неможливість розгляду справи. .

1. Бушуев Г.И. Судья в уголовном процессе / Г.И. Бушуев. – М.: Юрид. лит., 1984. – 112 с.
2. Задерако В.Г. Институт отводов в советском гражданском процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.15/ В.Г. Задерако — Ростов-на-Дону, 1977. - 20с.
3. Колісник О.В. Суд як суб'єкт цивільних процесуальних відносин: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / О.В. Колісник — Х., 2009. - 20с.
4. Конституція України від 28.06.1996р. // Відомості Верховної Ради України. - 1996. - №30. - Ст.141
5. Магомедова Х.А. Институт отводов в советском уголовном судопроизводстве: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 / Х.А. Магомедова. – М., 1984. - 192с.
6. Рішення Європейського суду з прав людини у справі Ле Конт (Le Compte), ван Левен (Van Leuven), де Мейєр (De Meijere) проти Бельгії від 23.07.1981 р. [Електронний ресурс] — Режим доступу: <http://european-court.ru/resheniya-evropejskogo-suda-na-russkom-yazyke/le-kont-van-leven-i-de-mejer-protiv-belgii-postanovlenie-evropejskogo-suda/>
7. Романчук Т. Презумпція конституційності та презумпція законності актів Президента України [Електронний ресурс] / Т. Романчук // Юридичний журнал. — 2008. — № 10. — Режим доступу: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=3050>
8. Сериков Ю.А. Презумпции в гражданском судопроизводстве / Ю.А. Сериков; науч. ред. В.В. Ярков. – М.: Волтерс Клувер, 2008. – 184 с.
9. Советский гражданский процесс : Учебник для сред. юрид. школ / Отв. ред. д-р юрид. наук проф. А.Ф. Клейнман; Л.И. Газиянц, Е.В. Рябова. - Москва : Юрид. лит., 1963. - 227 с.
10. Фенич В.П. Доказові презумпції у цивільному судочинстві: автореф. дис.... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / Ф.П. Фенич. — К., 2009. - 19с.
11. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004р. №1618-IV // Відомості Верховної Ради України. - 2004. - №40-41, 42. - Ст.492

12. Черемнов Д.В. *Юридичні презумпції та фікції в цивільному процесі України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / Д.В. Черемнов.* — Одеса, 2015. - 20с.

13. Ясинюк М. *Інститут відводів – яким йому бути? / М. Ясинюк // Бюлетень Міністерства юстиції України.* – К., 2006. – №6. – С.46-51.

Романів В.Я. Забезпечення розгляду справи належним складом суду у цивільному судочинстві України

У статті визначено засади забезпечення розгляду справ належним складом суду через дію презумпцій неупередженості та упередженості судді. Крім того, розкрито зміст таких презумпцій, встановлено початковий момент їхньої дії. Також визначено підстави та порядок спростування презумпції неупередженості судді, зроблено висновок про неспростовність презумпції упередженості.

Ключові слова: презумпція, належний склад суду, неупередженість, упередженість, відвід.

Романів В.Я. Обеспечение рассмотрения дела надлежащим составом суда в гражданском судопроизводстве Украины

В статье определены основы обеспечения рассмотрения дел должным составом суда из-за действия презумпции беспристрастности и предвзятости судьи. Кроме того, раскрыто содержание таких презумпций, установлено начальный момент их действия. Также определено основания и порядок опровержения презумпции беспристрастности судьи, сделано вывод о неопровержимости презумпции пристрастности.

Ключевые слова: презумпция, надлежащий состав суда, беспристрастность, предвзятость, отвод.

Romaniv V.Y. Providing the proceeding by the competent court in the civil jurisdiction of Ukraine

The article defines the foundations for support of the cases by proper composition of court through action of presumptions of objectiveness and impartiality of the judge.

Presumption of objectiveness of the judge is fundamental for the process of consideration and solving of a civil case. By its meaning it pretends to be recognized as a procedural principle, as it concerns the foundations of justice. Presumption of objectiveness of the judge finds its indirect reinforcement in the number of constitutional and industry norms thus derives from the principle of judicial independence.

It is stated that according to the presumption of objectiveness of the judge, the judge is considered to be objective till the moment when by means of establishing the grounds for disqualification defined in the law the otherwise will be established.

It is proved that beginning of action of the presumption of objectiveness is the court ruling on the proceedings. With the adoption of this Procedural Act automatically conclusion is made about proper composition of court by means of its objectiveness. The purpose of such presumption is the need to create conditions for fair hearing of a case, provide procedural rights of the parties defined by law.

It is concluded that the presumption of objectiveness of the judge belongs to the category of refutable ones and the presumption of partiality - to the category of irrefutable. In the event, when the participant of legal procedure doubts the reliability of assumptions about objective composition of the court he/she can refute such presumption by means of the institute of removal. From the moment of establishment of this fact the presumption of partiality (bias) of such composition of the court comes into action. After the establishment of the fact-ground and beginning of action of presumed fact the refutation of presumption is not allowed. Legislator in the compulsory order presumes the partiality of such composition of the court and thus its inability to consider a case.

Keywords: presumption, proper composition of court, objectiveness, partiality, removal.

Сигидин М.М.

МАЙНОВІ НАСЛІДКИ ПОРУШЕННЯ КОРПОРАТИВНОГО ДОГОВОРУ

УДК 347.44

Постановка проблеми. Порухення договору є підставою виникнення охоронних цивільних правовідносин, в межах яких відбувається захист прав на законних інтересів сторін договору за допомогою певних правових засобів, які в цивільному праві визначаються як правові наслідки порушення чи невиконання договору. Виходячи із підстав невиконання договірних зобов'язань розрізняють і різні види правових наслідків (відповідальності).

Метою статті є дослідження особливостей застосування майнових санкцій за порушення зобов'язання, породжуваного корпоративним договором.

Виклад основного матеріалу. Стаття 611 ЦК України визначає такі майнові наслідки порушення цивільно-правового зобов'язання, як: 1) сплата неустойки; 2) відшкодування збитків і моральної шкоди[1].

Перш за все необхідно дослідити правову природу неустойки, а також проаналізувати можливість застосування її у якості несприятливих наслідків до порушників корпоративного договору. Згідно з поняттям неустойки, закріпленим у ст. 549 ЦК, неустойкою є грошова сума або інше майно, які боржник повинен передати кредиторів у разі порушення боржником зобов'язання.

Таким чином, якщо боржник порушить зобов'язання, то кредитор має право стягнути з нього певну грошову суму або вимагати передачі певного майна. А для боржника, відповідно, передача цього майна або цієї суми є обов'язком, що характеризується як додатковий майновий обов'язок поряд з основним обов'язком виконати порушене зобов'язання.

Пояснюючи подвійну природу неустойки, О. Отрадна пише: «З моменту укладення сторонами угоди про неустойку або підписання договору, який забезпечується законною неустойкою, і до моменту порушення зобов'язання неустойка є способом забезпечення виконання зобов'язань. Після порушення зобов'язання, тобто в разі невиконання неустойкою забезпечувальної функції, вона трансформується у міру цивільно-правової відповідальності» [2].

Враховуючи вищезазначене, можна зробити висновок, що підставою для застосування такої санкції, як сплата неустойки, є наявність протиправної винної поведінки сторони договору.

В силу цивільно-правової природи корпоративного договору теоретично неустойка може розглядатись як один із правових наслідків порушення даного договору. Проте, беручи до уваги організаційний характер зобов'язання, що породжується корпоративним договором, на перший погляд досить складно однозначно стверджувати про можливість застосування неустойки як міри цивільно-правової відповідальності у випадку невиконання чи неналежного виконання даного виду цивільно-правових договорів.

Так, І. В. Спасибо-Фатєєва зазначає, що неустойка в акціонерних угодах є дуже сумнівною: навряд чи взагалі в таких договорах може передбачатися неустойка, бо вони по суті не носять майнового характеру [3, с. 92].

Проте, на нашу думку, пов'язувати можливість застосування неустойки із предметом договору не цілком доцільно. По-перше, ні в ЦК України, ні в жодному іншому нормативно-правовому акті цивільного законодавства немає вказівок на те, що неустойка як міра цивільно-правової відповідальності може бути застосована лише щодо певних видів договорів. По-друге, жоден із суб'єктів

цивільного права, вступаючи у договірні відносини, не застрахований від невиконання чи неналежного виконання його контрагентами умов договору. У свою чергу основною метою стягнення неустойки є притягнення до майнової відповідальності тієї сторони договору, яка його порушила. Тому, безперечно, застосування неустойки як важливого інструменту захисту цивільних прав повинно бути гарантовано кожному із учасників договірних правовідносин, у тому числі й сторонам корпоративного договору.

А. Глушецький також відносить неустойку до можливих наслідків порушення корпоративного договору, проте разом із тим зазначає, що застосування неустойки в підприємницькій діяльності в цілому і в корпоративних договорах зокрема зіткнулося з проблемою її зменшення судами [4].

М. С. Варюшин, досліджуючи способи захисту прав у разі порушення корпоративного договору, також виділяє неустойку і знову ж таки зазначає, що суди розглядають неустойку переважно як компенсацію збитків, упускаючи її штрафний характер. У цьому випадку стягнення неустойки за порушення корпоративного договору рівнозначно стягненню збитків. [5, с. 136].

Аналіз чинного цивільного законодавства дозволяє зробити висновок, що в залежності від способу встановлення можна виділити законну неустойку та договірну неустойку. Так, ч. 2 ст. 551 ЦК України говорить: «Якщо предметом неустойки є грошова сума, її розмір встановлюється договором або актом цивільного законодавства».

З огляду на відсутність правового регулювання укладення корпоративного договору зрозумілим є той факт, що у разі порушення умов корпоративного договору йтиметься про застосування договірної неустойки, якщо така була попередньо обумовлена у змісті договору. Тобто сторони корпоративного договору вправі самостійно та на власний розсуд встановлювати розмір неустойки, умови застосування тощо. Більше того, вважаємо, що вони можуть домовитись про стягнення різного розміру неустойки за різні види порушень договору або ж визначати розмір неустойки з прив'язкою до вартості частки у статутному (складеному) капіталі, якою володіє учасник договору. Адже такий підхід до

застосування неустойки законодавством не заборонений, а отже, може мати місце.

Ще одним видом правових наслідків порушення зобов'язання, визначених у ст. 611 ЦК України, є відшкодування збитків та моральної шкоди.

Відповідно до ст. 22 ЦК України збитками є:

1) втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (реальні збитки);

2) доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (упущена вигода).

Безперечним є той факт, що відшкодування завданих порушенням договору збитків за своєю сутністю є мірою відповідальності, що має, як відомо, універсальний для цивільного права характер. Однак її застосування, з урахуванням предмета корпоративних договорів, пов'язане з серйозними труднощами доказування, причому не тільки розміру збитків, а й факту їхньої наявності. Це зазначає й І. В. Спасибо-Фатєєва. Аналізуючи можливість відшкодування збитків у разі порушення акціонерних угод, вона стверджує, що досить проблематично довести витрати, а також неотримані доходи, тим паче, якщо ця угода стосується не майна, а організаційних прав акціонера [6].

З цією думкою важко не погодитись. Адже з відшкодуванням збитків пов'язана складність їх доказування, особливо коли вони не очевидні, зокрема, у разі порушення корпоративного договору, який спрямований на врегулювання узгоджених дій з управління корпоративними правами.

Збитки, які виникають у разі порушення умов корпоративного договору, що не містить зобов'язань інвестиційного характеру, не стосується схвалення значних правочинів чи правочинів із заінтересованістю, що не містить обмежень щодо розпорядження правом власності на акції (частки участі в статутному капіталі), безперечно, є найбільш складним при доказуванні, оскільки вони носять непрямий характер.

Оскільки суди відмовляють у стягненні збитків в силу недоведеності факту протиправного діяння, вини, причинно-наслідко-

вого зв'язку і навіть неістотності збитків, які не можуть відбитися на становищі сторін, стягнути збитки, що виникли в результаті порушення корпоративного договору, що є організаційним, що не передбачає зустрічного майнового задоволення, практично неможливо [7, с. 54].

Безперечно, відшкодування збитків у випадку порушення корпоративного договору може мати місце, проте разом з тим в силу організаційного (немайнового) характеру зобов'язання і, таким чином, складності визначення судом розміру збитків даний правовий наслідок порушення договору може викликати значні труднощі у разі його застосування.

Альтернативним механізмом відновлення порушених прав учасників корпоративного договору, на нашу думку, може стати виплата компенсації. Як вказує Ю. С. Поваров, поставивши виплату компенсації в один ряд з відшкодуванням збитків та стягненням неустойки, законодавець фактично визнає її як самостійну міру відповідальності [7, с. 55].

На нашу думку, визначивши та встановивши у корпоративному договорі тверду грошову суму як санкцію за можливе порушення умов договору, його учасники можуть таким чином уникнути труднощів, які виникають при встановленні судами збитків в силу організаційного характеру корпоративного договору. Крім того, вбачається, що договірний характер компенсації свідчить про неможливість зменшення її розміру судами.

Крім основних правових наслідків порушення цивільно-правового зобов'язання, визначених у ст. 611 ЦК України, доцільно проаналізувати й інші заходи відповідальності, які можуть застосовуватись до порушника корпоративного договору.

Так, у англосаксонській правовій системі цілком допустимим і таким, що перебуває під судовим захистом, є такий захід відповідальності за порушення корпоративного договору, як право вимагати продажу акцій, що належать порушникові умов договору, за попередньо визначеною ціною. У той же час як у вітчизняній, так і в російській цивілістичній доктрині питання можливості покладення обов'язку щодо примусового продажу частки у разі порушення умов корпоративного договору є доволі дискусійним

та неоднозначним. Так, К. В. Осипенко стверджує, що зазначений захід відповідальності за своєю сутністю є значним договірним обмеженням прав учасників товариства [8, с. 33].

На нашу думку, дане питання потребує більш детального вивчення. На практиці цілком можливо є ситуація, коли учасник корпоративного договору систематично не виконує умов договору, наприклад, не приймає участі у загальних зборах корпорації або голосує на них врозріз із іншими учасниками договору, чим фактично ставить під сумнів успішне досягнення мети корпоративного договору та ефективність його як регулятора відносин щодо спільного управління корпоративними правами. У такому випадку ефективним способом захисту прав учасників договору міг би стати визначений у договорі обов'язок порушника відчувати свою частку у статутному (складеному) капіталі (пакет акцій) на користь інших учасників корпоративного договору за ринковою або попередньо обумовленою у договорі ціною.

Разом із тим, можливість встановлення обов'язку щодо продажу частки як санкції за порушення корпоративного договору викликає певні сумніви. Адже фактично такий обов'язок являє собою обмеження права власності, а, як відомо, ч. 1 ст. 321 ЦК України говорить: «Право власності є непорушним. Ніхто не може бути протиправно позбавлений цього права чи обмежений у його здійсненні». У зв'язку із цим виникає питання, чи має обов'язок щодо продажу частки у статутному (складеному) капіталі у разі порушення умов корпоративного договору правове підґрунтя?

Вітчизняна судова практика вказує на дискусійність даного питання. Прикладом цього є нещодавня справа Вищого господарського суду України № 5011-62/8101-2012 за позовом ПрАТ «Авіакомпанія «Міжнародні Авіалінії України» до SwissportInternationalLtd., ТОВ «Свіспорт Україна» про визнання права власності та зобов'язання вчинити певні дії. Так, у червні 2012 року ПрАТ «Авіакомпанія «Міжнародні Авіалінії України» звернулося до господарського суду м. Києва з позовом до SwissportInternationalLtd., ТОВ «Свіспорт Україна», яким просив суд: 1) визнати право власності на частку у статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю «Свіспорт

Україна» у розмірі 70, 6 % статутного капіталу; 2) укласти між SwissportInternationalLtd. та ПрАТ «Авіакомпанія «Міжнародні Авіалінії України» договір купівлі-продажу частки у статутному капіталі ТОВ«Свіспорт Україна» на запропонованих ним умовах.

Рішенням господарського суду м. Києва від 26.10.2012 р. у справі № 5011-62/8101-2012 позовні вимоги задоволено частково: укладено між SwissportInternationalLtd. та ПрАТ «Авіакомпанія «Міжнародні Авіалінії України» договір купівлі-продажу частки у статутному капіталі ТОВ «Свіспорт Україна»; визнано право власності ПрАТ«Авіакомпанія «Міжнародні Авіалінії України» на частку у статутному капіталі ТОВ «Свіспорт Україна» у розмірі 70,6 % статутного капіталу[9].

Постановою Київського апеляційного господарського суду від 25.09.2014 р. було задоволено позовні вимоги ПрАТ «Авіакомпанія «Міжнародні Авіалінії України»про зобов'язання укласти договір купівлі-продажу частки SwissportInternationalLtd. у статутному капіталі ТОВ «Свіспорт Україна» [10].

З матеріалів справи вбачається, що підставою для вимог ПрАТ «Авіакомпанія «Міжнародні Авіалінії України»про зобов'язання укласти договір купівлі-продажу частки SwissportInternationalLtd. у статутному капіталі ТОВ «Свіспорт Україна» є укладена між SwissportInternationalLtd. та ПрАТ «Авіакомпанія «Міжнародні Авіалінії України» угода про корпоративне управління від 21.02.2006 р. Угодою визначено, що у разі невиконання учасником товариства обов'язків, передбачених нею або статутом, у сумлінного учасника виникає право придбати частку невиконуючого учасника у статутному фонді товариства, а у учасника, який порушив відповідні зобов'язання– обов'язок продати частку[9].

О. А. Беяневич, здійснюючи аналіз зазначених судових рішень, вказує, що правовими наслідками укладення в судовому порядку договору купівлі-продажу всієї частки (70,6 %), яка належала SwissportInternationalLtd. у ТОВ «Свіспорт Україна», стало, по суті позбавлення компанії SwissportInternationalLtd. корпоративних прав у вигляді права на частку в ТОВ «Свіспорт Україна», що фактично тотожне виключенню судом учасника з товариства. Дослідниця переконливо стверджує, що відповідно до ст. 59 Зако-

ну України «Про господарські товариства» виключення учасника з ТОВ належить до компетенції зборів ТОВ (ГДВ), а не суду. Як висновок, О. А. Беянович вказує на невідповідність нормам законодавства примусового (в судовому порядку) укладення договору купівлі продажу частки у статутному капіталі ТОВ з іншим учасником [11, с. 24-26].

Із зазначеними доводами важко не погодитись з огляду на здебільшого імперативний характер норм законодавства, що регулюють відносини з приводу відчуження корпоративних прав та виключення учасників з товариства. Проте в аналізі вищезазначеної судової справи основна увага сконцентрована на законності чи незаконності застосування судом такого способу захисту прав, як примусовий продаж корпоративних прав. У той же час необхідно приділити окрему увагу й питанню щодо можливості чи неможливості встановлення у корпоративному договорі зазначеного заходу відповідальності у разі порушення його умов.

Вважаємо, що у даному випадку йдеться про обмеження корпоративних прав, адже укладаючи корпоративний договір, як і будь-який інший цивільно-правовий договір, його сторони фактично домовляються про ту лінію поведінки, якої вони повинні дотримуватись для виконання покладених на них за договором зобов'язань. Тобто іншими словами, умови договору спонукають сторони договору здійснити конкретні дії або ж утриматись від їх здійснення під загрозою настання несприятливих правових наслідків. Встановивши у договорі модель поведінки, учасники договірних відносин уже не вправі виходити за її межі, адже це вважатиметься порушенням договору.

Разом з тим, ст. 12 ЦК України визначає, що особа здійснює свої цивільні права вільно, на власний розсуд. Тобто законодавець надає можливість особі розпоряджатись суб'єктивними правами за власним бажанням: реалізовувати їх повністю, частково або не використовувати взагалі, у тому числі, вступаючи у ті чи інші цивільні правовідносини, добровільно їх обмежувати.

Щодо правової природи обмеження цивільних прав, зокрема права власності, то досить цікаво, на нашу думку, з цього приводу висловлюється О. В. Розгон. Дослідниця зазначає, що обмежен-

ня втілюються у відповідні правовідносини, що тягнуть за собою стиснення, зменшення можливостей здійснення власником своїх повноважень [12, с. 6]. Також в залежності від наявності чи відсутності волі власника автор поділяє обмеження на примусові та добровільні (договірні). Примусові обмеження виникають на підставі актів органів державної влади, органів місцевого самоврядування, актів нотаріуса, судових актів. Добровільні обмеження власник установлює для себе в результаті своїх вольових дій, наприклад, у разі передання майна за договором найму (оренди), комісії, управління майном, довічного утримання [12, с. 8].

Оскільки за загальним правилом договори укладаються за волею сторін, то такі обмеження можна йменувати і самообмеженнями, що являють собою зв'язування самого себе взятими на себе зобов'язаннями. Однак ці дії можна віднести до обмежень власника лише з певною часткою умовності, адже, приймаючи на себе визначені обов'язки, сторона в договорі не тільки не обмежує себе у вільному праві формування договірної зв'язку, а й, навпаки, саме цим вона реалізує таке своє право [13, с.10].

З вищезазначеного вбачається, що власники корпоративних прав, які мають намір укласти між собою корпоративний договір, вправі на власний розсуд здійснювати своє право на частку, у тому числі й обмежувати свої правомочності щодо розпорядження нею шляхом покладання на себе зобов'язання відчужити частку на користь інших учасників корпоративного договору у разі порушення його умов з урахуванням імперативних вимог законодавства та установчих документів щодо реалізації права на частку (акції) та переважних прав.

При добровільному виконанні взятих на себе зобов'язань щодо відчуження корпоративних прав у разі порушення умов корпоративного договору питань не виникає. Однак у випадку, якщо порушник договору відмовляється виконувати зазначений обов'язок, ми знову повертаємося до судового порядку вирішення спору і відповідно до примусового укладення договору купівлі-продажу корпоративних прав, який, як встановлено раніше, видається таким, що суперечить вимогам закону.

Правова природа примусового продажу корпоративних прав як заходу цивільно-правової відповідальності за порушення кор-

поративного договору потребує більш глибокого доктринального дослідження, а можливість його застосування на практиці може бути забезпечена лише шляхом внесення суттєвих змін до законодавства, зокрема встановленням прямої вказівки на те, що корпоративним договором може бути передбачено примусовий продаж корпоративних прав на користь інших учасників у разі порушення учасником умов договору з урахуванням положень закону та установчих документів корпорації. У випадку невиконання вказаного обов'язку спір між учасниками корпоративного договору повинен вирішуватись судом.

Висновки. Отже, з огляду на вищезазначене, можна підсумувати, що в силу цивільно-правової природи корпоративного договору основними майновими наслідками порушення зобов'язання, породжуваного ним, є сплата неустойки та стягнення твердої грошової суми (компенсації), попередньо обумовленої у змісті корпоративного договору.

Також вважаємо, що санкція за порушення корпоративного договору, що пов'язана із примусовим продажем належної частки у статутному (складеному) капіталі і, таким чином, можливим позбавленням корпоративних прав, могла б стати ефективним та дієвим стимулом для усіх сторін корпоративного договору належним чином виконувати взяті на себе за договором зобов'язання.

1. *Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р.: Офіційний текст.* – К.: Юрінком Інтер. - 2003. – ст. 464.
2. *Отраднава О. О. Неустойка в цивільному праві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / О. О. Отраднава.* – К., 2002. – С. 3.
3. *Договірне право в умовах ринкової економіки: конспект лекцій / І. В. Жилінкова, В. І. Борисова, І. В. Спасибо-Фатеева та ін.; За заг. ред. І. В. Жилінкової, В. І. Борисової.* –Х.: Нац. юрид. акад. України, 2008. – 116 с.
4. *Глушецкий А. Корпоративный договор участников хозяйственного общества – новации по его регулированию.* - [Электронный ресурс]. - Режим доступу: http://www.mirkin.ru/_docs/articles04-033.pdf.
5. *Варюшин М. С. Гражданско-правовое регулирование корпоративных договоров: сравнительный анализ: дис.... кандидата юридических наук: 12.00.03 / Варюшин Михаил Сергеевич.* - Москва, 2015 - 202 с.

6. Спасибо-Фатєєва І.В. Акціонерні угоди / І.В.Спасибо-Фатєєва // *Право України*. — 2009. — № 12. — 186 с.
7. Поваров Ю.С. *Последствия нарушения акционерного соглашения // Законы России: опыт, анализ, практика*. 2011. № 5. С. 51 – 58.
8. Осипенко К. В. *Договор об осуществлении прав участников хозяйственных обществ в российском и английском праве : автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Специальность 12.00.03 – гражданское право ; предпринимательское право ; семейное право ; международное частное право /К. О. Осипенко . -М., 2015. -42 с.*
9. *Постанова Вищого господарського суду України від 26.11.2014 р. у справі № 5011-62/8101-2012. - [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28_4234137.html*
10. *Постанова Київського апеляційного господарського суду від 25.09.2014 р. у справі № 5011-62/8101-2012. - [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://cases.legal/uk/act-uk1-40681181.html>.*
11. Беляневич О. А. *Про способи захисту корпоративних прав / Збірник наукових праць за матеріалами Міжнародної науково-практичної конференції «Корпоративне право України та інших європейських країн: шляхи гармонізації» (2-3 жовтня 2015 року). - Івано-Франківськ: Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2015. – С. 22 – 27.*
12. Розгон О. В. *Межі та обмеження права власності : Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / О. В. Розгон; Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. - Х., 2005. - 20 с.*
13. Завальний А. М. *Юридичні факти в сфері здійснення правоохоронної діяльності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень».* — К., 2007. — 22 с.

Сигидин М. М. Майнові наслідки порушення корпоративного договору.

Стаття присвячена дослідженню питань, пов'язаних із особливостями застосування майнових наслідків у разі порушення зобов'язання, що виникає з корпоративного договору. Зокрема, досліджено такі майнові санкції, як стягнення неустойки та твердої грошової суми (компенсації). Також проаналізовано можливість застосування такого правового наслідку порушення корпоративного договору, як примусовий продаж учасником корпорації корпоративних прав.

Ключові слова: порушення договору, корпоративний договір, неустойка, компенсація, примусовий продаж корпоративних прав.

Сигидин М. М. Имущественные последствия нарушения корпоративного договора.

Статья посвящена исследованию вопросов, связанных с особенностями применения имущественных последствий в случае нарушения обязательства, возникающего из корпоративного договора. В частности, исследованы такие имущественные санкции, как взыскание неустойки и твердой денежной суммы (компенсации). Также проанализирована возможность применения такого правового последствия нарушения корпоративного договора, как принудительная продажа участником корпорации корпоративных прав.

Ключевые слова: нарушение договора, корпоративный договор, неустойка, компенсация, принудительная продажа корпоративных прав.

Sygydyn M.M. The property consequences of a breach of a corporate agreement.

The article deals with the investigation of issues related to the peculiarities of application of the property consequences in case of a breach the obligations arising from the corporate agreement. In particular, such property sanctions as a penalty and a solid amount of money (compensation) are investigated. It's determined that because of the civil law nature of corporate contract a penalty theoretically can be considered as one of the legal consequences of the breach of contract. Also the article states that due to the organizational character of a corporate contract a compensation of damages as a legal consequence of a breach of the contract can cause significant difficulties in the event of its application. An alternative mechanism for restoration of violated rights of a corporate contract may become a paying of compensation.

Also the author analyzes the applicability of such legal consequence of the breach of a corporate agreement as compulsory sale of corporate rights by a member of a corporation. The author notes that this sanction could become efficient and effective stimulus for all parties of a corporate agreement to fulfill properly their obligations under the contract.

Keywords: a breach of a contract, a corporate agreement, a penalty, a compensation, a compulsory sale of corporate rights.

Соломчак Х.Б.

ПРАВОВЕ ВИКОРИСТАННЯ ФОТОГРАФІЧНИХ ТВОРІВ ЗАСОБАМИ МАСОВОЇ ІНФОРМАЦІЇ

УДК 347.783

Постановка проблеми. Сучасне законодавство відносить фотографічні твори до об'єктів авторського права, поряд з такими об'єктами авторського права як творами науки, мистецтва, літератури. Всі вище перераховані об'єкти авторського права мають спільні ознаки, а саме: повинні бути результатами творчості і містити в собі оригінальність. Однак, на жаль, законодавство не

містить положень, в яких би розкривалося поняття творчості та зміст оригінальності. Наступною проблемою з якою зіштовхуються правозастосовувачі – це розмежування понять фотографія та фотографічні твори, що породжує проблеми у сфері захисту авторського права на фотографічні твори, у тому числі в контексті їх використання Засобами Масової Інформації.

Ці та інші проблеми зумовлюють розгляд цієї актуальної теми знов.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання щодо визначення фотографічного твору як об'єкту авторського права, поняття й змісту права на захист, способів та форм захисту авторських прав на фотографічні твори досліджувалися у працях: К. Афанасьєвої, О. Вовк, Г. Дорожко, В. Дроб'язка, О. Омельченко, О. Улітіної, І. Холіна, Н. Шмунь, О. Штефана та ін.

Постановка завдання (формулювання цілей статті). Метою цієї статті є виявлення поняття та ознак «фотографічний твір» та окреслення проблем її використання у ЗМІ.

Виклад основного матеріалу дослідження. Фотографія є і ще довго буде одним із найпоширеніших та найпопулярніших видів відображення. З використанням фотографії ми зіштовхуємось посюдно і в особистих цілях, і наукових, побутових, інформаційних і т.д. Саме тому фотографія у системі об'єктів авторських прав займає одне з провідних місць. Легкість відтворення на матеріальному носії, передання в електронному форматі, можливість копіювати та зберігати в нежліченних копіях, уміння використовувати різні редагувальні засоби робить фотографію найбільш «чутливою» до неправомірного використання, а отже, в окремих випадках й порушення авторських прав на неї. Подібна ситуація викликає необхідність формування ефективної системи технічних та правових засобів захисту авторських прав на фотографію. [1, 80]

Закон України «Про авторське право і суміжні права» [2] поширює охорону авторського права на фотографічні твори та твори, виконані способами, подібними до фотографії. Однак, не даючи визначення ні одному, ні іншому об'єкту авторського права.

З аналізу чинного законодавство об'єктами авторського права можуть бути фотографічні твори, які мають такі ознаки: а) є

результатом інтелектуальної, творчої діяльності; б) виражені в будь-якій об'єктивній формі. У самому Законі поняття творчості не розкривається. [3, 13] Великий тлумачний словник сучасної української мови дає таке визначення творчості – це діяльність людини, спрямована на створення духовних і матеріальних цінностей; те, що створено внаслідок такої діяльності; сукупність створених матеріальних і духовних цінностей. [4, 441]

Пропонуємо закріпити наступне визначення творчості: це оригінальний результат розумових здібностей, мисленнєвого процесу або таланту людини.

Отже, творчість повинна відповідати наступним ознакам:

1) Результат є оригінальним якщо він є новим чи суспільно-значимим (даний результат творчості має якусь роль або важливість для кого-небудь, навіть якщо це проявляється лише щодо її творця). Оригінальність передбачає те, що подібне не існує.

2) Бути результатом розумових здібностей, мисленнєвого процесу або таланту людини. На нашу думку, творчість не повинна визначатись механічними діями, а має бути індивідуальною як наслідок дії інтелекту, особистих знань, вмінь та навичок людини, що одержані завдяки пізнанню, спостереженні та інших мисленнєвих процесів. Творчість є можливою і внаслідок таланту особи, тобто такого хисту людини, який в неї є від природи.

Як стверджує С.В. Мазуренко, на оригінальність фотографії може впливати багато параметрів, тобто: поза особи, яку фотографують; тип освітлення (денне, штучне, лобове, бокове, крапкове, розсіяне тощо); ракурс; діафрагма і фокусна відстань об'єктива, при варіації яких досягається те чи інше співвідношення різкостей, які входять в кадр об'єктів; унікальний стан об'єкта; композиція як творча знахідка фотографа. [3, 15]

Отже, слід відрізняти просто фотографію і фотографію як твір мистецтва. Саме тому, ми пропонуємо на законодавчому рівні закріпити ознаки фотографії як оригінального твору. Тому, фотографічний твір – це твір, який:

- відображений на певному носії;
- створений у процесі фотографування чи інших подібних до цього способів;

- відображає певну мету фотографа (дотриманий певний сюжет);
- оригінальний, тобто відображає індивідуальну творчість автора;
- має вигляд певної цілісної композиції, яка досягнута як шляхом співставлення предметів, явищ, людей, так і шляхом редагування фотографії;
- відображає індивідуальні риси зображуваного;
- емоційно впливає на глядача.

На думку О. Улітіної для того щоб літературний твір охоронявся авторським правом він не повинен бути особливо креативним, чи бути шедевром філософської думки, оскільки є поняття мінімум творчої складової автора. Наприклад, якщо говорити про такий об'єкт авторського права як картини, то не важливо скільки зусиль приклав автор для створення зображення, важливо наявність результату творчої праці, який покликаний викликати певні емоції у того, хто дивиться на картину. Натомість, якщо говорити про фотографію, то тут все значно складніше. Наприклад, фотографія на паспорт не може вважатися твором мистецтва, і хоча фотограф докладає певних зусиль – виставляє світло, вказує особі, що фотографується, як розміститися, все ж елементу творчості в цьому випадку не буде. [5, 64] Отже, слід говорити про градацію творчості. Якщо вона мінімальна або відсутня, то будь-який об'єкт авторського права, в тому числі і фотографія немає права на правову охорону. Поряд з тим, слід погодитись з Г. Дорожко, що якщо «звичайна фотографія» за бажанням її автора оприлюднюється, наприклад, експонується на виставці, то вона відповідно отримує правову охорону, таку саму, як і творча фотографія. [6, 25]

Цікавим є підхід Німецького законодавство до правової охорони «звичайної фотографії» та «фотографії як твору». Так, згідно закону про авторське право цієї країни, різниця полягає у відповідності фотографії критерію оригінальності і як наслідок тривалості строку охорони фотографії після смерті автора. Фотографічні твори охороняються впродовж 70 років після смерті автора, а звичайні фотографії – 50 років після смерті автора. [7, 6]

Відповідно до критерію творчості громадська організація «Вікімедіа Україна» запропонувала поділити фотографічні твори на три види:

1) художні фотографії – оригінальні фотографічні твори, які спеціально створені як предмет образотворчого мистецтва; фотографії, які відображають емоції та сприйняття фотографа, його творчий задум. Такі фотографії мають розглядатися аналогічно творам живопису та строк охорони їх авторського права повинен бути максимальним;

2) документальні фотографії – фотографії, для яких художня та естетична цінність не є основною, однак, вони можуть мати суспільну цінність (історичну, наукову, освітню тощо). Для таких фотографій творчий вклад автора не є настільки значним, оскільки вважається, що замість цього фотографа на цьому ж місці і в цей же час опинився інший фотограф, то він би створив таку саму фотографію. Щодо таких фотографій пропонується зменшений строк охорони авторського права, розрахунок якого починається не з року смерті автора, а з часу створення фотографії;

3) тривіальні фотографії – фотографії, творчий вклад авторів яких є мінімальним. Під час фотографування майже завжди існує творчий вклад автора у той чи іншій мірі, але в деяких випадках від є настільки незначним, що можна казати, що він близький до нуля. Тому, захист авторських прав на тривіальні фотографії є невиправданим. [8]

Згідно з ст. 6 Директиви 2006/116/ ЄС Європейського Парламенту і Ради від 12 грудня 2006 року про строк охорони авторського права і деяких суміжних прав встановлено критерій, що визначає, яка саме фотографія підпадає під авторсько-правову охорону: охороняється лише самобутня оригінальна фотографія, що становить інтелектуальний витвір автора. [9]

Сам фотографічний твір – не матеріальний, а ідеальний об'єкт. Тому такі матеріальні носії фотографії, як: плівка, диск, відбиток тощо – стосуються об'єктів матеріального права, щодо яких діє речове право з притаманними йому законами охорони. Згідно з ст. 12 Закону України «Про авторське право та суміжні права» правовій охороні підлягає не сама плівка, слайд, негатив,

фотографічний відбиток тощо, а сукупність ідей та образів, зображених на них, тобто форма їх вираження. [1, 81-82]

На сьогодні обсяг прав на фотографічні твори чітко визначений українським законодавством. Поряд з тим фотографи постійно стикаються з порушенням авторського права, тобто відвертим ігноруванням закону та порушенням їхніх прав у ЗМІ. Серед найтиповіших різновидів порушень К.О. Афанасьєва виділяє: невиконання домовленостей про виплату гонорару, опублікування фотографій без згоди автора, заміна імені автора або відсутність посилання на нього. Співробітники ЗМІ часто на свій розсуд використовують потрібні їм фотографічні твори, не беручи до уваги той факт, що у знімків також є автори, інтереси яких необхідно врахувати – отримати в автора дозвіл на публікацію фото та виплатити належний гонорар. Існує також практика віднесення фотографій, що вже були опубліковані або зберігаються у архівах редакції, до категорії суспільного надбання та, відповідно, вільного використання. [10, 69-70] Редакції друкованого видання слід пам'ятати, навіть якщо фотограф безпосередньо сам віддав їй фотографічне зображення у неї немає ніяких прав на знімок без наявності між сторонами письмових договірних відносин. Як правило, автор приносить фотографії для того, щоб редакція їх проглянула і повідомила свою думку про можливість їх опублікування. Якщо із запропонованого зацікавило редакцію, то вона повинна письмово погодити з фотографом умови майбутнього використання, уклавши авторський договір. Цивільний кодекс України не допускає усної форми договору про розпорядження матеріальними правами авторського права шляхом публікації фотографічного твору в періодичній пресі. Кодекс чітко встановлює, що операції юридичних осіб між собою і з громадянами про розпорядження матеріальними правами авторського права в обов'язковому порядку повинні здійснюватися у письмовій формі. Зазначимо, що відповідно до Цивільного кодексу недотримання письмової форми операції незвільняє від відповідальності. При судовому розгляді, у разі відсутності письмового авторського договору редакція друкованого видання навряд чи зуміє довести факт наявності договірних відносин з фотографом. [11, 59]

Окремою проблемою є питання правомірності багатофункціонального використання творів, створених за наймом. Наприклад, оригінальні малюнки, фотонегативи, рукописи працівника залишаються у роботодавця навіть після звільнення автора та можуть використовуватися новим власником через багато років з іншою комерційною метою. Як вважає В.В. Коваленко, якщо фотограф працює у видавництві за трудовим договором, то право власності на оригінал службового фотографічного твору належить видавництву. Якщо зйомка була проведена у відповідності з договором замовлення, то право власності на оригінал твору (фотографію, плівку, слайд) належить замовнику. [12, 112] Для врегулювання цієї ситуації, на думку К.О. Афанасьєвої, логічним було б обмежити часові межі використання службового твору, по закінченні яких усі виключні права на використання твору поверталися б до автора. [10, 67,39]

З такою проблемою зіткнувся позивач у наступній справі. Так, ОСОБА_1 Анатоліївна звернулася до суду із позовом до ТОВ «Клеш» третя особа ФОП ОСОБА_2 про стягнення компенсації за порушення особистого немайнового авторського права та виключного майнового авторського права. В обґрунтування своїх позовних вимог позивачка вказала, що вона є автором на фотографічний твір.

У випуску ІНФОРМАЦІЯ_1 журналу «Сlash magazine» на НОМЕР_1 сторінці був опублікований фотографічний твір, автором якого є позивачка. Фотографічний твір був опублікований з рекламою магазину «Чарівні хутра» (м. Харків, вул. Сумська, 102, ТЦ «Атріум»). Як було встановлено, опублікування фотографічного твору, автором якого є Позивач, було здійснено Відповідачем згідно умов договору № 14.11.11 на розміщення реклами в журналі від 14.11.2011р. Відповідно до отриманих Відповідачем від фізичної особи – підприємця ОСОБА_2 відомостей Позивач здійснювала зйомку моделей в хутряних виробих, що належать магазину «Чарівні хутра», та згодом передала диск з обробленими фотографічними творами для використання (опублікування) фотографічних творів в якості реклами магазину «Чарівні хутра».

Враховуючи наведене та приймаючи до уваги той факт, що Позивачем не заперечувався факт здійснення зйомки моделей в

хутряних виробках, що належать магазину «Чарівні хутра» для подальшого використання створених в результаті такого опублікування фотографічних творів у рекламних цілях, Позивачем було передано використання (опублікування) фотографічного твору шляхом укладення відповідного договору в усній формі. Таким чином, суд дійшов висновку, що використання (опублікування) фотографічного товару було здійснено Відповідачем відповідно до умов Договору № 14.11.11 на розміщення реклами в журналі від 14.11.2011р. та без порушення належних Позивачеві майнових прав автора. [13]

Отже, як впливає з матеріалів справи, Позивач уклав договір з «Чарівні хутра» про передачу виключних прав на фотографічний твір, а «Чарівні хутра» в свою чергу уклали договір з журналом на розміщення реклами, тому права Позивача не порушувалися. Поряд з тим, якби на законодавчому рівні було б врегульоване питання строку дії використання службового твору роботодавцем, то з закінченням такого строку, авторові б надавалась можливість оспорювати порушення його виключних прав на твір.

Окрім того, дуже часто рекламні агентства, журнали, газети оголошують конкурс на кращий знімок в якомусь напрямку. Особі, яка перемагає, обіцяють винагороду та публікацію у своїх виданнях. Організатори таких конкурсів вважають, що після виплати винагороди за фотографію, вони набувають право на використання зазначеного твору шляхом виробництва плакатів, листівок, календарів тощо. Згідно зі ст. 1156 ЦК України організатори конкурсу мають право подальшого використання фотографії тільки за згодою переможця та переважне право перед іншими особами на заключення з переможцем конкурсу договору про використання його твору. [3, 17]

Окремою і дуже важливою проблемою є неправомірне використання у якості ілюстрацій до журналістських матеріалів фотографій з Інтернету, що сьогодні набуває катастрофічних масштабів. [10, 70] Проблемою правової охорони фотографічних творів є їх використання в Інтернеті, адже у мережі Інтернет значно складніше встановити порушника авторських прав, оскільки в процесі неправомірного розміщення фотографії в мережі Інтер-

нет фігурують кілька осіб, серед яких власник доменного імені, власник сайту (який може бути іншою особою, ніж власник доменного імені), власник хост-сервера, провайдер послуг зв'язку мережі Інтернет. Відповідно, в мережі Інтернет порушника прав автора ідентифікувати більш складно у порівнянні з порушенням авторських прав на фотографії в друкованих виданнях. [6, 25-28]

Для захисту від порушень авторського права в мережі Інтернет рекомендується застосовувати технічні засоби захисту фотографій, таких як, наприклад, водяний знак з іменем автора або цифрову стенографію, що дозволить непомітно від людського ока записати інформацію в файл із зображенням. Юридичним засобом захисту фотографії могла б бути її реєстрація в уповноваженому органі, але це доволі клопітливо та недешево для цифрового зображення. Всі ці способи не є достатньо дієвими і не дають бажаних результатів, що викликає потребу у розробці нових методів охорони фотографічних творів. [1, 83]

Висновки. Отже, нами було встановлено, що фотографія для того щоб бути об'єктом авторського права повинна бути результатом творчості та містити в собі ознаки оригінальності. Творчість – це оригінальний результат розумових здібностей, мисленнєвого процесу або таланту людини.

Запропоновано на законодавчому рівні закріпити ознаки фотографії як оригінального твору. Тому, фотографічний твір – це твір, який: відображений на певному носії; створений у процесі фотографування чи інших подібних до цього способів; відображає певну мету фотографа (дотриманий певний сюжет); оригінальний, тобто відображає індивідуальну творчість автора; має вигляд певної цілісної композиції, яка досягнута як шляхом співставлення предметів, явищ, людей, так і шляхом редагування фотографії; відображає індивідуальні риси зображуваного; емоційно впливає на глядача. Відповідно до вищенаведеного пропонуємо визначення фотографічного твору – це оригінальне відображення на певному носії об'єктів навколишнього світу, створене у процесі фотографування чи інших подібних до цього способів, що містить достатній рівень творчих зусиль для того, щоб охороняти авторським правом.

1. Омельченко Г.В. Проблематика охорони фотографічних творів нормами авторського права / Г.В. Омельченко, Ю.В. Вітківська // Юридичний вісник «Повітряне і космічнеправо». – 2012. – № 4 (25). – С. 80-84.
2. Закон України “Про авторське право і суміжні права” від 23.12.1993 № 3792-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. - 1994. - № 13. - Ст. 64.
3. Мазуренко С.В. Авторське право на використання фотографії / С.В. Мазуренко // Актуальні проблеми держави і права. - 2008. - Вип. 42. - С. 12-19.
4. Глумачний словник сучасної української мови: Близько 50 000 сл. / Уклад. І.М. Забіяка. - К.: Арій, 2007. - 512 с.
5. Улітіна О. Строк дії авторського права на фотографічні твори: проблемні питання / О. Улітіна // JURNALUL JURIDIC NAȚIONAL: TEORIE ȘI PRACTICĂ. - 2015. - №3. - Том 1. - С. 63-67.
6. Дорожко Г. Питання охорони та захисту цифрових фотографічних творів / Г. Дорожко, Є. Кіф'юк // Теорія і практика інтелектуальної власності. - № 4. - 2010. - С. 25-28.
7. Штефан О. Фотографічний твір як специфічний об'єкт охорони авторським правом / Олена Штефан // Теорія і практика інтелектуальної власності. - № 3. - 2007. - С. 3-9.
8. Громадська організація «Вікімедіа Україна» [Електронний ресурс] - Режим доступу: <https://ua.wikimedia.org/wiki/>
9. Директива Європейського Парламенту і Ради 2006/116/ЄС від 12 грудня 2006 року про строки охорони авторського права і деяких суміжних прав (кодифікована версія) / OJ L 372 , 27/12/2006, P. 0012-0018.
10. Афанасьєва К.О. Авторське право в контексті діяльності засобів масової інформації України: дис... канд. філол. наук: 10.01.08; Інститут журналістики Київського національного університету ім. Т. Шевченка / К.О. Афанасьєва. – 204 с.
11. Вовк О.Б. Об'єкти та суб'єкти фотографування у контексті авторського права / О. Б. Вовк, В. А. Андруник // Інформаційні системи та мережі : [зб.наук. пр.] / відп. ред. В. В. Пасічник. -Л. : Вид-во Львів.політехніки, 2009. – С. 54-61.
12. Коноваленко В.В. Авторское право: автору, редактору, издателю / В.В. Коноваленко. – Харьков: Фактор, 2007. – 489 с.
13. Рішення Київського районного суду м. Харкова у справі № 2018/1516/2012 за позовом ОСОБА_1 до ТОВ «Клеш», третя особа

ФОП ОСОБА_2 про стягнення компенсації за порушення особисто-го немайнового авторського права та виключного майнового авторського права [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/28486133>

Соломчак Х.Б. Правове використання фотографічних творів засобами масової інформації

В статті досліджується розмежування фотографії та фотографічного твору, відповідно запропоновано на законодавчому рівні закріпити ознаки фотографії як оригінального твору. Розкрито поняття творчості та її ознаки. Проаналізовано основні проблемні питання використання ЗМІ фотографічних творів.

Ключові слова: фотографія, фотографічний твір, творчість, оригінальність, ЗМІ, авторське право.

Соломчак К.Б. Правовое использование фотографических произведений Средствами Массовой Информации

В статье исследуется разграничение фотографии и фотографического произведения, соответственно предложено на законодательном уровне закрепить признаки фотографии как оригинального произведения. Раскрыто понятие творчества и его признаки. Проанализированы основные проблемные вопросы использования СМИ фотографических произведений.

Ключевые слова: фотография, фотографическое произведение, творчество, оригинальность, СМИ, авторское право.

Solomchak H.B. Legal use photographic works of the media

The differentiation between photography and a photographic work is studied in the article. It has been suggested to fix signs of photography as an original work on the legislative level: as a reflected one on a certain medium; created in the process of photography or other similar methods; a photographer had a certain aim to reflect precisely what is on it (adherence to a certain scene); originality – that is, it reflects an individual creativity of an author; the photo has the form of a certain integral composition achieved by means of correlating objects, phenomena, people as well as by means of editing photography; it reflects individual features of a depicted one; it has an emotional impact on a viewer. Therefore, it has been suggested to fix signs of photography as an original work on the legislative level. The notion of creativity and its signs has been found out. The creativity is the result of intellectual abilities, cognitive process or a person's talent which is original. The creativity should correspond with the following signs. The first sign is that it should be the result of intellectual abilities, cognitive process or a person's talent. The creativity shouldn't be determined by mechanical acts but it should be individual due to intelligence, personal knowledge, a person's abilities and skills gained due to knowledge, observation and other cognitive processes. The creativity can be possible due to a person's talent, that is a person's gift which is inborn. The second sign is that the result is original if it is new or socially significant (the given result of the creativity has a certain significance or importance

for someone if it can be seen only from its creator. The originality refers to something similar that doesn't exist.

The basic issues using the media photographic works, including: failure to pay the fee arrangements, publication of photos without the consent of the author, the author's name replacement or no reference to it, the use of photographs on the Internet.

Keywords: photography, photographic work, creativity, originality, mass media and copyright law.

Чмихов Ю.А.

МІСЦЕ РІЕЛТОРСЬКОГО ДОГОВОРУ В СИСТЕМІ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОГОВОРІВ

УДК - 347.45/.47

Постановка проблеми. Розвиток цивілізованого ринку нерухомості в Україні неможливий без належного правового регулювання посередницьких послуг щодо обороту нерухомого майна. Однак, за 15 років законодавчих спроб врегулювати посередницькі відносини на ринку нерухомості не було прийнято жодного нормативного-правового акту щодо ріелторських послуг. Тому, залишається констатувати той факт, що ринок ріелторських послуг в Україні вже не перший рік залишається однією з небагатьох сфер із високим ступенем саморегулювання. Незважаючи на застій у законотворчій діяльності з приводу регулювання ріелторських послуг, в літературі вже є деякі наукові напрацювання, які відповідають викликам сучасного цивільного обороту нерухомого майна та форм діяльності ріелторів на ринку нерухомості. На практиці, правовідносини з надання ріелторських послуг, як правило, регулюються за допомогою різних конструкцій цивільно-правових договорів (виконання робіт, надання послуг), які іменуються ріелторськими. Однак для належного правового регулювання таких відносин очевидно є необхідність вибору єдиної договірної конструкції і визначення її місця в системі цивільно-правових зобов'язань.

Аналіз досліджень даної проблеми. Питання правового регулювання цивільно-правових договорів про надання посередницьких послуг було і залишається предметом дослідження ба-

гатьох вітчизняних і зарубіжних науковців: М. І. Брагінського, В. А. Васильєвої, В. В. Вітрянського, Н. В. Дроздової, О. С. Іоффе, О. Ю. Кабалкіна, М. В. Кротова, В. В. Луця, В. В. Резнікової, Л. В. Саннікової, Н. В. Федорченко, О. Д. Шешеніна та інших. Однак дослідженню місця ріелторського договору в системі цивільно-правових зобов'язань не було приділено окремої уваги з боку науковців.

Постановка мети. В межах даної статті автор ставить перед собою мету визначити місце ріелторського договору в системі цивільно-правових зобов'язань.

Виклад основного матеріалу. Місце будь-якого договору в системі цивільно-правових зобов'язань слід визначати виходячи з класифікації цивільно-правових договорів, що запропонована національним законодавцем. Зокрема, ЦК України розмістив окремі типи договірних зобов'язань в залежності від правових результатів, досягнення яких прагнуть сторони, укладаючи той чи інший договір [1, с.146-147]. З цього приводу, критерієм такої класифікації М.В. Гордон визначає результат [2, с. 85]. О.А. Красавчиков такий критерій для класифікації запропонував називати «спрямованістю цивільно-правового результату» [3, с. 127]. Власне, використовуючи критерій «результату» («спрямованості результату»), виділені ЦК України договори поділяються на наступні типи: договори про передачу майна, договори про виконання робіт, договори про надання послуг, договори про заснування різного роду утворень.

Щодо договорів, які опосередковують відносини з надання цивільно-правових послуг, то ЦК України містить спеціальну главу, присвячену загальним положенням про договори про надання послуг, а також глави, присвячені конкретним договорам про надання послуг (перевезення, транспортна експедиція, зберігання, доручення, комісія, довірче управління майном) [4, с. 253-254]. Проте, сучасний цивільний оборот та договірні форми, що опосередковують рух його об'єктів, не завжди розвиваються однаково, тому виникла ситуація, за якої набір іменованих договорів відстав від потреб суспільства. Ріелторські послуги досі надаються на основі різних цивільно-правових конструкцій договорів (від ви-

конання робіт до надання послуг), однак їх специфіка зумовлює необхідність самостійного нормативного регулювання.

Як показує практика, агент з продажу нерухомості (ріелтор, агентство нерухомості) діє як посередник: на підставі та в межах наданих повноважень здійснює певну діяльність шляхом вчинення правомірних дій в інтересах установника посередництва (клієнта) і за його рахунок. Отже, у самому загальному вигляді договір про надання ріелторських послуг опосередковує відносини за участю особи посередника – ріелтора, а його дії спрямовані на сприяння та надання допомоги в укладенні правочину з нерухомим майном. Однак для віднесення договору про надання ріелторських послуг до посередницьких договорів слід з'ясувати, чи всі з видоутворюючих ознак посередницьких послуг властиві ріелторським послугам. Для вирішення цього завдання слід виходити з того, що посередництво будь-якого виду будується на таких положеннях, зокрема:

- посередник може виступати в обороті від власного імені або від імені клієнта, за рахунок клієнта або за власний рахунок, але завжди в інтересах клієнта;
- він діє на основі та в межах наданих повноважень;
- право власності на матеріальний об'єкт посередницького зобов'язання ніколи не належить посереднику.

Дійсно, посередницька ріелторська послуга – це дія (дії), яка (які) завжди вчиняються в чужому інтересі. При цьому, інтерес є те, до задоволення чого прагне суб'єкт, вступаючи в суспільне відношення. Як зазначається в літературі, в правовому розумінні «чужий інтерес» полягає в тому, що одна особа діє не в своєму інтересі, а замість іншої особи. У результаті таких дій посередника, права та обов'язки виникають в інших осіб. Ріелтор не діє в своєму інтересі, він діє в чужому інтересі. Це кваліфікаційна ознака ріелторського правовідношення.

Крім того, засобом задоволення інтересу виступає об'єкт суспільного відношення – благо, яке здатне задовольнити потребу, що виникла у особи. Потреби замовника ріелторських послуг можуть проявлятися в бажанні продати, придбати, обміняти чи вчинити інші дії з об'єктом нерухомості. А інтерес замовника по-

слуг полягає в тому, щоб посередник сприяв цьому. Саме тому, ріелторський інтерес замовника вимагає особливого правового регулювання.

Для реалізації чужого інтересу необхідно проявити подвійну волю – уповноважуючого й уповноваженого, при цьому воля останнього є вторинною. Тому, при реалізації посередницького зобов'язання дії посередника базуються на волі уповноважуючого, який встановлює посередницьке зобов'язання для досягнення свого інтересу.

Якщо особі надати повноваження на вчинення певних дій для “іншого”, то у неї виникне суб'єктивне право, яке обслуговуватиме чужий інтерес [5, с. 162-163]. Тому другою визначальною ознакою посередницьких ріелторських послуг слід визнати **повноваження на здійснення певних дій** (*курсив наш – Ю. Чмихов*), які замовник послуги передає посереднику. Адже, як відмічає В.А.Васильєва, видоутворюючим фактором для всіх видів посередницьких договорів є наявність у контрагента за договором, а саме – у посередника, певних повноважень. Власне вони є тією правовою основою, що дає можливість перевести реалізацію суб'єктивних прав від уповноваженої особи до посередника [5, с.145-146]. Якщо навіть абстрагуватися від ролі інтересу для посередницьких зобов'язань і перейти в площину тільки правових категорій, положення “від імені” слід розуміти як “на підставі повноважень”, оскільки неможливо виступати від імені без повноважень.

В ріелторських правовідносинах повноваження, які замовник передає ріелтору, формулюються у вигляді дій, які клієнт бажає вчинити з нерухомим майном (підшукати об'єкт нерухомості, оглянути його, зустрітися та обговорити умови договору з майбутнім контрагентом тощо) та характеристики об'єкта нерухомості, який необхідно продати, придбати, обміняти (ціна, площа, місцезнаходження тощо). Такі дії клієнт ріелторських послуг самостійно не вчиняє, оскільки його інтерес обслуговується ріелтором.

Спільним і принципово важливим для всіх посередницьких правовідносин є те, що право власності на товар не переходить

до контрагента за договором. Якщо в договорі передбачено інше, то відсутнє посередництво. Замість нього ми маємо договір купівлі-продажу, поставки та ін. Тобто посередництво відбувається між власником *de facto* і майбутнім власником. Крім того, при посередницькій діяльності право власності на товар, що є матеріальним об'єктом надання послуг, не переходить до посередника і тому він і не виступає власником грошових коштів, які надходять за товар, навіть якщо він бере участь у розрахунках. Це в повній мірі характеризує ріелторський договір. Відповідно, у відносинах з надання ріелторських послуг посередник ніколи не стає власником нерухомого майна як матеріального об'єкта посередницького ріелторського зобов'язання.

Таким чином, зазначені вищезгадані критерії посередницьких договорів є характерними для договорів про надання ріелторських послуг, тому ріелторські послуги, безумовно, слід відносити до послуг посередницького типу. Відповідно, в ріелторському договорі одна сторона (ріелтор) зобов'язується за завданням другої сторони (клієнта) надати ріелторську послугу, яка споживається в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, а клієнт зобов'язується оплатити ріелтору зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором.

В умовах існування законодавчого набору конструкцій посередницьких договорів, слід з'ясувати чи достатнім воно є для ріелторських правовідносин, а якщо ні, то яке саме місце слід відвести договору про надання ріелторських послуг.

В першу чергу, розпочнемо з традиційного поділу посередницьких договорів на ті, в яких посередник виступає від імені клієнта, і ті, в яких він виступає від власного імені. Коли йдеться про посередництво-представництво, то дії посередника залежать від об'єму повноважень, які він отримує на підставі укладеного посередницького договору. Як правило, наділяючи посередника правом укладати від імені клієнта угоди, йому доручають і зареєструвати ці угоди, оскільки, наприклад, метою договору купівлі-продажу є перехід права власності на майно. Представляючи видану на підставі посередницької угоди довіреність і договір купівлі-продажу нерухомості, який він уклав на користь клієнта,

уповноважена особа повинна зареєструвати перехід права власності на нерухоме майно. Визначальним у цій ситуації буде:

по-перше, те, що у договорі купівлі-продажу нерухомості в якості покупця зазначається ім'я клієнта, хоч від його імені і діяла довірена особа;

по-друге, повноваження на реєстрацію не буде впливати з договору купівлі-продажу (хоч може і там зазначатися), а буде впливати з посередницького договору, як дія юридичного характеру.

Однак, на нашу думку, ріелторський договір не вписується в класичний приклад договору прямого посередництва - доручення. Адже обов'язковим елементом доручення є здійснення чи набуття однією особою суб'єктивних прав та обов'язків для іншої особи. Попри те, що включення у визначення договору доручення вказівки на юридичний характер дії, що складає предмет послуг, які надаються повіреним, не виключає того, що повірений може прийняти на себе обов'язок одночасно вчиняти і фактичні дії, дії, які носять такий характер, повинні слугувати певним доповненням до дій юридичних, тобто носити тим самим залежний від них субсидіарний характер. Правова природа договору про надання ріелторських послуг не передбачає надання ріелтору повноваження укласти правочин з нерухомим майном замість клієнта. Дії ріелтора носять фактичний характер і пов'язані зі зближенням сторін майбутнього договору купівлі-продажу чи оренди нерухомого майна. В цьому полягає принципова різниця ріелторського договору і договору доручення.

Крім того, саме в ріелторських договорах фактичні дії носять основний характер, а дії юридичні – додатковий. Навіть у випадку, коли клієнт заперечує надання ріелторських послуг на тій підставі, що ріелтор не вчинив жодних юридичних дій в інтересах клієнта, визначально, що дії фактичного характеру складають основну частину послуг ріелтора, але не єдиною. Ми схилиємося до думки, що в договорах з надання фактичних послуг певні дії виконавця не позбавлені юридичного характеру. Відмінність між діями юридичного і фактичного характеру є досить умовною, адже будь-яка дія, оскільки вона є проявом волі особи і направлена на зміну правовідносин, стає юридичною.

В літературі з приводу дій фактичного характеру як можливого предмету посередницьких договорів ведеться дискусія. Васильєва В.А. наполягає на тому, що фактичні дії є ніщо іншим як діями організаційними. А ознакою посередницьких зобов'язань є, якраз, навпаки, - надання клієнту посередницьких послуг, де визначальне місце відводиться діям юридичного характеру. У залежності від виду договірної конструкції послугонадавач виконує й інші дії, які прийнято називати фактичними. Однак такий поділ вчена визначає досить умовним і відносним. Тому, незалежно від віднесення дії до юридичної чи фактичної, ознака правових наслідків від її вчинення для замовника послуги буде мати визначальне значення для віднесення договору до виду посередницьких [6, с. 264-265]. На нашу думку, саме на дії фактичного (організаційного) характеру, як предмет ріелторської послуги, слід звернути окрему увагу в тому плані, що саме вони переважають над діями юридичними. Послуги ріелтора складаються з дій, які не зумовлюють виникнення у клієнта суб'єктивних прав. Адже інтерес замовника ріелторської послуги проявляється не у здатності юридично бути присутніми одночасно в різних місцях, створюючи для себе певні правові наслідки, як це є характерно в договорах доручення. Ріелторська послуга покликана обслуговувати інтерес замовника, що полягає у тому, щоб без участі замовника вчинялися певні дії для придбання, продажу чи обміну нерухомого майна. Тому вважаємо за необхідне відзначити, що характерною особливістю посередницької ріелторської послуги є те, що вона являє собою дії фактичного (організаційного) характеру.

Іншою є ситуація з посередницькими договорами, в яких посередник виступає від власного імені, наприклад за договором комісії. Тут виникає питання, чи повинно право на придбаний об'єкт нерухомості реєструватися за комісіонером, а потім у силу умови про передачу всього виконаного за договором комісії реєструватися на ім'я комітента? А також слід з'ясувати яка форма договору щодо передачі прав на придбаний об'єкт за посередницькою угодою. Оскільки правочини щодо передачі об'єктів нерухомості підлягають нотаріальному посвідченню (у протилежному випад-

ку вони не набувають статусу правовстановлюючого факту), то договір, укладений на виконання посередницького доручення, підлягає реєстрації. Відповідно, права будуть зареєстровані за комісіонером і він визнаватиметься власником нерухомості, яку, в принципі, придбав не для себе. Уникнути таких наслідків можна, застосувавши презумпцію власності щодо третіх осіб. Але зазначений шлях безперспективний, принаймні для вітчизняної правової системи, оскільки він призводить до подвоєння суб'єктів права власності, своєрідного розщеплення цього права. Коли припустити перевірку права комітента здійснювати купівлю чи відчуження нерухомого майна, яка повинна відбуватися з боку реєструючих органів, то це знівелює потребу такого виду посередницьких договорів. Запровадження системи будь-яких відміток у реєстрі прав із метою повідомляти майбутніх набувачів за договором про те, що посередник уповноважений на відчуження нерухомого майна, яке йому не належить, і що в силу такої відмітки для реєстрації будуть прийматися два правовстановлюючих договори – комісії і купівлі-продажу, ставить під сумнів доцільність усіх цих правил і положень, коли аналогічний ефект можна досягти за допомогою договору доручення. Загалом, повноваження як суб'єктивне право й елемент у структурі відносин представництва несумісне з договором комісії, який ніколи не породжує добровільного представництва, оскільки комісіонер виступає від власного імені.

Також, якщо припустити реєстрацію права власності за посередником, який виступає від свого імені, досить гостро може постати питання про механізми повернення нерухомих речей. Адже навіть розірвання договору (у даному випадку договору комісії) не тягне за собою повернення всього отриманого за договором. Більше того, подальше моделювання механізмів допуску нерухомих об'єктів у якості предмета договорів непрямого посередництва призведе до розхитування ключового для посередницьких договорів правила про безпосереднє виникнення права власності на майно у клієнта, незалежно від посередницького договору.

Таким чином, нерухоме майно може виступати предметом тільки таких видів посередницьких договорів, де надавач послу-

ги діє від імені клієнта – договорів прямого посередництва. За цієї умови посередник буде підшукувати покупця, укладати з ним договір, передавати річ, але набувачем права власності не буде.

У зв'язку з цим, варто наголосити, що посередницький ріелторський договір передбачає участь ріелтора на ринку нерухомості виключно від імені і за рахунок клієнта. Оскільки мова йде про пришвидшення обороту саме нерухомого майна, ріелтор завжди виступає як прямий посередник Повноваження на оформлення права власності на ім'я клієнта ріелтор не отримує в силу того, що його посередницька послуга щодо сприяння в укладенні правочину з нерухомим майном на момент нотаріального оформлення такого правочину з клієнтом, якого підшукав ріелтор, вважається такою, що надана в повному обсязі. Реєструвати право власності ріелтор може, але тільки на підставі відповідного доручення клієнта. Однак в класичну конструкцію договору про надання ріелторських послуг таке повноваження не входить. Послуги ріелтора зводяться до зближення сторін майбутнього правочину, а не правового заміщення уповноважуючої особи і вчинення юридичних і фактичних дій для задоволення її інтересу. Якби ріелтор був вповноважений вчиняти правочини від імені клієнта, про зближення сторін майбутнього правочину з нерухомим майном мова не йшла б. Ми говорили б про інші конструкції посередницьких договорів (агентування, комісію, управління тощо).

Крім того, якщо порівняти агентський договір та договір про надання ріелторських послуг, то в першому агент повністю заміщає клієнта, навіть якщо діє від його імені. Якщо агент буде організовувати демонстрацію нерухомого майна, то на їх огляд має приходити агент, а не клієнт. Натомість в договорі про надання ріелторських послуг, клієнт бере безпосередню участь в огляді нерухомого майна. Ріелтор тільки організовує такий показ (телефонує, домовляється про час і т.д.), але не заміщає клієнта. Другою принциповою відмінністю цих договорів є предмет агентського договору (здійснення юридичних та/або фактичних дій), через що він застосовується у більш широкій сфері відносин, ніж доручення і комісія і, має організаційний характер. Іншими словами, предметом агентського договору можуть бути будь-

які правомірні дії, наприклад дії щодо реклами товару, організації розвантаження товару тощо. Агентські відносини – це відносини із надання будь-яких посередницьких послуг, у тому числі і таких, що носять комплексний характер. Проте ключовим тут є те, що ці відносини є триваючими, тобто агент зобов’язується здійснювати, а не здійснити в інтересах принципала правомірні дії різноманітного характеру [7, с.12]. На відміну від агентських, відносини з надання ріелторських послуг не триваючі у часі, через що ріелторські послуги носять разовий характер. Навіть якщо клієнт звертається до ріелтора з метою продати декілька об’єктів нерухомості, то послуги ріелтора будуть надаватися щодо кожного об’єкту нерухомості окремо.

Висновки. Зважаючи на викладене, можна сформулювати такі висновки:

1. Послуги посередника, які надаються на ринку нерухомості, слід виділити із загальної системи посередницьких послуг. Видоутворюючою ознакою договорів про надання ріелторських послуг слід назвати сферу надання цих послуг – ринок нерухомості. Адже об’єкти нерухомості - це особливий вид речей, який в цивільному обороті потребує особливого законодавчого регулювання, оскільки вони традиційно є ресурсними, майно-вартісними речами, а їх оборот повинен максимально убезпечуватися від ризиків (втрати, шахрайства і т.д.). Крім того, нерухоме майно, як матеріальний предмет договору про надання ріелторських послуг, є предметом договорів тільки прямого посередництва.

2. Другою видоутворюючою ознакою ріелторського договору є те, що ріелтор виступає виключно від імені і за рахунок клієнта. Правовий режим нерухомого майна і правила його цивільно-правового обороту позбавляють ріелтора права самостійно вчиняти правочини з нерухомим майном від імені клієнта. Правова природа дій ріелтора, що складають предмет ріелторського договору, полягає у зближенні сторін майбутнього правочину щодо нерухомого майна.

3. Характерною особливістю ріелторської послуги, яка виділяє її серед інших посередницьких послуг, є те, що вона є сукупністю дій фактичного (організаційного) характеру.

1. Луць В.В. Особливості розвитку договірною права у сучасних умовах [Електронний ресурс] / В. В. Луць // Вісник університету внутрішніх справ. - 1999. - Вип. 6. - С. 145-147. - Режим доступу:http://nbuv.gov.ua/UJRN/VKhnivs_1999_6_41
2. Гордон М.В. Система договорів в советском гражданском праве // Ученые записки Харьковского юридического института, Вып. 5. - X., 1954. - С. 84-88.
3. Вопросы кодификации советского законодательства [Текст] : сб. ст. / Свердл. юрид. ин-т им А.Я. Вышинского. - Свердловск : [б. и.], 1957. - 216 с.
4. Кодифікація приватного (цивільного) права України / А. С. Довгерт, О. А. Підпригора, Д. В. Боброва, С. П. Головатий, В. Я. Калакура, Н. С. Кузнецова, В. В. Луць, О. А. Пушкін, З. В. Ромовська; ред.: А. С. Довгерт. - К. : Укр. центр правн. студій, 2000. - 336 с.
5. Васильєва В. А. Проблеми цивільно-правового регулювання відносин з надання посередницьких послуг [Текст] : дис... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Васильєва Валентина Антонівна ; Прикарпатський національний ун-т ім. В.Стефаника. Юридичний ін-т. Кафедра цивільного права та процесу. - Івано-Франківськ, 2006. - 416 с.
6. Васильєва В. А. Цивільно-правове регулювання діяльності з надання посередницьких послуг [Текст] : [монографія] / В. А. Васильєва. — Івано-Франківськ : Прикарпатський національний університет ім. В. Стефаника, 2006. — 346 с.
7. Дрішлюк А.І. Агентський договір: цивільно-правовий аспект. Автореф....канд. юр.наук. – Одеса, 2003.– 18с.

Чмихов Ю.А. Місце ріелторського договору в системі цивільно-правових договорів

Стаття присвячена дослідженню місця договору про надання ріелторських послуг в системі цивільно-правових зобов'язань. Автором досліджено, що ознакою ріелторського договору є особлива сфера надання ріелторських послуг – ринок нерухомості. Крім того, в договорі про надання ріелторських послуг ріелтор виступає виключно від імені і за рахунок клієнта, оскільки правила обороту нерухомого майна не дозволяють йому самостійно вчиняти правочини з нерухомим майном від імені клієнта. Дії ріелтора, що складають предмет ріелторського договору, полягають у зближенні сторін майбутнього правочину щодо нерухомого майна. Ці дії носять виключно фактичний характер. Автор дійшов висновку про те, що послуги посередника, які надаються на ринку нерухомості, є посередницьким за своєю природою. Однак аналіз вказаних особливостей дозволив автору дійти висновку про необхідність виділення ріелторських послуг серед послуг посередницького виду в окремий підвид.

Ключові слова: посередницькі послуги, ріелторські послуги, ринок нерухомості, правочин щодо нерухомого майна, ріелтор, фактичні дії.

Чмыхов Ю.А. Место риэлторского договора в системе гражданско-правовых договоров

Статья посвящена исследованию места договора о предоставлении риэлторских услуг в системе гражданско-правовых обязательств. Автором исследовано, что признаками риэлторского договора является особая сфера предоставления риэлторских услуг - рынок недвижимости. Кроме того, в договоре о предоставлении риэлторских услуг риэлтор выступает исключительно от имени и за счет клиента, поскольку правила оборота недвижимого имущества не позволяют ему самостоятельно совершать сделки с недвижимым имуществом от имени клиента. Действия риэлтора, составляющие предмет риэлторского договора, заключаются в сближении сторон будущей сделки в отношении недвижимого имущества. Эти действия носят исключительно фактический характер. Автор пришел к выводу, что услуги посредника, предоставляемых на рынке недвижимости, являются посредническими по своей природе. Однако анализ указанных особенностей позволил автору сделать вывод о необходимости выделения риэлторских услуг среди услуг посреднического вида в отдельный подвид.

Ключевые слова: посреднические услуги, риэлторские услуги, рынок недвижимости, сделка по недвижимости, риэлтор, фактические действия.

Chmykhov Y.A. The place of real estate contract in the civil law contracts

The article investigates the place of the contract for real estate services in the system of civil obligations. The author researched that the signs of realtor contract is a special area of real estate services - the real estate market. In addition, in the agreement on providing real estate services real estate agent acts solely on behalf and for the account of the client, as real estate sales regulations do not allow him to independently perform transactions with the real estate on behalf of the client. Realtor actions, as the subject of the contract, lies in the convergence of parties of the future transaction of immovable property. These actions are purely factual in nature. However, analysis of these features allowed the author to conclude on the need of allotment of the real estate services as Intermediary form of a separate subspecies.

Keywords: intermediary services, real estate services, real estate, transaction on real estate, realtor, the actual action.

ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ, КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОЇ ТА КРИМІНОЛОГІЧНОЇ (ПРОФІЛАКТИЧНОЇ) ПОЛІТИКИ

Бондаренко В.Я.

ПРО СУБ'ЄКТ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНИЙ СТАТТЕЮ 359 КК УКРАЇНИ

Постановка проблеми. Суб'єкт злочину є одним із тих небагатьох елементів складу злочину зміст якого розкривається безпосередньо у КК України. Як відомо, згідно положень ст. 18 КК суб'єктом злочину є фізична, осудна особа, яка вчинила злочин у віці, з якого відповідно до цього Кодексу може наставати кримінальна відповідальність. З огляду на це може скластися, нажаль хибне, враження, що як теоретичних так і практичних проблем щодо змісту цього поняття немає.

Однак, як видається, кожна з ознак суб'єкта злочину тим чи іншим чином проблемна, а отже потребує ґрунтовних наукових досліджень.

Однією з таких проблем, яка суперечить одній з ознак суб'єкта злочину є можливість застосування заходів кримінально-правового впливу щодо юридичних осіб, у тому числі й за вчинення злочину, передбаченого ст. 359 КК України. З цього приводу слід зазначити наступне: по-перше, усталеною є позиція доктрини кримінального права щодо визнання лише фізичної особи суб'єктом злочину; по-друге, теоретики в царині кримінального права можливість застосування положень КК до юридичних осіб відкидають, спираючись на абстрактність юридичної особи, на невідповідність такої відповідальності принципам кримінального права, на достатність, у випадках вчинення протиправних дій цими суб'єктами, заходів інших галузей права тощо; по-третє, розвиток науки кримінального права останніх років, євроінтеграційний напрямок розвитку нашої держави, зумовлює потребу у перегляді окремих положень, в тому числі й можливості засто-

сування заходів кримінально-правового впливу до юридичних осіб; по-четверте, внесені у 2014 році зміни до КК України щодо заходів кримінально-правового впливу щодо юридичних осіб з однієї сторони певним чином сприяли імплементації вимог ЄС в українське законодавство, з іншої викликали значну кількість як теоретичних так і практичних проблем; по-п'яте, не зважаючи на в цілому позитивні зміни положень кримінального законодавства в частині застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб, окремі положення розділу XIV-1 КК України залишаються досить дискусійними і, відповідно, потребують нагального вирішення.

Стан дослідження. Дослідженню суб'єкта складу злочину, передбаченого ст. 359 КК України присвятили свої праці: П.С. Берзін, В.О. Гацелюк, Б.Є. Драп'ятій, О.О. Дудоров, М.І. Мельник, Письменський, М.І. Хавронюк та ін. Однак, як свідчить правозастосовна практика, проблеми щодо визначення ознак суб'єкта складу злочину залишаються актуальними дотепер.

Особливої уваги при цьому набула проблема кримінальної відповідальності юридичних осіб стала предметом досліджень, багатьох науковців, варто наголосити, що всі вони стосуються саме кримінальної відповідальності юридичних осіб, однак не заходів кримінально-правового характеру.

Дослідженню ж заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб у науковій літературі приділено, нажаль, недостатньо уваги. Лише в окремих публікаціях розглянуто проблеми зумовлені доповненням КК розділом XIV-1 [11, С.96-100; 9, С.182-192; 10, С.253-263].

Метою цієї статті є аналіз окремих проблемних аспектів субєкта складу незаконного придбання, збуту або використання спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації за КК України та визначення можливих шляхів їх вирішення.

Виклад основних положень. Однією з найпоширеніших ознак суб'єкта складу злочину є ознака фізичної особи, проте все частіше у науці кримінального права зустрічаються положення що вказують на необхідність вархуванні і іншої позиції.

Очевидно, що у межах цього дослідження вирішити проблеми щодо запровадження заходів кримінально-правового харак-

теру щодо юридичних осіб не вдається. Відповідно, доречним видається не скільки визначити доцільність чи недоцільність запровадження можливості застосування заходів кримінально-правового впливу щодо юридичних осіб, скільки можливість застосування цих заходів у випадку вчинення суспільно небезпечного діяння, передбаченого ст. 359 КК України.

Враховуючи положення ст. 96-3 КК України така можливість однозначно виключається, оскільки у цій статті зазначається вичерпний перелік суспільно небезпечних діянь за вчинення яких юридична особа підлягатиме заходам кримінально-правового характеру. Однак, така позиція законодавця видається дискусійною щонайменш з таких причин: по-перше, у згаданій статті підставою застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб є вчинення її уповноваженою особою від імені та в інтересах юридичної особи будь-якого із злочинів, передбачених відповідними статтями Особливої частини КК, або ж незабезпечення виконання покладених на її уповноважену особу законом або установчими документами юридичної особи обов'язків щодо вжиття заходів із запобігання корупцією. Тобто, в цілому для застосування цих заходів необхідно вчинення уповноваженою особою від імені та в інтересах юридичної особи конкретного злочину; по-друге, враховуючи зазначене вище не зрозуміло чим законодавець керувався визначаючи перелік злочинів за які юридична особа повинна підлягати заходам кримінально-правового характеру; по-третє, враховуючи зміст та специфіку діяльності окремих юридичних осіб видається можливим застосування таких заходів й за умови вчинення уповноваженою особою від імені та в інтересах юридичної особи інших злочинів, в тому числі й злочину, передбаченого ст. 359 КК України. Так, до прикладу, якщо журналіст певного телеканалу в інтересах останнього збирає ексклюзивний матеріал із застосуванням СТЗНОІ, то відповідно й юридична особа повинна підлягати заходам кримінально-правового характеру.

З огляду на зазначене вважаємо за можливе застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб у випадку вчинення уповноваженими особами від імені та в інтер-

есах юридичної особи суспільно-небезпечного діяння із прихованим застосуванням технічних засобів отримання інформації.

Згаданими вище обставинами проблеми визначення поняття та ознак суб'єкта злочину не вичерпуються. Як зазначають з цього приводу П.С. Берзін та В.О. Гацелюк, з огляду на сучасний стан української кримінально-правової науки основні проблеми, які стосуються суб'єкта злочину, можна звести до такого: можливість чи неможливість визнання суб'єктом злочину юридичних осіб, а також доцільність визнавати суб'єктом злочину фізичну особу в разі, коли такий злочин вчиняється від імені юридичної особи, на підставі спеціального розпорядження колегіального органу такої юридичної особи тощо; можливість зміни (у бік зниження чи, навпаки, підвищення) віку, з якого настає кримінальна відповідальність; зміна змісту осудності та неосудності особи залежно від вікових, професійних чинників; подальша конкретизація на законодавчому рівні поняття обмеженої осудності особи; визнання спеціальним суб'єктом злочину окремих категорій осіб та ін [2, С.145].

Наступною ознакою, яку законодавець виділяє для визначення суб'єкта злочину є осудність, тобто здатність особи на момент вчинення злочину усвідомлювати свої дії (бездіяльність) і керувати ними. Як відомо чинний КК з цього приводу виділяє три поняття: осудність, обмежену осудність та неосудність. Остання, у свою чергу, є антиподом поняття осудність і визначає випадки за яких особа під час вчинення суспільно небезпечного діяння не могла усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними внаслідок хронічного психічного захворювання, тимчасового розладу психічної діяльності, недоумства або іншого хворобливого стану психіки. І, відповідно, обмежена осудність, яка характеризується здатністю особи на момент вчинення злочину не повною мірою усвідомлювати свої дії (бездіяльність) та (або) керувати ними через наявний у неї психічний розлад.

Поняття осудності, як фактично і будь-яке кримінально-правове поняття, не позбавлене окремих недоліків, зокрема у частині визначення його критеріїв.

Відповідно у межах цього дослідження для визначення того, чи є особа, яка вчинила діяння, передбачене ст. 359 КК України

суб'єктом злочину необхідно з'ясувати чи усвідомлювала вона на момент вчинення злочину свої дії (бездіяльність) і чи могла ними керувати.

І, останньою обов'язковою ознакою суб'єкта злочину є вік. Це поняття не знайшло свого відображення безпосередньо у КК, що й не дивно, оскільки навряд його можна віднести до кримінально-правових понять. Однак, з'ясування його змісту має значення як для теорії так і для практики.

Слід наголосити на тому, що поняття «вік особи, яка вчинила злочин» має значення фактично у частині досягнення особою на момент вчинення суспільно небезпечного діяння визначеного кримінальним законом мінімально-допустимого віку, який законодавцем у ст. 22 та в окремих нормах Особливої частини КК України диференційований.

Досліджуючи вікову ознаку суб'єкта злочину, до прикладу, В.К. Грищук зазначає наступне: 1) за загальним правилом, кримінальній відповідальності підлягають особи, яким до вчинення злочину виповнилося 16 років (ч. 1 ст. 22 КК України); 2) в ряді випадків, за вчинення злочинів, вичерпний перелік яких визначений в ч. 2 ст. 22 КК України, кримінальній відповідальності підлягають особи, яким до вчинення злочину виповнилося 14 років; 3) суб'єктами ряду складів злочинів фактично можуть бути особи, яким до вчинення злочину виповнилося 18 років (наприклад, як правило, злочини проти встановленого порядку несення військової служби, злочини у сфері службової діяльності) або 25 років (наприклад, ст. 375 КК України); 4) чинний КК України не обмежує кримінальну відповідальність особи, яка вчинила злочин, досягненням нею якогось максимального віку; 5) особа вважається такою, що досягла відповідного віку не в день її народження, а після 24 години дня її народження, тобто фактично з початку наступної доби, що розпочинається за днем її народження; 6) вік особи визначається на підставі її документів. Якщо таких документів немає і неможливо їх одержати, то для встановлення віку підозрюваного або обвинуваченого обов'язково призначається експертиза. В такому випадку днем народження особи вважається останній день встановленого експертизою року народження,

тобто 31 грудня. Коли експертиза встановить мінімальний і максимальний вік особи, то слід виходити з її мінімального віку, визначеного експертизою [5, С.259].

Вік, як видається, категорія, яка визначена в кримінальному законодавстві належним чином, однак певна дискусія у цьому аспекті виникає з приводу обґрунтованості визначення мінімального віку кримінальної відповідальності.

В Україні, як відзначалось, загальний вік кримінальної відповідальності – 16, а в окремих випадках (ч. 2 ст. 22) – 14 років. Зазначимо, що диференціація законодавцем віку кримінальної відповідальності видається не зовсім зрозумілою. Якщо вважати, що визначення віку кримінальної відповідальності законодавець пов'язує із здатністю особою, яка досягнула певного віку усвідомлювати свої дії (бездіяльність), то не зрозуміло тоді чому при вчиненні одного суспільно небезпечного діяння особа у 14-річну віці усвідомлює вчинене, а при вчиненні іншого ні.

В науковій літературі з цього приводу зазначається, що при визначенні законодавцем мінімального віку кримінальної відповідальності враховуються такі критерії, як ступінь фізичного і психічного розвитку, соціально-психологічні особливості (інтелектуальні, вольові, емоційні) людини, рівень її соціалізації як особи, що визначають здатність даного суб'єкта під час вчинення діяння усвідомлювати його фактичний характер і суспільну небезпечність, а також кримінологічні показники (поширеність діянь даного виду серед осіб певного віку, їх тяжкість тощо), принципи кримінальної політики (доцільність установа кримінально-правової заборони) [1; 7, С.41].

З огляду на це зазначимо, що зниження мінімального віку кримінальної відповідальності в будь-якому випадку потребує глибинних досліджень у сфері психології, педагогіки тощо, які б дали змогу науково обґрунтувати здатність особи з досягненням певного віку усвідомлювати вчинене.

Як видається, не виключений варіант взагалі відмовитись від такої ознаки суб'єкта злочину як вік і розширити поняття осудності. Тобто, у випадку якщо особа у зв'язку з малолітством на момент вчинення злочину не усвідомлює характеру своїх дій вона

визнаватиметься неосудною та відповідно не підлягатиме кримінальній відповідальності, а за наявності підстав до неї застосовуватимуться примусові заходи виховного характеру.

Звісно, що така позиція потребує глибокого осмислення та теоретичного опрацювання, однак як гіпотеза має право на існування.

Як відомо у КК вирізняються два види суб'єкта злочину – загальний та спеціальний, останній у свою чергу характеризується усіма тими ж ознаками, що й загальний та ще однією або кількома додатковими. У ч. 2 ст. 18 КК України особливість спеціального суб'єкта злочину розкривається за допомогою вказівки на те, що така особа вчинила злочин, суб'єктом якого може бути лише певна особа.

Щодо визначення виду суб'єкта у ст. 359 КК України зазначимо наступне. Дискусії серед науковців з цього приводу немає. Усі без виключення науковці підтримують позицію, що суб'єкт цього злочину загальний – фізична осудна особа, яка досягла 16 років [8, С.1030; 6, С.356].

Однак, окремі науковці наголошують, що у разі вчинення цього злочину службовою особою, дії винного слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами ст. 359 та ст. 364 (365) КК України [6, С.354].

Як видається, не у будь-якому випадку у разі вчинення злочину, передбаченого ст. 358 службовою особою дії необхідно кваліфікувати за сукупністю з ст. 364 КК. За сукупністю цих статей слід кваліфікувати діяння у випадку, якщо службова особа здійснює незаконне поведіння з СТЗНОІ використовуючи при цьому надану їй владу чи службове становище всупереч інтересам служби з метою одержання будь-якої неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи та за умови спричинення істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб. Відповідно незаконне придбання, збут та використання СТЗНОІ повинно бути пов'язано з службовою діяльністю таких осіб (наприклад, збуває

ті СТЗНОІ, які знаходяться на балансі певного правоохоронного органу).

Таку ж позицію займає судова практика. З проаналізованих вироків лише у двох суб'єктом злочину, передбаченого ст. 359 КК виступала службова особа, однак й у них факт вчинення цього діяння службовою особою не був врахований, оскільки не пов'язаний безпосередньо з службовою діяльністю підсудних.

Так, згідно вироку Вінницького районного суду Вінницької області від 5 листопада 2012 року ОСОБА_2, працюючи відповідно до наказу начальника УМВС України у Вінницькій області № 68 дск о/с від 04.09.2010 року на посаді старшого оперуповноваженого в ОВС УОТЗ УМВС України у Вінницькій області, умисно з корисливих мотивів, попередньо незаконно придбавши у невстановленому досудовим слідством місці, час та спосіб наручний годинник із вбудованою мініатюрною відеокамерою та диктофоном, який відноситься до спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації, 03.03.2011 року о 18.50 год. в м. Вінниці на трамвайній зупинці «Електромережа» незаконно збув співробітнику УСБУ у Вінницькій області із зміненими анкетними даними ОСОБА_3 вказаний наручний годинник із вбудованою мініатюрною відеокамерою та диктофоном, який відповідно висновку експерта від 27.10.2011 року № 405/3 відноситься до спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації, виготовлений промисловим (заводським) способом та знаходиться в робочому стані, за що одержав від ОСОБА_3 грошові кошти в сумі 186 грн. [3].

Відповідно до зазначеного суд визнав особу винною у вчиненні злочинів, передбачених ч. 1 ст. 359 та ч. 1 ст. 190 КК України.

Така ж ситуація прослідковується й у другому вирокі. Так, згідно вироку Шевченківського районного суду м. Києва від 8 серпня 2013 року ОСОБА_2, яка відповідно до наказу Шевченківського РУ ГУ МВС України в м. Києві № 192 о/с від 28.09.2009 р., призначена помічником оперативного чергового з оброблення інформації на ЕОМ чергової частини 03.07.2012 р., у м. Києві, біля Шевченківського РУ ГУ МВС України в м. Києві, що розташоване за адресою: м. Київ, вул. Герцена, 9, приблизно о 14 год.

00 хв. здійснив збут спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації, а саме діловий щоденник із вбудованим GSM-мікрофоном, «покупцям», особам, які відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» брали участь у проведенні оперативно-розшукового заходу – «оперативна закупівля» та виступали під вигаданими прізвиськами ОСОБА_4 та ОСОБА_5, за грошову винагороду у сумі 200 доларів США. Згідно вироку суду особа визнана винною лише у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 359 КК України [4].

Висновок. Отже, згідно положень чинної ст. 359 суб'єктом цього злочину є фізична осудна особа, якій на момент вчинення злочину виповнилось 16 років. Однак, з урахуванням підтриманої нами у інших публікаціях позиції щодо доцільності виключення цієї статті з КК, вбачається, що при застосуванні СТЗНОІ визначення суб'єкта залежатиме від того, на які саме суспільні відносини в даному конкретному випадку посягає винна особа, тобто який конкретно злочин вона вчиняє. З огляду на визначений нами перелік суспільно небезпечних діянь, які можуть вчинятись із застосуванням СТЗНОІ у злочинах передбачених ст.ст. 159, 163, 176, 177, 182, 231, 232-1, 361, 361-2, ч. 2 ст. 362, 376-1 КК України – суб'єкт загальний, а у злочинах передбачених ст.ст. 111, 114, 330 – спеціальний. Відповідальність у всіх перерахованих статтях наступатиме з 16 років.

1. Анашкин Г.З. Уголовный закон. Опыт теоретического моделирования / Г.З. Анашкин, С.В. Бородин, И.М. Гальперин, Н.И. Загородников, и др.; Отв. ред.: С.Г. Келина, В.Н. Кудрявцев. – М.: Наука, 1987. – 276 с. (с. 68);
2. Берзін П.С. Суб'єкт злочину / П.С. Берзін, В.О. Гацелюк // Вісник асоціації кримінального права України, 2013. – № 1. – с. 144-159 (с. 145)
3. Вирок Вінницького районного суду Вінницької області від 5 листопада 2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/27276926>
4. Вирок Шевченківського районного суду м. Києва від 8 серпня 2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32880597>
5. Гришук В.К. Кримінальне право України. Загальна частина: Навч. посіб. Для студентів юрид. фак. вищ. навч. закл. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2006. – 568 с. (с. 259)

6. *Кримінальне право (Особлива частина): підручник / за ред. О.О. Дудорова, С.О. Письменського. – Т. 2. – Луганськ: вид-во «Елтон-2», 2012. – 780 с. (с. 356);*
7. *Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: За станом законодавства і постанов Пленуму Верховного Суду України на 1 грудня 2001 р. / За ред. С.С. Яценка. – К.: А.С.К., 2002. – 936 с. (с. 41)*
8. *Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид., перероб. та допов. – К.: Юридична думка, 2012. – 1316 с. (с. 1030);*
9. *Нерсисян А. С. Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичної особи: аналіз нового законопроекту / А. С. Нерсисян // Вісник Вищої ради юстиції. – № 2 (14), 2013. – С. 181-192;*
10. *Пасека О.Ф. Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб: окремі проблемні питання / О.Ф. Пасека // Науковий вісник Львівського державного ун-ту внутрішніх справ. –Юридична серія. – Вип. 4, 2014. – с. 253-263*
11. *Шинкар'юв Ю. В. Правовий аналіз окремих новел законодавства про кримінальну відповідальність / Ю. В. Шинкар'юв // Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного ун-ту імені Г. С. Сковороди. – Серія «Право». – Вип. 21, 2014. – С. 96-100*

Бондаренко В.Я. Про суб'єкт складу злочину, передбачений статтею 359 КК України

У статті досліджено поняття суб'єкта складу злочину, передбаченого ст. 359 КК України, що дало змогу виявити окремі проблемні аспекти цього поняття, зокрема, це стосується віку особи, осудності, та запропонувати можливі шляхи їх вирішення. Піднято питання про застосування заходів кримінально-правового впливу щодо юридичних осіб у випадку вчинення незаконного придбання, збуту або використання спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації.

Пропонується перелік складів злочину, де вчинення незаконного придбання, збуту або використання спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації, як кваліфікований вид іншого складу злочину, може вчинитись загальним суб'єктом злочину, та складів злочинів, де можливий спеціальний суб'єкт складу злочину.

Ключові слова: кримінальна відповідальність, заходи кримінально-правового впливу щодо юридичних осіб, суб'єкт складу злочину, спеціальні технічні засоби негласного отримання інформації

Бондаренко В.Я. Субъект состава преступления предусмотренный статьей 359 УК Украины

В статье исследованы понятия субъекта состава преступления, предусмотренного ст. 359 УК Украины, что дало возможность выявить отдельные

проблемные аспекты этого понятия, в частности, это касается возраста лица, вменяемости, и предложить возможные пути их решения. Поднят вопрос о применении мер уголовно-правового воздействия в отношении юридических лиц в случае совершения незаконного приобретения, сбыта или использования специальных технических средств негласного получения информации.

Предлагается перечень составов преступления, где совершение незаконно приобретения, сбыта или использования специальных технических средств негласного получения информации, как квалифицированный вид иного состава преступления, может совершаться общим субъектом преступления, и составов преступлений, где возможен специальный субъект состава преступления.

Ключевые слова: уголовная ответственность, меры уголовно-правового воздействия в отношении юридических лиц, субъект состава преступления, специальные технические средства негласного получения информации.

Bondarenko V.Y. The subject of corpus delicti has been examined under the Article 359 of the Criminal Code of Ukraine

The article deals with the analyses of the problems of defining the subject of a body of a crime (corpus delicti), of illegal purchase, sale or use of special technical means of secret getting of information under the criminal law of Ukraine. The concept of the subject of corpus delicti has been examined under the Article 359 of the Criminal Code of Ukraine, that helped to identify some problematic aspects of this concept, in particular, it concerns the age of the person, sanity, and offer possible ways of their solutions. The issue of criminal legal sanctions application to legal persons in case of illegal buying, sale, or use of special technical means of secret getting of information is raised. It is grounded that in case of illegal buying, sale, or use of special technical means of secret getting of information by special category of persons, the measures of criminal and legal influence can be applied to a legal person (entity).

An additional argument in favor to give up independent body of a crime (corpus delicti) under the Article 359 of the Criminal Code of Ukraine is suggested. Instead, the list of bodies of a crime is suggested, where the crime of illegal purchase, sale or use of special technical means of secret getting of information as other qualified type of a crime can be held by a general subject of crime, and bodies of crimes where a special subject of a body of a crime is possible.

Key words: criminal liability, measures of criminal and legal impact on entities, subject of a body of a crime, special technical means of secret getting of information.

Братівник О.П.

КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПЕРЕШКОДЖАННЯ ГРОМАДЯНАМ ЗДІЙСНЕННЮ ВИБОРЧОГО ТА РЕФЕРЕНДНОГО ПРАВА ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ ОКРЕМИХ ДЕРЖАВ ЄВРОПИ ТА СНД

УДК 342.8:343.415

Постановка проблеми. Розбудова правової та демократичної держави є найважливішим напрямком розвитку українського суспільства, у процесі якого спостерігаємо чимало позитивних зрушень - створені умови для розвитку економіки на ринкових засадах господарювання, запроваджені демократичні процедури функціонування владних структур, прийнято чимало законодавчих актів у відповідності до міжнародних стандартів. При цьому подальший економічний та соціальний розвиток уявляється вельми складним явищем без фундаменту політичної стабільності у вигляді легітимних демократичних виборів та референдуму [1, с. 257].

Однак сучасна кримінальна ситуація в країні наочно засвідчує той факт, що протидія уповноваженими державою суб'єктами злочинним посяганням на виборчі та референдні права громадян вимагає бути більш ефективною. Статистичні дані Генеральної прокуратури засвідчують наступну динаміку злочинності, пов'язаної з порушенням виборчих прав: у 2012 та 2014 рр. кількість виборчих деліктів зменшилась до 8 і 22 випадків, причому злочини, передбачені ст. 158-160 КК України, не були зареєстровані взагалі. У 2015 році обліковано 184 кримінальних правопорушення, з них 36- по яких провадження направлені до суду із обвинувальним актом. Враховуючи високу латентність «виборчої» злочинності, проблеми кваліфікації та розслідування виборчих злочинів органами кримінальної юстиції, проходимо до висновку,

що реальна їх кількість є набагато вищою, ніж офіційно визначена [2].

Конституція України гарантує громадянам право брати участь у всеукраїнському та місцевих референдумах, вільно обирати і бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування. При цьому державою забезпечується проведення цих процесів за допомогою необхідних засобів, у тому числі й кримінально-правових – у статтях 157–160 КК України передбачено відповідальність за виборчі злочини [3, с. 95]. Подальше удосконалення норм кримінального законодавства у частині відповідальності за виборчі делікти безумовно актуалізує питання вивчення аналогічного зарубіжного досвіду, на предмет його подальшого запозичення чи відмови, після критичного аналізу і переосмислення.

Аналіз останніх праць. Загальні моменти кримінальної відповідальності за виборчі / референдні злочини розкриті у роботах таких науковців, як: І. О. Зінченко, С. Я. Лихова, М. І. Мельник, В. О. Навроцький, В. П. Тихий, М. І. Хавронюк та ін. Більш предметно підійшли до означеної проблематики у своїх працях Л.П. Медіна (зокрема, здійснено порівняльне дослідження виборчого законодавства Швеції, Швейцарії, Греції, РФ, Білорусь та інших країн); С.В. Красноголовець (проведений порівняльно-правовий аналіз інституту кримінальної відповідальності за порушення виборчих та референдних прав громадян за законодавством окремих держав Центральної Європи). При цьому ще чимало як теоретичних, так і практичних моментів й надалі продовжують залишатися розкритими недостатньо, що і зумовило необхідність здійснення даного дослідження.

Метою статті виступає аналіз досвіду кримінально-правової охорони виборчих та референдних прав окремих держав Європи та СНД, а також здійснення науково-практичного аналізу поняття охорони й захисту виборчих прав громадян та з'ясування сенсу застосування цих термінів у публічному законодавстві.

Зарубіжний досвід правового регулювання кримінальної відповідальності за перешкоджання громадянам приймати участь у таких формах безпосередньої демократії, як вибори та референ-

дум, посприяє кращому розумінню сутності та змісту положень КК України, у яких втілена кримінально правова охорона виборчих та референдних прав громадян, дасть можливість проаналізувати їх на предмет недосконалості та запропонувати шляхи їх усунення.

Виклад основного матеріалу дослідження. Правова система будь-якої демократичної країни передбачає як інститут виборчих прав громадян, так і можливість його кримінально-правового захисту оскільки практично на кожній стадії виборчого процесу існує можливість конфліктів між його учасниками, що обумовлені як зіткненням їх інтересів, так і допущенням суттєвих помилок і зловживань. У КК багатьох зарубіжних держав (хоча і не в усіх) містяться норми, що передбачають кримінальну відповідальність за порушення виборчого та референтного права громадян.

КК Російської Федерації містить у своєму складі ст. 141, «Перешкоджання здійсненню виборчих прав або права роботі виборчої комісії». Відповідно до її конструкції, кримінальна відповідальність наступає за перешкоджання вільному здійсненню громадянином своїх виборчих прав або права на участь у референдумі, порушення таємниці голосування, а також перешкоджання роботі виборчої комісії, комісії референдуму або діяльності члена виборчої комісії, комісії референдуму, пов'язаної із виконання ними своїх обов'язків.

Санкція в ст. 141 КК РФ передбачена у вигляді штрафу до сорока тисяч рублів чи у розмірі заробітної плати або іншого доходу засудженого за період до трьох місяців, або у вигляді обов'язкових робіт на строк від ста двадцяти до ста восьмидесяти годин або виправних робіт на строк до одного року. В ч. 2 ст. 141 КК РФ передбачені в якості кваліфікуючих обставин: а) підкуп, обман, примус, застосування насильства або погроза його застосування; б) спеціальний суб'єкт – особа, яка використовує своє службове положення; в) група осіб за попереднім зговором або організована група осіб. Покарання за кваліфіковані види злочинів теж змінилося: штраф у розмірі до двохсот тисяч рублів або в розмірі заробітної плати чи іншого доходу засудженого за період до вісімнадцяти місяців, або виправні роботи на строк від одного року до

двох років, або арешт на строк до шести місяців, або позбавлення волі на строк до п'яти років [4].

Норми Кримінального закону Латвії про злочини проти виборчих прав та права брати участь у народному голосуванні розміщені у IX главі «Злочини проти людства, миру, військові злочини, геноцид». Злочини аналізованої групи містяться серед таких деліктів, як тероризм, геноцид, що свідчить про надзвичайно велике значення захисту державою політичних прав своїх громадян. Всього у Кримінальному законі Латвійської Республіки передбачено три склади злочинів проти виборчих та референдних прав. Як і в Україні, перелік способів вчинення перешкоджання здійсненню виборчого права та права брати участь у референдумі є відкритим. Особливістю Кримінального закону Латвійської Республіки є те, що злочинні діяння поділяються на проступки та злочини. Злочинні діяння проти виборчих прав та референдних прав відносяться до менш тяжких злочинів, оскільки позбавлення волі за них передбачене на строк не більше п'яти років.

До злочинів проти виборчих та референдних прав громадян Литовської Республіки КК відносить «Перешкоджання здійсненню виборчих прав або права брати участь у референдумі» (ст. 172 КК Литовської Республіки). Кримінальній відповідальності за цією статтею підлягає особа, яка, шляхом застосування психічного насильства, підкупу, обману, перешкоджає громадянину Литовської Республіки реалізувати право на вибори, бути обраному або прийняти участь у референдумі [5].

КК Республіки Болгарія, у Главі III «Злочини проти політичних прав громадян», містить шість статей, у яких передбачено відповідальність за злочини проти виборчих та референдних прав громадян Республіки Болгарія. У ст.168б окремо не вказано про захист права на участь у референдумі, але ця норма містить більш широкий за змістом термінологічний зворот «конституційні політичні права», ст.169в містить у диспозиції тільки кваліфікований різновид злочинів, основні склади яких передбачені у диспозиціях ст. 169а та 169б. Взагалі КК Республіки Болгарія має суттєві відмінності в побудові кримінально – правових приписів, що, пояснюється традиціями правової системи цієї країни [6].

Ст. 8 КК Швеції містить два склади злочинів, один з яких стоується незаконної діяльності під час проведення виборів. Під нею законодавець розуміє діяльність особи, яка під час виборів на публічну посаду або у зв'язку із іншою реалізацією виборчого права з публічних питань намагається перешкодити голосуванню або втрутитися в його результати, або іншим чином незаконно вплинути на голосування. Цей злочин є тяжким, якщо він вчинений із застосуванням насильства або пов'язаний із зловживанням посадовим становищем. У ч. III ст. 8 КК Швеції передбачена кримінальна відповідальність за інший склад злочину – отримання незаконної винагороди за голосування. Під такими діями законодавець розуміє поведінку особи, яка отримує, приймає обіцяне або вимагає отримання неправомірної винагороди за голосування певним чином або за утримання від голосування, при умові, що цей злочин не є отриманням хабара (у тексті ст. 8 КК Швеції вжито узагальнюючий термін – хабарництво). Хоча у тексті самого КК не міститься окреме роз'яснення, очевидно, що йде мова про суб'єкта даного злочину, який не є посадовою особою. Такий висновок можна зробити, виходячи із системного тлумачення статті 7 цієї ж глави, що передбачає кримінальну відповідальність за хабарництво (дослівно – “особа, яка дає, обіцяє або пропонує хабар чи іншу незаконну винагороду службовцю або іншій особі, вказаній статті 2 Глави 20 за здійснення офіційних обов'язків, повинна бути притягнена до відповідальності за хабарництво”), а у статті 9 цієї ж глави передбачається кримінальна відповідальність особи, яка без належного дозволу намагається отримати інформацію, що, у зв'язку із здійсненням виборчого права, повинна утримуватися таємно. Ці діяння законодавець називає “порушенням таємниці голосування” (однією із особливостей КК Швеції є те, що статті назви не мають, назва складу злочину міститься після описання його ознак і перед санкцією, виділена іншим шрифтом). Цими трьома складами вичерпується перелік злочинів проти виборчих прав громадян Швеції [7, с. 39-41].

КК Швейцарії є надзвичайно цікавим нормативним актом, з огляду на об'єднання у одному кодексі норм кримінального, виконавчого права і кримінального процесу та історію його при-

йняття. З моменту його прийняття у 1937 році до тексту Загальної частини вносилися лише незначні зміни. Це свідчить про те, що проект швейцарського КК, розроблений професором Карлом Штольцем ще у 1893 році, був надзвичайно досконалим і значно випереджав розвиток кримінально-правової думки того часу. По-третє, в силу історичного розвитку представницької демократії, ця країна є найбільш “спокійною” із всіх країн Європи. Будучи протягом довгого часу нейтральною країною, вона уникла революційних потрясінь, які не обійшли жодну країну Європи, і це дозволило розвинутися особливій повазі до ідей прав людини та їх захисту, зокрема у кримінальному законодавстві. Всі протиправні діяння за КК Швейцарії поділяються на злочини і проступки. Злочинами є злочинні діяння, які караються каторжною тюрмою. Проступками є злочинні діяння, найтяжчим покаранням за які визначене тюремне ув’язнення.

Не ставлячи своїм завданням аналіз Загальної частини КК Швейцарії та її основних інститутів, зауважимо, що злочинні діяння проти волі народу (розділ чотирнадцятий другої книги) мають характер проступків. Цей розділ складається з 6 глав, у яких передбачені склади проступків проти виборчих прав громадян. Відповідно до ст. 279 КК Швейцарії “Порушення і перешкоджання виборам і голосуванню”, кримінальній відповідальності підлягає особа, яка перешкоджає діяльності або порушує роботу зборів, виборів або голосування, встановлених Конституцією або законодавством, застосовуючи при цьому насильство чи погрожуючи його застосуванням. Відповідно до цієї статті, кримінальна відповідальність передбачена за перешкоджання діяльності або порушення роботи по збору або передачі підписів для референдуму або іншої ініціативи. Спосіб вчинення також насильницький.

Ст. 281 КК Швейцарії передбачає кримінальну відповідальність за підкуп на виборах, під яким законодавець розуміє пропонування подарунка або іншої матеріальної вигоди особі з метою примусити її або не брати участі у виборах та референдумі, або голосувати певним чином.

Особливий інтерес представляє собою склад проступку “підкуп на виборах”, передбачений цією ж статтею, він сформульова-

ний таким чином, що суб'єктом даного злочину є особа, яка має право голосу і допускає, що йому обіцяють або надають подібну вигоду. На нашу думку, дане діяння дещо нагадує провокацію хабара. У ст. 282 КК Швейцарії передбачено склад злочину “Фальсифікація результатів виборів”, під якою законодавець розуміє підробку, внесення змін чи знищення записів у реєстрі для голосування; незаконну участь у виборах або голосуванні, або іншій ініціативі, а також внесення додатків, змін, викреслювання у бюлетенях для голосування або у підписах у цих бюлетенях, а також неправильний підрахунок голосів або неправдиве засвідчення результатів виборів. Ця стаття, на відміну від інших, містить дві частини. Частина друга передбачає кваліфікований склад цього злочину, в якості кваліфікуючої ознаки виступає спеціальний об'єкт – службова особа [8].

Висновки. Проаналізувавши кримінальне законодавство ряду зарубіжних країн, ми дійшли висновку, що у переважній їх більшості зарубіжних країн, законодавством здійснена кримінальна правова охорона виборчих та референдних прав громадян. Можна прослідити наступні спільні ознаки способів порушення виборчих та референдних прав:

А) застосування насильства або погрози застосування такого насильства (Литовська Республіка, Швеція, Болгарія);

Б) підкуп, обман, отримання незаконної винагороди (РФ, Швейцарія та Швеці);

В) порушення таємниці голосування (Литовська Республіка, Латвія, Швейцарія).

Кримінальне законодавство України, присвячене захисту виборчих та референдних прав громадян, у основних своїх елементах узгоджується з кримінальним законодавством зарубіжних країн, однак говорити про їх суспільну тотожність не має підстав, оскільки вони діють у різному політико-правовому середовищі, у їх основі склалися різні соціокультурні та правові традиції. Коло діянь, віднесених до кримінально караного правопорушення виборчих та референдних прав громадян у законодавстві зарубіжних країн, є доволі розгорнуте та численне. Багато в чому це пояснюється сферою кримінально-правового регулювання, яка

безпосереднім чином динамічно розвивається, пов'язана не тільки з існуючою у будь-якій державі системою кримінального, а й виборчого законодавства.

1. Мягков М.О. *Окремі питання кримінальної відповідальності за перешкодження здійсненню виборчого права* / М.О. Мягков. // *Університетські наукові записки № 3 (15)*. – 2005. – С. 257.
2. *Статистика Генеральної Прокуратури України [Електронний ресурс]* // *Генеральна прокуратура України*. – 2014. – Режим доступу до ресурсу: http://www.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?dir_id=104406&libid=100820.
3. Ясь А.О. *Кримінальна відповідальність за перешкодження громадянам здійсненню виборчого права або права брати участь у референдумі в Україні та окремих державах-учасниках співдружності незалежних держав : порівняльно-правовий аналіз на прикладі Російської Федерації* / А. О. Ясь. // *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. – 2013. – С. 95-110.
4. *Уголовный кодекс Российской Федерации [Електронний ресурс]*. – Режим доступу: https://www.consultant.ru/document/cons_doc_law_10699/.
5. *Уголовный кодекс Латвийской Республики [Електронний ресурс]*. – Режим доступу: <http://www.law.edu.ru/norm/norm.asp?normID=1243424>.
6. *Уголовный кодекс Республики Болгария [Електронний ресурс]*. – Режим доступу: <http://law.edu.ru/norm/norm.asp?normID=1245689&subID=100109090,100109257,100109267,100109819>.
7. Медіна Л. П. *Кримінально-правова характеристика злочинів проти виборчих прав громадян України (ст. ст. 157, 158, 159 кк України): дис. канд. юр. наук : 12.00.08* / Медіна Л. П. – *Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН У*, 2004. – 226 с.
8. *Швейцарский Уголовный Кодекс [Електронний ресурс]*. – 1937. – Режим доступу: <http://www.law.edu.ru/norm/norm.asp?normID=1241950>

Братівник О.П. Кримінальна відповідальність за перешкодження громадянам здійсненню виборчого та референдного права за законодавством окремих держав Європи та СНД

У статті охарактеризовано правове регулювання охорони й захисту виборчих та референдних прав громадян у зарубіжних країнах. Визначено найбільш спільні ознаки злочинів за порушення виборчих та референдних прав громадян.

Ключові слова: кримінальна відповідальність, перешкодження здійснення виборчих та референдних прав, підкуп, обман.

Бративник А.П. Уголовная ответственность за препятствование гражданам осуществлению избирательного и референдного права по законодательству отдельных государств Европы и СНГ

В статье охарактеризованы правовое регулирование охраны и защиты избирательных и референдных прав граждан в зарубежных странах. Определены наиболее общие признаки преступлений за нарушение избирательных и референдных прав граждан.

Ключевые слова: уголовная ответственность, препятствование осуществлению избирательных и референдных прав, подкуп, обман.

Brativnyk O.P. Criminal liability for obstructing citizens with voters and referendum rights under the laws of certain countries in Europe and CIS

The article described the legal regulation of protection and protection of election and referendum rights of citizens in foreign countries. The most common signs of crimes for violation of election rights of citizens and reference.

Criminal law of Ukraine dedicated to the protection of election and referendum rights of citizens, in its basic elements is consistent with the criminal law of foreign countries, but to talk about their social identity has no reason, because they operate in different political and legal environment, their base developed different socio-cultural and legal traditions. Circle such actions referred to criminal offenses punishable electoral and referendum rights of citizens under the law of foreign countries is quite detailed and numerous. This is largely explained by the scope of legal regulation, which is directly dynamic, due not only to existing in any State criminal but also the election law.

Keywords: criminal responsibility, obstacle of realization of electoral and reviewer rights, subordination, deception.

Довгаль М.В.

ОСОБИ, ЯКІ ПРЕДСТАВЛЯЮТЬ АВТОРИТЕТ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ ТА ЇХ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ОХОРОНА

УДК 343.35

Державна влада є тією соціальною цінністю, охорона якої має здійснюватися будь-якими засобами, у тому числі й кримінально-правовими. Відтак і особи, які представляють авторитет органів державної влади, їх основні блага (життя, здоров'я, власність) мають забезпечуватися відповідним рівнем захисту. У Кримінальному кодексі України (КК України) кримінально-правова охорона осіб, які представляють авторитет органів державної влади, передбачена у розділі XV Особливої частини «Злочини проти

авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян та злочини проти журналістів». Таким чином, у ньому поряд з посяганнями на авторитет органів державно влади передбачена кримінальна відповідальність і за злочини на інші види авторитету (органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян).

У науковій літературі проблема кримінально-правової охорони осіб, які представляють авторитет органів державної влади досліджувалася, зокрема, такими вченими-криміналістами, як М.І. Бажанов, В.І. Борисов, Р.Т. Гамідов, Є.О. Гладков, Р.В. Гречанюк, З.А. Загинея, В.О. Копанчук, С.Я. Лихова, В.А. Мисливий, В.О. Навроцький, В.І. Осадчий, А.В. Савченко, Є.В. Смоляков, І.Є. Сулейманова, І.М. Чуб, Г.З. Яремко. Однак ураховуючи останні тенденції політичної ситуації на території України, важливим залишається питання кримінально-правової охорони осіб, які представляють авторитет органів державної влади.

Мета статті – охарактеризувати кримінально-правову охорону осіб, які представляють авторитет органів державної влади, показати її особливості у зв'язку з проведенням антитерористичної операції на окремих територіях Донецької та Луганської областей.

Як було зазначено вище, у КК України у розділі XV Особливої частини закріплено ряд норм, які забезпечують цю кримінально-правову охорону. Це опір представникові влади, працівникові правоохоронного органу, державному виконавцю, члену громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовцеві, уповноваженій особі Фонду гарантування вкладів фізичних осіб (ст. 342 КК України), втручання в діяльність працівника правоохоронного органу, працівника державної виконавчої служби (ст. 343 КК України), втручання у діяльність державного діяча (ст. 344 КК України), погроза або насильство щодо працівника правоохоронного органу (ст. 345 КК України), погроза або насильство щодо державного діяча (ст. 346 КК України), умисне знищення або пошкодження майна працівника правоохоронного органу (ст. 347 КК України), посягання на життя працівника правоохоронного органу, члена громадського

формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовця (ст. 348 КК України), захоплення представника влади або працівника правоохоронного органу як заручника (ст. 349 КК України).

Відповідні злочини належать до периферійної злочинності, тобто до діянь, які є залежними від зовнішніх умов, а нормативна регламентація кримінальної відповідальності за їх вчинення відзначається суттєвою мінливістю [1, с. 3]. Повністю погодимося з висловленою точкою зору. В окремих випадках встановлення кримінальної відповідальності за відповідні злочини відбувається «на майбутнє». Однак трапляються ситуації, коли злочини, що посягають на осіб, які представляють авторитет органів державної влади стають надзвичайно актуальними та витребуваними правозастосовною практикою з урахуванням динаміки суспільних відносин. Це має місце і сьогодні в Україні. Зокрема, проведення антитерористичної операції на окремих територіях Луганської та Донецької областей актуалізувало застосування відповідних норм розділу XV Особливої частини КК України.

Середні показники кількості цих злочинів, вчинених на території України протягом 2009-2013 років, становила 1025 злочинів (у 2009 році було зареєстровано 1391 злочинів, у 2010 – 1316, у 2011 – 1017, у 2012 – 538 та у 2013 – 861) [2, с. 369]. Однак протягом 2014–2015 років змінився вектор кримінологічної характеристики цієї групи злочинів. Насамперед, спостерігаємо дві тенденції у кримінологічній характеристиці цих злочинів. По-перше, це загальне збільшення кількості злочинів, що посягають на осіб, які представляють авторитет органів державної влади. Так, у 2014 році відбулося зростання цього виду злочинності порівняно з 2013 роком на +400%. По-друге, відбувся і «перерозподіл» питомої ваги самих злочинів цього виду. Так, найбільшу питому вагу становить злочин, передбачений у ст. 348 КК України та становив 65,6% у 2014 році та 59,4% у 2015 році [3;4].

Під час проведення антитерористичної операції на окремих територіях Донецької та Луганської областей має забезпечуватися особлива кримінально-правова охорона тих осіб, які представляють авторитет органів державної влади та беруть участь в

її проведенні. До них належать представники влади, працівники правоохоронних органів, військовослужбовці.

Поняття представника влади запропоноване в одній з постанов Пленуму Верховного Суду України. У п. 1 постанови «Про судову практику у справах про хабарництво» йдеться про те, що до представників влади належать, зокрема, працівники державних органів та їх апарату, які наділені правом у межах своєї компетенції ставити вимоги, а також приймати рішення, обов'язкові для виконання юридичними і фізичними особами незалежно від їх відомчої належності чи підлеглості [5]. Саме у такому значенні поняття «представник влади має розумітися у відповідних статтях розділу XV Особливої частини КК України.

Що стосується поняття «працівник правоохоронного органу», то зауважимо, що у законодавстві України, хоча й існує визначення правоохоронного органу, тим не менше воно має певні вади. Адже, по-перше, у нормативних актах сформульовано дві дефініції поняття «правоохоронний орган», які відрізняються одна від одної. Так, у Законі України «Про державний захист працівників суду та правоохоронних органів» зазначено, що правоохоронні органи – органи прокуратури, внутрішніх справ, служби безпеки, Військової служби правопорядку у Збройних Силах України, митні органи, органи охорони державного кордону, органи державної податкової служби, органи і установи виконання покарань, слідчі ізолятори, органи державної контрольно-ревізійної служби, рибоохорони, державної лісової охорони, інші органи, які здійснюють правозастосовні або правоохоронні функції [6]. У Законі України «Про основи національної безпеки України», який був прийнятий значно пізніше, зазначається, що «правоохоронні органи – органи державної влади, на які Конституцією і законами України покладено здійснення правоохоронних функцій [7]. Та й ці визначення є далекими від досконалості. Як зазначають М.І. Мельник та М.І. Хавронюк, «Це поняття є одним із найуживаніших у праві. Проте, застосовуючи його в нормативно-правових актах, публічних виступах тощо суб'єкти такого застосування навряд чи завжди усвідомлюють, що саме вони хотіли виразити. Нормативна невизначеність цього поняття часто може

призводить до колізій і непорозумінь при застосуванні тих чи інших положень закону» [8, с. 23]. Крім цього, як зазначають автори цього підручника, віднесення того або іншого органу до правоохоронних залежить від того, що розуміти під правоохоронною функцією. «Однак ... зробити це на підставі чинного законодавства також не зовсім просто. Аналіз відповідних нормативно-правових актів свідчить, що питання про визначення поняття функції та визначення правоохоронних функцій у законодавстві України є не менш заплутаним, ніж питання про визначення власне переліку правоохоронних органів. По-перше, чинне законодавство не містить визначення таких понять як «правоохоронні функції» і «правозастосовчі функції». При цьому слід зазначити, що немає жодного державного (і не тільки державного) органу, який би у своїй діяльності не застосовував правові норми, тобто не виконував правозастосовчих функцій. Такі функції виконують усі державні органи ... По-друге, у законах, які визначають правовий статус тих чи інших правоохоронних органів, відсутній єдиний підхід щодо розуміння суті такого загального поняття як «функція»; функції таких органів визначаються за різними критеріями, вони плутаються із повноваженнями, завданнями, компетенцією цих органів, а в окремих випадках взагалі не визначаються» [8, с. 23, 25].

Згідно з п. 3 ч. 9 ст. 1 Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу» військовослужбовець – це особа, яка проходить військову службу [9]. На думку В. О. Бугаєва, військовослужбовець – це громадянин України, який виконує загальний військовий обов'язок чи службу за конкурсно-контрактною основою у Збройних Силах України та інших військових формуваннях, придатний за станом здоров'я до даної професійної діяльності, пов'язаної із захистом Вітчизни [10, с. 95].

Також особливості актуальності набуває проблема кримінально-правової охорони осіб, які беруть участь у проведенні антитерористичної операції на окремих територіях Донецької та Луганської областей та входять до складу добровольчих батальйонів. Зокрема, це Добровольчий український корпус (ДУК), батальйон «ОУН». При цьому важливого значення набуває не лише кримі-

нально-правова оцінка дій, вчинених учасниками таких батальйонів, а й злочинів, учинених щодо цих осіб.

У науковій літературі питання про кримінально-правову оцінку діянь учасників добровольчих батальйонів вже була предметом дослідження таких науковців, як Г.З. Яремко [11, с. 194–196] та М. Кондра [12]. Так, на думку останнього, «ці формування є частиною Української воюючої сторони у міжнародному збройному конфлікті на частині східних територій Донецької та Луганської областей» [12]. Ці науковці справедливо посилаються на те, що в Україні міжнародні договори повинні застосовуватися як джерело права. Відповідно до ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори України», чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства і застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства [13]. Також у ч. 1 ст. 3 КК України вказано, що законодавство України про кримінальну відповідальність становить Кримінальний кодекс України, який ґрунтується на Конституції України та загальноновизнаних принципах і нормах міжнародного права.

У п. 2 ч. «А» ст. 4 Женевської конвенції «Про поводження з військовополоненими» від 12 серпня 1949 року вказує ті вимоги, які допускають визнання ополчень, добровольчих загонів, зокрема організованих рухів опору, які належать до однієї зі сторін конфлікту, законними воєнізованими формуваннями. До таких умов належать: а) ними командує особа, яка відповідає за своїх підлеглих; б) вони мають постійний відмітний знак, добре розпізнаваний на відстані; с) вони носять зброю відкрито; д) вони здійснюють свої операції згідно із законами та звичаями війни [14]. Аналогічно правовий статус таких формувань врегульовано у Додатку до Гаазької конвенції про закони і звичаї суходільної війни від 18 жовтня 1907 року [15]. Остання Конвенція не була ратифікована Україною. Проте М. Кондра та Г.З. Яремко відносять її до правових звичаїв, з чим ми повністю погоджуємося. Зокрема, Г.З. Яремко справедливо розмірковує, що «у Законі України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» від 15 квітня 2014 року

№ 1207-VII прямо вказано, що перебування на території України підрозділів збройних сил інших держав з порушенням процедури, визначеної Конституцією та законами України, Гаазькими конвенціями 1907 року, IV Женевською конвенцією 1949 року та іншим міжнародно-правовим актам, є окупацією частини території суверенної держави Україна та міжнародним протиправним діянням з усіма наслідками, передбаченими міжнародним правом. Таке посилення на Гаазькі конвенції є свідченням того, що Україна визнає їх положення (принаймні, як норми звичаєві)» [11, с. 196].

Відтак учасники добровольчих батальйонів, що беруть участь у вирішенні міжнародного збройного конфлікту на частині території Донецької та Луганської областей належать до учасників законних збройних формувань за умови, що «такі формування: мають на чолі особу, яка відповідає за своїх підлеглих; мають визначений і явно видимий здалеку знак відмінності; відкрито носять зброю і дотримуються в своїх діях законів і звичаїв війни» [11, с. 196].

Однак не можна учасників таких добровольчих батальйонів відносити ні до представників влади, ні до працівників правоохоронних органів чи військовослужбовців. Відтак виникатиме питання про те, як слід кваліфікувати протиправні дії, вчинені щодо особи, яка є членом таких добровольчих батальйонів.

На нашу думку, їх слід вважати громадянами, які виконують громадський обов'язок. На думку С.В. Владимиренко, «під виконанням громадського обов'язку слід розуміти здійснення особою, яка не має службових або інших спеціально передбачених законом повноважень, соціально неблідної та корисної діяльності, за умови, що вона є правомірною, тобто здійснюється відповідно до законодавства України та відповідних міжнародно-правових норм» [16, с. 10]. Як було зазначено вище, діяльність добровольчих формувань є правомірною відповідно до норм міжнародного права. А їх учасники виконують свій громадянський обов'язок передбачений ст. 65 Конституції України, в якій закріплено, що захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, шанування її державних символів є обов'язком громадян

України. У розділі XV Особливо частини КК України передбачена відповідальність за такі протиправні дії щодо громадянина, який виконує свій громадський обов'язок: погроза вбивством, заподіянням тяжких тілесних ушкоджень або знищенням чи пошкодженням майна загальнонебезпечним способом (ч. 1 ст. 350), умисне нанесення побоїв або заподіяння легкого чи середньої тяжкості тілесного (ч. 2 ст. 350) чи тяжкого тілесного ушкодження (ч. 3 ст. 350), умисне знищення або пошкодження майна (ст. 352). Що стосується посягання на життя громадянина, який виконує громадський обов'язок, то дії винуватого у такому випадку слід кваліфікувати за загальнокримінальними нормами: у першому випадку за п. 8 ч. 2 ст. 115 КК України, а у другому – за ст. 147 цього Кодексу.

Таким чином, проведений аналіз кримінально-правової охорони осіб, які представляють авторитет органів державної влади показує, що у КК України створена розгалужена система норм, які спрямовані на забезпечення такої охорони. Однак вони повною мірою не відповідають сучасним реаліям. При цьому істотне збільшення кількості зареєстрованих злочинів відповідного виду пояснюється проведенням антитерористичної операції на окремих територіях Донецької та Луганської областей. Підтримана точка зору щодо визнання добровольчих батальйонів законними збройними формуваннями за умов, визначених у нормах міжнародного права, а їх учасників – особами, які виконують громадський обов'язок.

1. *Уголовно-правовые проблемы охраны власти (история и современность): монография / Т.К. Агузаров, Ю.В. Грачева, А.И. Чучаев. – М.: Проспект, 2016. – 336 с.*
2. *Моніторинговий кримінологічний аналіз злочинності в Україні (2009–2013 роки): моногр. / [Блажівський Є.М., Козьяков І.М., Книженко О.О., Литвак О.М., Ярмиш О.Н. та ін.]. – К.: Національна академія прокуратури України, 2014. – 484 с.*
3. *Єдиний звіт про кримінальні правопорушення за січ.-груд. 2014 р. / офіційний веб-сайт Генеральної прокуратури України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?dir_id=111482&libid=100820&c=edit&_c=fo – Заголовок з екрана (дата відвідування 3 травн. 2016 р.).*

4. Єдиний звіт про кримінальні правопорушення за січ.-лист. 2015 р. / офіційний веб-сайт Генеральної прокуратури України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?dir_id=112173&libid=100820&c=edit&_c=fo – Заголовок з екрана (дата відвідування 3 травн. 2016 р.).
5. Про судову практику у справах про хабарництво: постанова Пленуму Верховного Суду України від 26 квіт. 2002 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-02>. – Заголовок з екрана (дата відвідування 3 травн. 2016 р.).
6. Про державний захист працівників суду та правоохоронних органів : Закон України від 23 груд. 1993 р. № 3781-ХІІ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3781-12>. – Заголовок з екрана (дата відвідування 3 травн. 2016 р.).
7. Про основи національної безпеки України : Закон України від 19 черв. 2003 р. № 964-ІV [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/964-15>. – Заголовок з екрана (дата відвідування 3 травн. 2016 р.).
8. Мельник М. І. Правоохоронні органи та правоохоронна діяльність [навчальний посібник] / М. І. Мельник, М.І. Хавронюк. – К. : Атіка, 2002. – 576 с.
9. Про військовий обов'язок і військову службу: Закон України від 25 березн. 1992 р. № 2232-ХІІ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2232-12> – Заголовок з екрана (дата відвідування 3 травн. 2016 р.).
10. Бугаев В.А. Воинские преступления и наказания: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / Бугаев Валерий Александрович. – Одесса-Симферополь, 2002. – 190 с.
11. Яремко Г. З. Діяльність партизанських загонів: правова оцінка / Г.З. Яремко // Забезпечення єдності судової практики у кримінальних справах в контексті подій 2013–2014 років в Україні: матеріали міжнародного симпозиуму (м. Львів, 24–25 жовтня 2014 року – С. 194–196.
12. Кондра М. Кримінально-правова охорона добровольчих формувань ДУК ПС та батальйон «ОУН» / М. Кондра [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pravyysektor.info/news/otherdoc/63/kriminalnopravova-ocinka-dobrovolchih-formuvan-duk-ps-ta-bataljon-ouu.html> - Заголовок з екрана (дата відвідування 3 травн. 2016 р.).

13. *Про міжнародні договори України: Закон України від 29 черв. 2004 р. № 1906-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1906-15> – Заголовок з екрана (дата відвідування 3 травн. 2016 р.).*
14. *Про повождення з військовополоненими: Женевська конвенція від 12 серп. 1949 р., ратифікована Україною 3 лип. 1954 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_153 – Заголовок з екрана (дата відвідування 3 травн. 2016 р.).*
15. *Гаазька конвенція про закони і звичаї суходільної війни від 18 жовт. 1907 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_222 – Заголовок з екрана (дата відвідування 3 травн. 2016 р.).*
16. *Владимиренко С.В. Кримінально-правова характеристика погрози або насильства щодо службової особи або громадянина, який виконує громадський обов'язок: автореф. дис. на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / Владимиренко Світлана Вячеславівна; Академія адвокатури України. – К., 2015. – 20 с.*

Довгаль М.В. Особи, які представляють авторитет органів державної влади та їх кримінально-правова охорона

У статті розглядається проблема розуміння осіб, які представляють авторитет органів державної влади, а також їх кримінально-правової охорони. Проаналізовано зміст понять «представник влади», «працівник правоохоронного органу», «військовослужбовець». Визначено особливості визнання учасників добровольчих батальйонів особами, які виконують свій громадський обов'язок.

Ключові слова: авторитет органів державної влади, представник влади, працівник правоохоронного органу, військовослужбовець, добровольчий батальйон, особа, яка виконує громадський обов'язок.

Довганль М.В. Лица, представляющие авторитет органов государственной власти и их уголовно-правовая охрана

В статье рассматривается проблема понимания лиц, представляющих авторитет органов государственной власти, а также их уголовно-правовой охраны. Проанализировано содержание понятий «представитель власти», «работник правоохранительного органа», «военнослужащий». Определены особенности признания участников добровольческих батальонов лицами, выполняющими свой общественный долг.

Ключевые слова: авторитет органов государственной власти, представитель власти, работник правоохранительного органа, военнослужащий, добровольческий батальон, лицо, выполняющее общественный долг.

Dovgal M.V. Persons representing the authority of the public authorities and their criminal-law protection

The problem of understanding the people who represent the authority of public authorities and their criminal protection. Analyzed the meaning of «representative government», «law enforcement officer», «soldier».

Based on the analysis of statistical data on the number of registered crimes under Chapter XV of the Criminal Code of Ukraine, which infringe persons representing the authority of the public authorities, concluded that a significant increase in their share over the past two years. Such trends due to the counterterrorist operation in certain areas of the Donetsk and Lugansk regions.

On the basis of international law concluded that participants volunteer battalions involved in solving international armed conflict in parts of Donetsk and Lugansk regions belonging to members of legitimate armed forces, provided that such formation, have headed person who is responsible for his subordinates; have defined and clearly visible from afar mark of distinction; carrying arms openly and adhere to the actions of the laws and customs of war.

A volunteer battalions to recognize members for the set of conditions mentioned above, persons who perform public duty. A criminal-legal assessment of unlawful acts committed against these victims.

Keywords: authority of public authorities, government officials, law enforcement, military, volunteer battalion, a person who performs a public duty.

Кернякевич–Танасійчук Ю.В.

ФОРМИ (ДЖЕРЕЛА) КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОЇ ПОЛІТИКИ УКРАЇНИ

УДК 343.8

Постановка проблеми. Формою називають спосіб існування певної внутрішньої структури, зовнішнє вираження [1, с. 906]. Під формою права розуміють спосіб внутрішньої організації, а також зовнішнього прояву правових норм, який засвідчує їх державну загальнообов'язковість. Відповідно в торії права і держави розрізняють внутрішню форму норми права – спосіб внутрішньої організації (тобто її структуру) і зовнішню – спосіб її об'єктивізації, зовнішнього прояву, матеріальної фіксації [2, с.104].

Зовнішню форму права ще іменують джерелом права. Джерело – це те, що дає початок чомусь, звідки постає, черпається щось; основа чого-небудь, вихідне начало [1, с. 240].

У вітчизняній юридичній і політичній літературі термін «джерело політики» згадується вкрай рідко, без конкретизації сутнісних ознак. Як свідчить контекстуальний аналіз відповідних

теоретичних положень, джерела державної політики здебільшого ототожнюються з джерелами права. Як зазначає Месьондз С.О., з цим погодитися складно. Він підтримує той підхід, за яким реальними носіями інформації про зміст державної політики є не тільки нормативно-правові, а й політичні документи: послання, звернення, програми, виступи, доповіді тощо [3].

Така позиція є досить суперечливою. Видається, що джерелами політики держави загалом та кримінально-виконавчої політики зокрема, є результати діяльності органів державної влади, які наділені відповідними функціями та повноваженнями з боку держави, і які проявляються, як правило, у відповідних актах, що мають нормативний, тобто загальнообов'язковий характер.

Метою статті є визначення системи форм (джерел) кримінально-виконавчої політики України.

Виклад основного матеріалу. Основним джерелом кримінально-виконавчої політики Української держави (як представниці романо-германської правової системи) є нормативно-правовий акт.

Нормативно-правові акти можна класифікувати за різними критеріями: 1) за юридичною силою; 2) за суб'єктом прийняття; 3) за сферою регулювання правових відносин тощо.

Найбільш значущою є класифікація нормативно-правових актів за юридичною силою. Юридична сила нормативно-правових актів – це ступінь його впливу на суспільні відносини, його значення, яке залежить від розташування в ієрархії актів [4].

З огляду на цей критерій будемо здійснювати поділ нормативно-правових актів, які є джерелами кримінально-виконавчого права і паралельно виступають формами (джерелами) кримінально-виконавчої політики України.

Найвищою юридичною силою серед всіх нормативно-правових актів наділена Конституція України. Хоч і Конституція України не містить норм, які безпосередньо визначають зміст кримінально-виконавчої політики держави, однак, як слушно стверджує Фріс П. Л., Конституція України встановлює саму необхідність здійснення боротьби зі злочинністю, недопустимість порушень законів [5, с. 66]. Оскільки кримінально-виконавча по-

літика є складовою частиною політики у сфері боротьби зі злочинністю, то відповідно Конституція України визначає фундаментальні підходи до формування кримінально-виконавчої політики.

У Конституції України визначаються загальні засади суспільного ладу та політики нашої держави, закріплюється принцип верховенства права, визначаються основні конституційні засади державного управління, права, свободи і обов'язки людини та громадянина. У Конституції закріплені загальноправові (конституційні) принципи, які діють у всіх галузях права. У її ч. 1 ст. 62 міститься норма, яка передбачає: ніхто не може бути підданий кримінальному покаранню, доки його вину не буде доведено в законному порядку і встановлено вирок суду. Крім того п. 14 ст. 92 Конституції встановлює, що виключно законами України визначаються організація і діяльність органів та установ виконання покарань. Взагалі норми Конституції є нормами прямої дії, а всі закони України, в тому числі й норми кримінально-виконавчого законодавства, повинні відповідати її вимогам [6, с. 36].

Наступне місце в системі джерел кримінально-виконавчої політики займають чинні *міжнародні договори України*, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України; вони є частиною національного законодавства і застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства.

Висновок про примат міжнародних договорів над законами України можемо зробити з норми, передбаченої ч. 2 ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори України», яка передбачає, що, якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору.

Під поняттям «міжнародний договір України» слід розуміти – укладений у письмовій формі з іноземною державою або іншим суб'єктом міжнародного права, який регулюється міжнародним правом, незалежно від того, міститься договір в одному чи декількох пов'язаних між собою документах, і незалежно від його конкретного найменування (договір, угода, конвенція, пакт, протокол тощо) [7].

У міжнародних нормативно-правових актах закріплені міжнародні стандарти поведінки із засудженими. У зв'язку з проголошенням курсу України на євроінтеграцію роль відповідних міжнародних актів є надзвичайно важливою, а імплементація міжнародного законодавства служить «лакмусовим папірцем» при визначенні ефективності реформування кримінально-виконавчої системи України з огляду на міжнародні орієнтири у сфері поведінки із засудженими.

Системою міжнародних стандартів у сфері поведінки із засудженими називають сукупність відповідних принципів, конвенцій, рекомендацій та норм, прийнятих на міжнародному рівні [6, с. 167].

Існують різні критерії, на основі яких можна провести класифікацію міжнародних стандартів. Вважаємо, що доцільно аналізувати міжнародні стандарти поведінки із засудженими, враховуючи їх поділ за сферою дії на всесвітні (універсальні), як правило такі договори приймаються у результаті діяльності Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) та її структурних підрозділів, та регіональні (континентальні), як правило такі договори приймаються у рамках регіональних міжнародних інституцій, наприклад, Ради Європи, Європейського Союзу. Крім того, як всесвітні, так і регіональні міжнародні акти класифікуються на акти загального характеру і спеціального характеру. Міжнародні акти загального характеру не містять спеціальних норм, що регламентують поведінку із засудженими, але в них передбачені стандарти щодо прав людини взагалі, які стосуються й засуджених. Міжнародні акти спеціального характеру безпосередньо спрямовані на встановлення стандартів поведінки із засудженими.

Як зазначалося вище, у міжнародних нормативно-правових актах ООН закріплені найважливіші права та свободи людини, в тому числі засудженої.

До найважливіших актів ООН загального характеру, які визначають міжнародні стандарти поведінки із засудженими належать:

- Загальна декларація прав людини 1948 року;

- Міжнародний пакт про громадянські та політичні права 1966 року;
- Декларація про захист всіх осіб від катувань та інших жорстоких, нелюдських чи таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання 1975 року;
- Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських чи таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання 1984 року;
- Факультативний протокол до Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських чи таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання від 18 грудня 2002 року.

До основних актів ООН спеціального характеру, які визначають міжнародні стандарти поводження із засудженими можемо віднести:

- Мінімальні стандартні правила поводження з ув'язненими 1955 року (оновлена редакція схвалена 2015 року під назвою «Правила Мандели»);
- Процедури ефективного виконання Мінімальних стандартних правил поводження з ув'язненими 1984 року;
- Звід принципів захисту всіх осіб, затриманих чи ув'язнених у будь-якій формі 1988 року;
- Основні принципи поводження з ув'язненими 1990 року.

До регіональних міжнародних стандартів поводження із засудженими належать міжнародно-правові документи, які приймаються в рамках діяльності Ради Європи – урядової міжнародної організації, метою якої є досягнення більшого єднання між її членами для збереження та втілення в життя ідеалів і принципів, які є їхнім спільним надбанням, а також сприяння їхньому економічному та соціальному прогресу [8].

Серед регіональних міжнародних стандартів загального характеру можна назвати:

- Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року (з протоколами);
- Європейська конвенція про запобігання катуванням чи нелюдському або такому, що принижують гідність, поводженню чи покаранню 1987 року (з протоколами).

Єдиним на сьогоднішній день регіональним міжнародним стандартом спеціального характеру є Європейські пенітенціарні (в'язничні) правила 1973 року.

Крім того, деякі міжнародні стандарти приймаються спеціально щодо окремих категорій правопорушників (наприклад, жінок, неповнолітніх) або щодо визначених професійних груп з числа персоналу пенітенціарних установ (лікарів, посадових осіб з охорони правопорядку) [9, с. 638]. Як приклад таких міжнародних стандартів, можемо назвати:

- Кодекс поведінки посадових осіб у підтриманні правопорядку 1979 року;
- Принципи медичної етики, що стосуються ролі працівників охорони здоров'я, а особливо лікарів, у захисті ув'язнених та затриманих осіб від тортур та інших жорстоких, нелюдських чи таких, що принижують гідність, видів поведінки та покарання 1982 року;
- Заходи, що гарантують захист прав тим, хто засуджений до смертної кари 1984 року;
- Мінімальні стандартні правила ООН стосовно заходів, не пов'язаних з тюремним ув'язненням (Токійські правила) 1990 року;
- Конвенція про права дитини 1989 року;
- Мінімальні стандартні правила ООН, які стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх (Пекінські правила) 1985 року;
- Правила ООН, які стосуються захисту неповнолітніх, позбавлених волі 1990 року.

Найважливішим джерелом кримінально-виконавчої політики є *Кримінально-виконавчий кодекс України* (далі – КВК України), прийнятий 11 липня 2003 року, який набрав чинності з 1 січня 2004 року. КВК України поділяється на Загальну та Особливу частини і складається з 5 розділів, 26 глав та містить 166 статей. У КВК України визначено правовий статус засуджених, органи та установи виконання покарань, регламентовано умови та порядок виконання покарань, не пов'язаних з позбавленням волі, порядок виконання покарання у виді позбавлення волі, довічного позбав-

лення волі, а також закріплено підстави та порядок звільнення від відбування покарання тощо. Раніше, до набрання чинності КВК України діяв Виправно-трудоий кодекс України від 23 грудня 1970 року.

Як слушно зазначає Яцишин М. М., на відміну від Виправно-трудоого кодексу України Кримінально-виконавчий кодекс України більш чітко визначає порядок і умови виконання усіх без винятку видів кримінальних покарань, закріплених у Кримінальному кодексі України, встановлює для засуджених прогресивну систему відбування покарання, поетапну зміну умов відбування покарань, застосування пільг, у тому числі поліпшення умов тримання, заміну невідбутої частини покарання більш м'яким, умовно-дострокове звільнення, а також принципово нову систему структурних дільниць колоній, яка має забезпечувати зміну умов відбування покарання засудженими до позбавлення волі [10, с. 145-146].

Серед інших кодифікованих актів, які виступатимуть в тій чи іншій мірі джерелами кримінально-виконавчої політики, варто назвати:

1. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 року, який закріплює дефініцію поняття «покарання», мету та завдання покарання, а також визначає систему покарань.

2. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року, який регламентує порядок виконання вироку суду.

3. Кодекс законів про працю України від 10 грудня 1971 року, відповідно до норм якого у сфері охорони праці, техніки безпеки та виробничої санітарії організовується праця засуджених.

Наступну сходинку в системі джерел кримінально-виконавчої політики займають **закони України**. Закони є головними регуляторами суспільних відносин загалом та відносин, що виникають у процесі виконання-відбування покарань зокрема.

Основу джерельної бази кримінально-виконавчої політики становить Закон України «Про Державну кримінально-виконавчу службу України» від 23 червня 2005 року, який закріплює завдання, основні принципи діяльності Державної кримінально-виконавчої служби України щодо здійснення державної політики у

сфері виконання покарань. На визначення чисельності Державної кримінально-виконавчої служби України спрямований Закон України «Про чисельність Державної кримінально-виконавчої служби України» від 2 березня 2000 року. Закон України «Про прокуратуру» від 14 жовтня 2014 року регулює порядок здійснення прокурорського нагляду за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах. Закон України «Про виконавче провадження» від 21 квітня 1999 року регламентує порядок примусового виконання таких покарань, як штраф та конфіскація майна, а Закон України «Про державну виконавчу службу» від 24 березня 1998 року визначає правовий статус органів та посадових осіб, які здійснюють примусове виконання покарань у вигляді штрафу та конфіскації майна.

До законів – джерел кримінально-виконавчої політики належать також: Закон України «Про національну поліцію» від 2 липня 2015 року, Закон України «Про застосування амністії в Україні» від 1 жовтня 1996 року, Закон України «Про адміністративний нагляд за особами, звільненими з місць позбавлення волі» від 1 грудня 1994 року, Закон України «Про зайнятість населення» від 5 липня 2012 року, Закон України «Про пробацію» від 5 лютого 2015 року та ряд інших.

Підзаконні нормативно-правові акти як джерела кримінально-виконавчої політики можемо поділити за суб'єктом їх прийняття на акти Президента України та акти Кабінету Міністрів України. Президент України на основі та на виконання Конституції і законів України видає укази і розпорядження, які є обов'язковими до виконання на території України (ч. 3 ст. 106 Конституції України).

Так указом Президента України 6 квітня 2011 року № 394/2011 затверджено Положення про Державну пенітенціарну службу України (далі – ДПтС України), яка виступає центральним органом виконавчої влади, діяльність якої спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України через Міністра юстиції України, входить до системи органів виконавчої влади і забезпечує реалізацію державної політики у сфері виконання кримінальних покарань. Концепція державної політики у сфері

реформування Державної кримінально-виконавчої служби України схвалена Указом Президента України від 8 листопада 2012 року № 631/2012. Також указом Президента України від 21 квітня 2015 року № 223/2015 затверджено Положення про порядок здійснення помилування тощо.

Відповідно до ч. 1 ст. 117 Конституції України Кабінет Міністрів України в межах своєї компетенції видає постанови і розпорядження, які є обов'язковими до виконання. Постанови та розпорядження Кабінету Міністрів України можуть містити норми, які регулюють окремі питання, що виникають під час виконання покарань (наприклад, порядок оплати праці осіб, засуджених до позбавлення волі, організацію харчування і матеріально-побутового забезпечення цих осіб), а також низку інших питань [6, с. 37-38].

Важливим значенням в процесі реалізації кримінально-виконавчої політики наділені міжвідомчі та відомчі нормативні акти, які видаються у вигляді наказів, правил, положень, інструкцій відповідних міністерств та відомств з питань виконання-відбування покарань. Суб'єктами прийняття таких актів виступають в переважній більшості випадків Міністерство юстиції України та ДПтС України. До прикладу, наказом Міністерства юстиції України від 29 грудня 2014 року № 2186/5 затверджені Правила внутрішнього розпорядку установ виконання покарань.

На підтримку заслуговує позиція Фріса П. Л, який стверджує, що виходячи з місця та ролі Конституційного Суду України в системі державних органів, яке визначено Розділом XII Конституції України, його рішення мають обов'язковий характер для всіх органів, організацій та громадян. Даючи тлумачення з тих чи інших питань, Конституційний Суд України часто визначає напрями та межі кримінально-правової політики, які мають вирішальне значення [5, с. 67]. Можна зробити висновок, що *рішення Конституційного Суду України* є джерелами кримінально-виконавчої політики, оскільки як кримінально-правова, так і кримінально-виконавча політика є взаємопов'язаними складовими частинами одного політико-правового явища – «політики у сфері боротьби і злочинністю».

Джерелами кримінально-виконавчого права та кримінально-виконавчої політики виступають також і **постанови Пленуму Верховного Суду України**. Як зазначає Матвєєва Л. Г., постанови Пленуму Верховного Суду України, які роз'яснюють питання судової практики, заповнюють істотні прогалини в законодавстві і є, по суті, джерелами права, основою для вирішення судами багатьох справ. Роз'яснення Пленуму Верховного Суду України, формально не створюючи нових норм права, разом з тим фактично мають обов'язкову силу [11, с. 104].

Серед постанов Пленуму Верховного Суду України, які належать до джерел кримінально-виконавчої політики України, можемо назвати:

- «Про практику призначення судами кримінального покарання» від 24 жовтня 2003 р. № 7;
- «Про практику призначення військовослужбовцям покарання у виді тримання в дисциплінарному батальйоні» від 28 грудня 1996 р. № 15;
- «Про умовно-дострокове звільнення від відбування покарання і заміну покарання більш м'яким» від 26 квітня 2002 р. № 2;
- «Про практику застосування судами України законодавства про погашення і зняття судимості» від 26 грудня 2003 р. № 16;
- «Про судову практику в справах про злочини, пов'язані з порушеннями режиму відбування покарання в місцях позбавлення волі» від 26 березня 1993 р. № 2;
- «Про практику застосування судами законодавства про звільнення від відбуття покарання засуджених, які захворіли на тяжку хворобу» від 28 вересня 1973 р. № 8 [12].

Висновки. В результаті проведеного дослідження можна визначити систему джерел кримінально-виконавчої політики, центральне місце в якій займають нормативно-правові акти, зокрема: Конституція України, чинні міжнародні договори України, Кримінально-виконавчий кодекс України та інші кодекси України, закони України, підзаконні нормативно-правові акти. Крім того, до джерел кримінально-виконавчої політики України належать акти

органів судової влади – рішення Конституційного Суду України та постанови Пленуму Верховного Суду України.

1. Сучасний тлумачний словник української мови: 100 000 слів / За заг. ред. д-ра філол. наук, проф. В. В. Дубічинського. – Х.: ВД «ШКОЛА», 2009. – 1008 с.
2. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави. Видання 5-те, зі змінами. Навчальний посібник. – К.: Атіка. – 2001. – 176 с.
3. Месьондз С. О. Джерела державної політики у сфері науки в Україні / С. О. Месьондз // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. – 2011. – № 2 (2). – С. 21-27. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу до док.: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/aytvs_2011_2\(2\)_3](http://nbuv.gov.ua/UJRN/aytvs_2011_2(2)_3)
4. Вилегжаніна М. В. Класифікаційний аналіз нормативно-правових актів / М. В. Вилегжаніна // Бібліотекознавство. Документознавство. Інформологія. – 2011. – № 1. – С. 35-40. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу до док.: http://nbuv.gov.ua/UJRN/bdi_2011_1_6
5. Фріс П. Л. Кримінально-правова політика України: дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.08. / Фріс Павло Львович. – К., 2005. – 440 с.
6. Кримінально-виконавче право України. Загальна та Особлива частини : підручник / О. М. Литвинов, А. Х. Степанюк, І. С. Яковець, К. А. Автухов, А. П. Гель, С. В. Лосич, Є. С. Назимко; за заг. ред. д.ю.н., проф. О. М. Литвинова та д.ю.н., проф. А. Х. Степанюка. – К.: ВД «Дакор», 2015. – 632 с.
7. Закон України «Про міжнародні договори України» від 29 черв. 2004 р. № 1906-IV [Електронний ресурс] // Режим доступу до док.: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1906-15>
8. Статут Ради Європи 5 трав. 1949 р. [Електронний ресурс] // Режим доступу до док.: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_001
9. Уголовно-исполнительное право России: теория, законодательство, международные стандарты, отечественная практика конца XIX – начала XXI века: Учебник для вузов / Под ред. д. ю. н., проф. А. И. Зубкова. — 3-е изд., перераб. и доп. — М.: Норма, 2006. — 720 с.
10. Яцишин М. М. Історико-правові засади кримінально-виконавчої політики України: монографія / М. М. Яцишин. – Луцьк: Волин. нац. ун-т ім. Лесі Українки, 2010. – 440 с.
11. Матвєєва Л.Г. Акти тлумачення Пленуму Верховного Суду України / Л.Г. Матвєєва // Актуальні проблеми держава і права. – 2003. – Вип. 21. – С. 100-105.

12. Постанови Пленуму Верховного Суду України 1972-2004: Офіц. вид./ За заг. ред. В.Т. Маляренка. – Том 2. – К.: «Видавничий Дім «Ін Юре»., 2004. – 320 с.

Кернякевич-Танасійчук Ю. В. Форми (джерела) кримінально-виконавчої політики України

У статті розглядається питання форм (джерел) кримінально-виконавчої політики України. Визначається система таких джерел та досліджуються окремі джерела кримінально-виконавчої політики України.

Ключові слова: форми кримінально-виконавчої політики, джерела кримінально-виконавчої політики, нормативно-правові акти, міжнародні стандарти поведіння із засудженими.

Кернякевич-Танасійчук Ю.В. Формы (источники) уголовно-исполнительной политики Украины

В статье рассматривается вопрос форм (источников) уголовно-исполнительной политики Украины. Определяется система таких источников и исследуются отдельные источники уголовно-исполнительной политики Украины.

Ключевые слова: формы уголовно-исполнительной политики, источники уголовно-исполнительной политики, нормативно-правовые акты, международные стандарты обращения с осужденными.

Kernyakevych-Tanasiychuk Y.V. Forms (sources) of the penal policy of Ukraine

Under the form of the right way to understand the internal organization and external manifestations of law certifying their state necessity. According to the theory of law and State distinguish internal form of law – the way its internal organization (structure) and external – a way of objectification, external display, fixing material.

The external form of law is referred to as a source of law. Source – this is what gives rise to something where there is, something is drawn; basis of something original principle.

Sources of general policy and penal policy in particular, is the performance of the public authorities, which are endowed with respective functions and powers of the state, and manifested usually in relevant acts with normative, compulsory nature.

The main source of penal policy of the Ukrainian state (as a representative of the Roman-Germanic legal system) is a legal act.

The most important is the classification of regulations by legal force. Validity of regulations – is the extent of its impact on social relations, its value, depending on the location in the hierarchy of acts.

Given this criterion division made of regulations, which are sources of penal law and act in parallel forms (sources) of the penal policy of Ukraine.

We can define the following system sources of penal policy of Ukraine, central to which is occupied by legal acts, including: The Constitution of Ukraine, international treaties of Ukraine, the Criminal Executive Code of Ukraine and other codes of Ukraine, laws of Ukraine, subordinate regulations. In addition, the sources of penal

policy Ukraine are acts of judicial bodies – decisions of the Constitutional Court of Ukraine and resolutions of the Supreme Court of Ukraine.

Keywords: forms of penal policy, sources of penal policy, regulations, international standards for treatment of prisoners.

Наконечна І.М.

ЗАКОНОДАВЧІ КОНСТРУКЦІЇ КВАЛІФІКУЮЧИХ ОЗНАК ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ ОСОБИ (РОЗДІЛИ II-V ОСОБЛИВОЇ ЧАСТИНИ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ)

УДК 343.2

Дослідження правової природи кваліфікуючих ознак, їх аналіз та систематизація мають важливе значення для вдосконалення законотворчої діяльності та правозастосовної практики на сучасному етапі розвитку кримінального законодавства. Нагадаємо, що у розділах II-V Особливої частини, де передбачені злочини проти особи, близько 66% статей містять одну чи декілька кваліфікуючих ознак. Всього таких ознак за нашими підрахунками є 74. З них 46 законодавець використав тільки один раз. Це, наприклад, «способом, небезпечним для життя багатьох осіб» (ст. 115 КК України – умисне вбивство), «способом, що має характер особливо мучення» (ст. 121 КК України – умисне тяжке тілесне ушкодження), «членом організованої групи» (ст. 129 КК України – погроза вбивством) і т.д. Інші використовуються частіше. Зокрема, «групою осіб» (4 рази), «спричинення смерті потерпілого» (6 разів), «повторно» (9 разів), «службовою особою» (12 разів) та інші. Не виникає сумнівів з приводу того, що така різноманітність в значній мірі обтяжує законодавчі конструкції статей, які містять кваліфікуючі ознаки. Необхідним є спрощення змісту таких ознак, а також перегляд основних принципів їх побудови та розміщення в системі кримінально-правових норм.

У різні періоди розвитку кримінально-правової науки проблемі визначення кваліфікуючих ознак та конструювання кваліфікованих (особливо кваліфікованих) складів злочинів приділяли

увагу такі відомі науковці, як О.В. Барков, О.В. Васильєвський, М.М. Каплін, І.Я. Козаченко, П.В. Коробов, Т.О. Костарева, Г.О. Крігер, С.Є. Кротов, Л.Л. Кругліков, А.А. Тер-Акопов, В.І. Ткаченко та інші. Серед вітчизняних представників кримінально-правової науки інституту кваліфікуючих ознак присвятили свої дослідження Н.О. Гуторова, О.В. Ільїна, Е.М. Кісілюк, О.К. Марін, С.А. Миرونюк, Л.В. Павлик та інші. Однак на сьогодні доводиться констатувати відсутність єдиних підходів для визначення сутності кваліфікуючих ознак, а також єдиних правил їх формулювання при утворенні кримінально-правових норм. Саме тому ми ставимо перед собою мету акцентувати увагу на деяких термінологічних проблемах, що виникають при формуванні кримінально-правових норм з кваліфікуючими (особливо кваліфікуючими) ознаками, а також спробуємо визначити шляхи їх вирішення та вдосконалення понятійного апарату.

Як вже зазначалося вище, таке широке використання кваліфікуючих ознак у кримінальному законі вимагає їх оптимального, чіткого і однозначного законодавчого закріплення. У першу чергу, законодавчі конструкції з кваліфікуючими ознаками повинні бути уніфіковані. На наш погляд, найбільш прийнятним з цієї метою є використання мовних зворотів типу «ті самі дії», «те саме діяння», «діяння, передбачені частинами першою або другою цієї статті» і т.п. Такий прийом вітається і в науковій літературі. Зокрема, Л.Л. Кругліков вважає його лаконічним, економним і логічним [1, с. 191].

У розділах II-V Особливої частини КК України при формулюванні кваліфікованих (особливо кваліфікованих) складів злочинів проти особи, вітчизняний законодавець користується такими мовними зворотами, як «ті самі дії», «ті самі діяння», «те саме діяння», «діяння, передбачені частинами першою або другою цієї статті», «дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті». Як бачимо, перелік таких формул є різноманітним. Однак викликає сумніви доцільність такого різноманіття. Перш за все, незрозуміло, чому окремо використовуються звороти «ті самі діяння» і «те саме діяння». Здавалось би таке формулювання є виправданим, оскільки воно констатує, що злочинна поведінка,

яка містить ознаки основного складу злочину, описаного в ч. 1 конкретної статті Особливої частини, передбачає або одне, або декілька діянь. Однак, якщо проаналізувати окремі статті, норми яких сформульовані подібним чином, то виявиться, що це правило тут не дотримується. Наприклад, ч. 1 ст. 120 КК України передбачає ознаки основного складу доведення до самогубства. Об'єктивна сторона цього злочину характеризується діянням, що може проявлятися в таких формах: жорстоке поводження з особою, шантаж, примус до протиправних дій чи систематичне приниження її людської гідності. При цьому діяння може містити як одну з вказаних форм, так і їх сукупність. Тому незрозуміло, чому при формулюванні кваліфікованих складів в ч. 2 цієї статті законодавець використовує зворот «те саме діяння». Подібна ситуація спостерігається і в ст.ст. 140, 153, 164 КК України.

На наш погляд, недоречним є також вживання при утворенні кваліфікованих складів злочинів словосполучення «дії, передбачені частиною першою цієї статті» в статтях, які складаються з двох частин, перша з яких передбачає основний склад злочину, а друга – кваліфіковані, як це має місце, наприклад, у ст. 142 КК України (незаконне проведення дослідів над людиною). У цьому випадку доцільніше було б обмежитися зворотом типу «те саме діяння», який без сумніву є більш економним.

Сумнівними також, на наш погляд, є мотиви використання в даному контексті термінів «дія» і «діяння». Якщо діяння, що є ознакою основного складу конкретного злочину, має форму виключно активної поведінки суб'єкта, як це є, наприклад, у статтях 127 (катування), 147 (захоплення заручників), то вживання звороту «ті самі дії» є виправданим. Але у тих складах, де діяння може мати як форму дії, так і бездіяльності (наприклад, у статтях 122 (умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження), 135 (залишення в небезпеці), використання подібного терміну є неприпустимим.

Водночас не можна не погодитися з М.М. Каплінім, який вважав використання в даному контексті терміну «діяння» недоречним [2, с. 66-67]. На думку автора, діяння вказує на ознаку об'єктивної сторони злочину – поведінку особи. Але склад злочину характеризується ще й іншими обов'язковими ознаками. На-

приклад, обов'язковими ознаками основного складу доведення до самогубства, що передбачені в ч. 1 ст. 120 ККУ, є не тільки діяння, але й наслідки у вигляді самогубства чи замаху на самогубство (матеріальний склад злочину). Тому логічним є запитання: чому ж тоді при формулюванні кваліфікованих складів у ч. 2 цієї статті вживається зворот «те саме діяння»? Якщо кваліфікований склад разом з кваліфікуючими містить всі ознаки основного складу, то чому законодавець вказує тільки на діяння? Подібна ситуація має місце і в статтях 131, 140 КК України.

Для уникнення таких нормативних непорозумінь М.М. Каплін слушно, на наш погляд, пропонує при утворенні кваліфікованих (особливо кваліфікованих) складів використовувати формули «той самий злочин» або «злочин, передбачений частиною першою або другою (третьою і т.д.) цієї статті». Ми вважаємо, що такі мовні звороти можливі в тих нормах, які містять склад злочину, що передбачає одну форму діяння. Однак там, де ознаками складу злочину є декілька форм діяння, ми б запропонували користуватися формулами «ті самі злочини» або «злочини, передбачені частиною першою або другою (третьою і т.д.) цієї статті».

Недоліком при формулюванні кваліфікованих (особливо кваліфікованих) складів ми вважаємо також повторювання назв та ознак основних складів злочинів. У розділах II-V Особливої частини КК України такий прийом укладення кримінально-правових норм спостерігається у п'ятьох статтях. І тільки в одному випадку (ст. 152 КК України – згвалтування) назва злочину, яка повторюється в частинах статті, що передбачають кваліфіковані (особливо кваліфіковані) склади, містить одне слово, а у всіх інших – це словосполучення. З нашої точки зору такі підходи в правотворчості значно обтяжують кримінальний закон, що ніяк не служить його уніфікації.

Якщо посилання на основний склад шляхом назви злочину у вигляді одного слова ще можна вважати «економним» [3, с. 289], то повторювання ознак основного складу злочину в нормах, де вказані кваліфікуючі ознаки, є неприпустимим. У чинному КК України, а саме, в розділах II-V Особливої частини випадків, коли б норми з кваліфікуючими ознаками повторно дублювали ознаки

основних складів, не спостерігається. Однак ми не можемо залишити поза увагою ст. 158 КК України, попередня редакція якої, на наш погляд, повинна служити антизразком для законодавця. Насамперед вражала її надзвичайна громіздкість: вісім з 12-ти частин передбачали основні склади злочинів, три частини містили кваліфіковані (особливо кваліфіковані) склади, а в одній частині вказувалися і кваліфікуючі ознаки, і ще один окремих основний склад. Однак це ще не всі «чесноти» цієї норми. У двох її частинах, де були розміщені кваліфікуючі ознаки, замість традиційного «ті самі діяння», чомусь слово в слово дублювалися ознаки основних складів. Якщо врахувати те, що кожний з цих основних складів формулювався за допомогою близько 30-ти слів, то цілком логічно є констатація абсолютного нехтування законодавцем елементарними прийомами юридичної техніки. У вітчизняному кримінальному законодавстві, як радянської доби, так і на сучасному етапі розвитку годі знайти ще одну таку норму, текст якої був би більш складним і заплутанішим. Складається враження, що законодавець, порушуючи всі правила, навмисно сформулював її, щоб показати, як не можна робити. Тому нами позитивно сприймається той факт, що в жовтні 2014 року ст. 158 КК України була викладена в новій редакції. На сьогодні з чотирьох її частин три містять основні склади, а четверта – кваліфіковані. При цьому, подаючи перелік кваліфікуючих ознак, законодавець вже уникає повторювання ознак основних складів, а використовує традиційний мовний зворот «дії, передбачені частинами першою, другою або третьою цієї статті». Звичайно, нова редакція ст. 158 КК України не є зразковою, однак вона в значній мірі уніфікує законодавчі конструкції, що полегшує її застосування.

Ще одним недоліком при формулюванні кваліфікуючих ознак ми вважаємо відсутність їх індексації. Єдиним виключенням є ст. 115 КК України, яка встановлює кримінальну відповідальність за умисне вбивство. Вітчизняний законодавець обмежився тільки індексацією частин статей, чого, звичайно, не достатньо для полегшення процесу кваліфікації. Як ми знаємо, частини статей пронумеровані арабськими цифрами. І ті з них, в яких сформульовані кваліфіковані (особливо кваліфіковані) склади, міс-

тять, як правило, стійкі співвідношення кваліфікуючих ознак. Та на наше глибоке переконання, кожна кваліфікуюча ознака також повинна бути проіндексована, як це зроблено, наприклад, в російському кримінальному законодавстві. Звичайно, в тих випадках, коли частина статті передбачає тільки одну кваліфікуючу ознаку, така індексація є недоречною. Однак якщо кваліфікуючих ознак є дві чи більше, використання цифрових чи буквених індексів для їх позначення є, на наш погляд, необхідним. Така необхідність широко підтримується і в науковій літературі. Зокрема, Л.Л. Кругліков переконаний, що це не є пустою формальністю, а відіграє важливу роль для правильного визначення ступеня суспільної небезпеки вчиненого і для призначення законного і справедливого покарання. Адже фіналом кримінально-правової оцінки стає вказівка не тільки на статтю та її частину, але і на конкретні кваліфікуючі ознаки, які в результаті набувають свого «обличчя» [1, с. 193]. Т.О. Костарева вважає, що відсутність буквеного позначення кваліфікуючих ознак не дає можливості точно кваліфікувати скоєне в процесі правозастосування [3, с. 294]. Адже при виведенні формули кваліфікації необхідним є чітке посилання на частину і номер конкретної статті. Однак якщо частина статті передбачає декілька кваліфікуючих ознак, то незалежно від того, яка саме ознака буде інкримінуватися при вчиненні злочину, кваліфікація буде відбуватися однаково. У свою чергу М.М. Каплін пропонує законодавцю не допускати використання одного пункту для опису декількох кваліфікуючих ознак в диспозиції [2, с. 67], як це має місце в п. 2 ч. 2 ст. 115 КК України.

У процесі формування кримінально-правових норм законодавець повинен уніфікувати й самі кваліфікуючі ознаки, а не лише мовні зврати, якими вони супроводжується.

Як ми знаємо, ч. 4 ст. 67 КК України забороняє подвійне врахування однакових обставин, які є кваліфікуючими ознаками відповідного складу злочину, і таких, що обтяжують покарання. Однак для уникнення будь-яких непорозумінь та неточностей при застосуванні кримінально-правових норм обов'язковою є уніфікація юридичних конструкцій, що використовуються при формулюванні однакових за змістом обтяжуючих обставин та

кваліфікуючих ознак. Таку ж точку зору підтримує і Є.В. Благов. Автор переконаний, що непохитність принципу заборони подвійного врахування обтяжуючих обставин буде забезпечено тільки в результаті уточнення їх формулювань [4, с. 12].

На наш погляд, однаковий зміст таких ознак та обставин не є достатньою підставою для визнання їх аналогічними. Вони повинні бути однаковими не тільки за змістом, але й за філологічними конструкціями. Тільки тоді це унеможливить порушення принципу призначення справедливого покарання за злочин при врахуванні обтяжуючих обставин. Однак вітчизняний законодавець далеко не завжди дотримується правил юридичної техніки при формулюванні кримінально-правових норм, що створює загрозу двоякого їх тлумачення та неправильного застосування. Наприклад, така обтяжуюча обставина, як вчинення злочину з особливою жорстокістю (п. 10 ч. 1 ст. 67 КК України), є аналогічною за змістом такій кваліфікуючій ознаці умисного тяжкого тілесного ушкодження, як вчинення його способом, що має характер особливого мучення (ч. 2 ст. 121 КК України), а також кваліфікуючій ознаці побоїв – якщо вони мають характер мордування (ч. 2 ст. 126 КК України). Не викликає сумнівів те, що ці кваліфікуючі ознаки вказують на спосіб вчинення злочинів і за змістом відповідають обтяжуючій обставині – вчинення злочину з особливою жорстокістю. Однак через абсолютно різні мовні звороти, які використовує законодавець при їх нормативному закріпленні, цілком імовірно є можливість їх подвійного врахування судом при кваліфікації вчиненого та призначенні покарання. У цьому випадку норма Загальної частини КК України, на наш погляд, є більш уніфікованою, а формулювання вказаних кваліфікуючих ознак потребує філологічного доопрацювання.

Подібні проблеми мають місце і в інших випадках. Зокрема, такій обтяжуючій обставині, як вчинення злочину загалом небезпечним способом (п. 12 ч. 1 ст. 67 КК України), відповідає кваліфікуюча ознака умисного вбивства – вчинення його способом, небезпечним для життя багатьох осіб. Виникає справедливе запитання: чому законодавець при формулюванні кваліфікуючої ознаки не використав мовну конструкцію, аналогічну обтяжуючій обставині?

Враховуючи вище викладене, ми вважаємо за необхідне визначити загальні правила законодавчої техніки при формулювання кримінально-правових норм з кваліфікуючими ознаками, які, на наш погляд, повинні стати обов'язковими для вітчизняного законодавця. По-перше, законодавчі конструкції з кваліфікуючими ознаками повинні бути уніфіковані. Необхідним є вживання таких термінів, які мали б максимально чіткі і стислі форми. По-друге, необхідною є цифрова чи буквена індексація всіх кваліфікуючих ознак. При чому проіндексована повинна бути кожна кваліфікуюча ознака, а не їх співвідношення. По-третє, неприпустимим є використання розпливчатих понять і термінів при їх формулюванні, що аж ніяк не сприяє їх правильному застосуванню.

1. Л.Л. Кругликов, А.В. Васильевский. *Дифференциация ответственности в уголовном праве* / Л.Л. Кругликов, А.В. Васильевский. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – 300с.
2. Каплин М.Н. *Дифференциация уголовной ответственности за преступления против жизни и здоровья: дис. на соискание уч. степени канд. юрид. наук: 12.00.08* / Михаил Николаевич Каплин. – Ярославль, 2003. – 187 с.
3. Лесниевски-Костарева Т.А. *Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика* / Т.А. Лесниевски-Костарева [2-е изд., перераб. и доп.]. – М.: НОРМА, 2000. – 400 с.
4. Благов Е. *О назначении наказания при наличииотягчающих обстоятельств* / Е. Благов // *Уголовное право – 2008.* – № 3. – С. 9-13.

Наконечна І.М. Законодавчі конструкції кваліфікуючих ознак злочинів проти особи (Розділи II-V Особливої частини Кримінального кодексу України)

Досліджено деякі термінологічні проблеми формулювання кваліфікуючих ознак складів злочинів проти особи. Запропоновано загальні правила законодавчої техніки при утворенні кримінально-правових норм з такими ознаками.

Ключові слова: кваліфікуючі ознаки, кримінально-правова норма, законодавча техніка, уніфікація, мовні звороти, індексація.

Наконечная И.Н. Законодательные конструкции квалифицирующих признаков преступлений против личности (Разделы II-V Особенной части Уголовного кодекса Украины)

Исследованы некоторые терминологические проблемы формулировки квалифицирующих признаков составов преступлений против личности. Предложены общие правила законодательной техники при образовании уголовно-правовых норм с такими признаками.

Ключевые слова: квалифицирующие признаки, уголовно-правовая норма, законодательная техника, унификация, языковые обороты, индексация.

Nakonechna IM Legal structures of aggravating circumstances of the crimes against persons (Sections II-V of the Special Part of the Criminal Code of Ukraine)

Some terminological problems in formulation of qualificatory features of essential elements of offences against the person are investigated in the article. The author says that the home legislator seldom follows the rules of juristic technique when he formulates criminal and legal norms that can cause dual meaning and wrong application. General rules of legislative technique which are used in the process of criminal and legal norms creation with qualificatory characteristics are requested. The author emphasizes the necessity of simplifying the content of such characteristics and also examining the fundamentals in the process of their creation and arrangement in the system of criminal and legal norms.

Particularly, it is recommended to unify legal constructions used in qualificatory characteristics formation. It is malapropos to repeat names and characteristics of the main elements of crime. It is also necessary to make indexing of the qualificatory characteristics in this article or in the part of the article in the Criminal Code of Ukraine. Terms which are used here must have clear and brief forms.

Keywords: aggravating circumstances, criminal law, the legislative technique, unification, of speech, indexation.

Семенюк-Трибатень А.В.

СОЦІАЛЬНА ОБУМОВЛЕНІСТЬ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЗНИЩЕННЯ ТА ПОШКОДЖЕННЯ МАЙНА

УДК 343.77

Постановка проблеми. Загальновідомо, що діяльність законодавця повинна базуватись на суспільних потребах; правотворчість повинна зумовлюватись вагомими підставами і в жодному випадку не може бути довільною. Обов'язковою підставою криміналізації діянь є соціальна обумовленість кримінальної відповідальності за їх вчинення. Як слушно зазначає В. К. Грищук, наукове дослідження проблем соціальної зумовленості, має дати відповідь на питання: чи доцільно забороняти певне діяння людини під загрозою покарання і якою у зв'язку з цим має бути теоретико-прикладна модель норми (норм) закону про кримінальну відповідальність? [4, с. 15-18]

Стан дослідження проблеми. Починаючи з 70-х років минулого століття, проблема соціальної зумовленості кримінальної

відповідальності все частіше стає предметом наукового аналізу. Окремі аспекти цієї проблеми досліджували С. С. Босхолов, П. С. Дагель, Г. А. Злобін, С. Г. Келіна, Д. А. Керімов, А. І. Коробєєв, Н. Ф. Кузнецова, Н. А. Лопашенко, Л. І. Спірідонов, П. С. Тоболкін, В. Д. Філімонов, П. А. Фефелов та ін. Серед українських науковців проблему соціальної зумовленості кримінальної відповідальності за окремі злочини або їх види аналізували В. І. Борисов, Л. П. Брич, В. К. Гришук, А. А. Музика, В. О. Навроцький, В. І. Осадчий, Є. В. Фесенко та ін.

Окремі питання соціальної зумовленості кримінальної відповідальності за умисне знищення або пошкодження майна проаналізовано в дисертації А. В. Сакун. На дисертаційному рівні питання соціальної зумовленості кримінальної відповідальності за некорисливі злочини проти власності досліджувала І. Б. Газдайка-Василишин. Історичному аспекту кримінальної відповідальності за знищення та пошкодження майна присвячені статті Р. О. Боднарчука та О.О. Максимчук.

Мета дослідження — аналіз соціальної обумовленості кримінальної відповідальності за знищення та пошкодження майна в Україні.

Виклад основного матеріалу. Аналіз існуючих поглядів щодо чинників, які зумовлюють встановлення кримінальної відповідальності за певні суспільне небезпечні посягання дозволяє умовно виділити чотири основних обставини, які слугуватимуть з'ясуванню соціальної зумовленості кримінальної відповідальності за знищення або пошкодження майна:

- 1) суспільна небезпека цих злочинів;
- 2) доцільність протидії цим злочинам кримінально-правовими засобами;
- 3) традиції вітчизняного законодавства в частині боротьби з цими посяганнями. Розглянемо детальніше кожна із зазначених обставин [11, с.101-109].

1. Як відомо, матеріальною ознакою будь-якого злочинного діяння є його суспільна небезпека. Зміст суспільної небезпеки діяння проявляється в тому, що воно заподіює або може заподіяти істотну шкоду фізичній чи юридичній особі, суспільству, державі.

Більшість дослідників даної проблематики дотримуються думки, що для віднесення законодавцем тих чи інших діянь до числа злочинних вирішальним фактором є їх суспільна небезпека. Шкода, яка заподіюється знищенням чи пошкодженням майна, може бути різною, передусім, звісно, вона носить матеріальний характер. Знищення майна призводить до його втрати, а пошкодження майна позбавляє власника можливості використовувати його за цільовим призначенням; відновлення пошкодженого майна потребує, зазвичай, значних витрат. Особливо небезпечними є такі види посягань на майно, які заподіюють фізичну шкоду людям (або створюють загрозу її заподіяння), зокрема, у випадку спричинення смерті людей або заподіяння тілесних ушкоджень (ч. 2 ст. 194, ст. 196 КК України). Знищення або пошкодження майна залежно від його виду може призводити до порушення підприємницької діяльності, нормальної роботи транспорту, зв'язку, установ, організацій, до негативного впливу на економічну та військову безпеку держави. При вчиненні такого роду діянь заподіюється шкода міжнародному та внутрідержавному правопорядку, оскільки при цьому грубо порушується право власності. Відповідно до ст. 17 “Загальної декларації прав людини”, прийнятої Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 р., кожна людина має право володіти майном як одноособове, так і спільно з іншими; ніхто не може бути безпідставно позбавлений цього майна [7, с. 21]. У ст. 41 Конституції України вказано, що ніхто не може бути протиправне позбавлений права власності; право власності є непорушним [6, с. 7]. А знищення майна, згідно з чинним Цивільним кодексом України, є однією із підстав припинення права власності. Вчинення таких злочинів може слугувати підґрунтям для деформації суспільної безпеки, суспільного порядку і здатності держави їх підтримувати, тобто виникає ще й дискредитація держави [5, с. 112]. Адже саме на державу відповідно до ст. 13 Конституції покладено обов'язок захищати права усіх суб'єктів права власності.

Як справедливо зазначає Є. Л. Стрельцов, „знищення, пошкодження та інші подібні дії містять у собі значну суспільну небезпеку, об'єктивно не меншу, ніж корисливі злочини ...”[10,

с. 72]. У цьому аспекті окремої уваги заслуговує порівняльна характеристика суспільної небезпеки корисливих та некорисливих посягань на власність, проведена І. Б. Газдайкою-Василишин [3, с. 82-86]. У результаті проведеного порівняння автором зроблено обґрунтований, на наш погляд, висновок про те, що за суспільна небезпека знищення та пошкодження майна (як некорисливого злочину проти власності) є такою ж, як і суспільна небезпека корисливих злочинів проти власності (таких, як крадіжка, шахрайство, заподіяння майнової шкоди тощо).

Адже майно, здобуте злочинним шляхом, не втрачає своїх споживчих властивостей, тобто здатності задовольняти матеріальні та нематеріальні потреби членів суспільства. Воно зберігає свою мінову вартість, економічну цінність, залишається в майновому обороті, може бути витребуване власником із чужого незаконного володіння. Тоді як в результаті умисного чи необережного знищення майна речі припиняють своє існування, виключаються із майнового обороту, втрачають свої споживчі якості, мінову та економічну цінність. Право власності в результаті знищення майна припиняється (п. 4 ч. 1 ст. 346 ЦК України), оскільки при цьому зникає сам об'єкт права власності. Додатковим аргументом на користь викладеної вище позиції є теза про те, що для учасників економічних відносин не має принципового значення, з яких саме мотивів (корисливих чи некорисливих) вчиняються посягання на їх майнові права та інтереси.

Суспільна небезпека знищення чи пошкодження майна може проявлятися в порушенні не лише відносин власності, але й інших суспільних відносин, що є об'єктами кримінально-правової охорони. Так, чинний кримінальний закон містить не лише “загальні” норми (ст.ст. 194, 196 КК України), спрямовані на протидію знищенню та пошкодженню чужого майна, але й цілу низку так званих “спеціальних” норм, завданням яких є протидія знищенню чи пошкодженню “спеціальних” видів майна чи майна “спеціальних” потерпілих. До прикладу, окремі кримінально-правові охорони піддані такі об'єкти (спеціальні види майна), як релігійні споруди чи культові будинки; об'єкти електроенергетики; об'єкти рослинного світу; території, взяті під охорону держави, та об'єк-

ти природно-заповідного фонду; об'єкти житлово-комунального господарства; шляхи сполучення і транспортні засоби; лінії зв'язку; майно, на яке накладено арешт; військове майно. Окремими кримінально-правовими нормами встановлено відповідальність за умисне знищення чи пошкодження майна працівника правоохоронного органу; службової особи чи громадянина, який виконує громадський обов'язок; судді,

народного засідателя чи присяжного; захисника чи представника особи. Криміналізація цих спеціальних видів знищення чи пошкодження майна обумовлена підвищеним ступенем суспільної небезпеки цих діянь в силу соціальної важливості предмету посягання чи діяльності потерпілого. Шкода, що завдається такого роду діяннями, є вагомішою, а тому і караність цих “спеціальних” видів знищення та пошкодження майна встановлена законодавцем, як правило, на більш суворому рівні, аніж за загальними нормами, закріпленими у ст.ст. 194, 196 КК України.

Отож, шкода, що може бути наслідком знищення або пошкодження чужого майна є істотною; суспільна небезпека такого роду діянь характеризується високим рівнем та ступенем, тому очевидно є наявність чинника (обставини), що обумовлює кримінальну відповідальність за знищення та пошкодження майна.

2. У юридичній літературі здавна звертається увага на проблему доцільності протидії певним діянням кримінально-правовими засобами. Адже норма кримінального закону повинна передбачати тільки ті діяння, які дійсно небезпечні для суспільства і з якими можна вести боротьбу тільки кримінально-правовими засобами. У науці кримінального права сформульовано спеціальне правило, яке звучить так: криміналізація діяння доцільна тоді і тільки тоді, коли немає і не може бути норми, яка достатньо ефективно регулює відповідні відносини методами інших галузей права. Кримінальна репресія — крайній засіб боротьби з найбільш небезпечними формами девіантної поведінки; ось чому вона має застосовуватися лише тоді, коли вичерпані всі інші можливості для протидії конкретним видам цієї поведінки. Там, де бажаний результат може бути досягнутий за допомогою менш репресивних засобів — адміністративно-правових, дисциплінар-

них, цивільно-правових і тим більше моральних, криміналізація стає надмірною.

На думку В. К. Грищука методологічним підходом у виробленні кримінальної політики має бути широке поєднання соціологічних і кримінологічних методів, що дозволяє з'ясувати:

а) які суспільні засоби слід застосовувати для нейтралізації суспільне небезпечного діяння;

б) застосування яких конкретно-правових (або неправових) засобів у даному конкретному випадку є найбільш раціональним;

в) чи існують варіанти комплексного застосування правових і неправових засобів;

г) якщо доцільно застосовувати кримінально-правові засоби, який їх режим є оптимальним [4, с. 122].

Ефективна протидія злочинності можлива лише на основі системного підходу. Це означає, що в систему заходів протидії має входити комплекс заходів економічного, політичного, організаційного та правового характеру, які необхідно гармонійно поєднувати. Зрозуміло, що кримінально-правові засоби мають бути крайніми. Це означає, що вони використовуються в разі гострої необхідності, коли всі інші правові засоби використані і виявились неефективними або коли соціальна проблема не може бути вирішена інакше, як лише за допомогою встановлення кримінально-правової заборони.

Як свідчать наведені думки, в теорії кримінального права вироблено підхід, згідно з яким при встановленні доцільності протидії суспільне небезпечних посяганням кримінально-правовими засобами необхідно з'ясувати:

1) можливості позитивного впливу кримінально-правової заборони на динаміку цих посягань;

2) можливі негативні наслідки криміналізації;

3) співрозмірність негативних і позитивних наслідків криміналізації.

Зрозуміло, що значну роль у цьому має відіграти науковий аналіз цих проблем, однак остаточне рішення, як відомо, приймає законодавець, зважаючи при цьому всі три зазначені обставини.

Серед найважливіших позитивних наслідків криміналізації знищення та пошкодження майна слід, зокрема, відзначити: по-

силення охорони права власності як основи стабільності економічної, політичної, соціальної сфер життя суспільства; зростання внаслідок цього авторитету держави; зміцнення законності і правопорядку, моральних засад суспільства; примноження власності, забезпечення нормальної підприємницької діяльності, формування більш цивілізованого соціально-психологічного мікро- та макроклімату в суспільстві, поваги до власності і власника. Невжиття ефективних кримінально-правових засобів протидії такого роду посяганням на власність обурює громадськість, служить джерелом соціально-психологічного дискомфорту, негативного ставлення людей до органів як місцевої, так і центральної влади.

Власність, як відомо, є однією із тих найважливіших соціальних цінностей, які Конституцією України поставлені під охорону держави. Кримінальний кодекс України також має своїм завданням охорону власності від протиправних посягань. Загальними нормами, які встановлюють кримінальну відповідальність за знищення чи пошкодження майна, є ст.ст. 194 та 196 КК України. Стосовно умисного знищення або пошкодження майна (ст. 194 КК України), в науці кримінального права висловлена обґрунтована, на наш погляд, думка про доцільність криміналізації таких діянь, якими завдано значну шкоду потерпілому. Адже, за чинним КК України, кримінально-караним є лише таке умисне знищення або пошкодження чужого майна, яким заподіяно шкоду у великих розмірах. У 2012 році великі розміри такої шкоди — це сума від 134 375 грн. і більше. Умисне знищення чи пошкодження чужого майна вартістю, меншою за цю суму, не є ані кримінально-караним діянням, ані адміністративним правопорушенням, і тягне за собою лише цивільну відповідальність. Така ситуація, на нашу думку, не сприяє ефективній охороні суспільних відносин власності від протиправних посягань, особливо в умовах кризових економічних явищ.

Неоднозначні думки викликає питання про доцільність криміналізації необережного знищення або пошкодження чужого майна. Першочергово неоднозначність породжується чинною редакцією ст. 196 КК України, за якою необережне знищення або пошкодження чужого майна є кримінально-караним лише за

умови, що ним спричинено тяжкі тілесні ушкодження або загибель людей. Максимальне покарання за цей злочин — три роки позбавлення волі. У той же час, за вбивство через необережність однієї особи передбачено покарання у виді позбавлення волі від трьох до п'яти років; за необережне вбивство двох і більше осіб — від п'яти до восьми років.

Ще одним аргументом на користь декриміналізації необережного знищення або пошкодження майна є тенденція за звуження сфери кримінально-правового впливу. Необережно завдана майнова шкода повинна тягнути за собою лише цивільно-правову відповідальність. Якщо ж внаслідок необережного поводження з майном спричинено ще й шкоду життю чи здоров'ю людини, то такі дії слід кваліфікувати як необережне вбивство (ст. 119 КК України) або як необережні тяжкі чи середньої тяжкості тілесні ушкодження (ст. 128 КК України).

Порівняння викладених вище позитивних і негативних наслідків криміналізації знищення та пошкодження майна, аналіз думок вчених з цього питання свідчить на користь того, що доцільною є криміналізація таких діянь, як умисне знищення або пошкодження майна (ст. 194 КК України) та умисне знищення чи пошкодження спеціальних видів майна чи майна спеціальних потерпілих. Проте недоцільною видається протидія необережному знищенню чи пошкодженню майна кримінально-правовими засобами.

3. Право, як продукт історичного розвитку суспільства, відображає загальні закономірності його розвитку, позитивний і негативний досвід регулювання суспільних відносин. Аналіз цього досвіду створює підґрунтя для дослідження історичної зумовленості кримінальної відповідальності за знищення чи пошкодження чужого майна. Історію розвитку українського законодавства в частині кримінальної караності знищення майна досить ретельно дослідили у своїх дисертаційних роботах І. Газдайка-Василишин [2] та А. Сакун [9]. Також цьому питанню присвячені наукові статті Р. Боднарчука [1] та О. Максимчук [8].

Не вдаючись до детального аналізу положень усіх пам'яток українського права, виділимо лише ті загальні особливості та ха-

рактерні ознаки розвитку кримінального законодавства (в частині криміналізації знищення або пошкодження майна), які є цікавими з огляду на проблему соціальної зумовленості кримінальної відповідальності за такого роду діяння.

Початок становлення інституту кримінально-правової охорони власності від протиправних знищень та пошкоджень характеризувався казуїстичністю норм, що встановлювали відповідальність за такі діяння. До прикладу, Руська правда передбачала відповідальність за пошкодження чи знищення таких предметів, як спис, щит або одяг; кінь; борт (вулик) та бортовий знак; дерево; польова межа або межовий стовп. При цьому загальні норми, якими б каралося знищення або пошкодження будь-якого чужого майна, у законодавстві були відсутніми аж до 1921 року. Згодом усі радянські кримінальні кодекси, як і кримінальний кодекс України 2001 року, поряд із спеціальними нормами, що присвячені охороні окремих видів майна, містили загальні склади знищення чи пошкодження, предметом яких було будь-яке чуже майно. При цьому характерною рисою радянського кримінального права була посилені кримінально-правова охорона державної та колективної власності порівняно із приватною власністю.

Ще однією вагомою ознакою, що притаманна усім періодам розвитку кримінального законодавства, починаючи із Руської правди, є підвищена караність (а отже, і суспільна небезпечність) підпалу, як способу знищення майна.

Цікавим історичним фактом є те, що Уложення 1903 року передбачало відповідальність за пошкодження не лише чужого, але й власного майна, коли це пошкодження, зважаючи на властивості й розташування предметів, умови вчинення цього діяння, завідомо загрожувало поширенню пожежі, вибуху, затопленню будівлі, суду, інших приміщень (ст. 562) [1, с. 45-56].

Також заслуговують на увагу підстави звільнення від кримінальної відповідальності, визначені у “Правах, за якими судиться малоросійський народ” — не підлягала кримінальній відповідальності особа, яка пошкодила чуже майно у зв’язку із гасінням пожежі або коли вона своїми діями відвернула пожежу сусідніх будинків.

Ще однією традиційно сформованою рисою українського кримінального закону є систематизація норм Особливої частини КК за родовими об'єктами злочинів. Проте, це правило має свої винятки, деякі з них стосуються норм про кримінальну відповідальність за знищення чи пошкодження майна. Так, 31 травня 2005 р. КК було доповнено статтею 194-1 “Умисне пошкодження об'єктів електроенергетики”. Як справедливо зазначає І. Б. Газдайка-Василишин, “законодавець, доповнюючи Кодекс цією статтею, врахував (в якості критерію для визначення її місця в системі норм кримінального закону) спосіб вчинення злочину, а не об'єкт злочину, і тим самим порушив традиційний підхід до систематизації норм кримінального закону” [1, с. 73]. І справді, решта статей КК України, що передбачають відповідальність за знищення, пошкодження, руйнування, псування окремих видів майна цілком обґрунтовано віднесені законодавцем до інших розділів КК України — у відповідності з родовим об'єктом вказаних складів злочинів.

Підсумовуючи викладене зазначимо, що кримінальне законодавство України традиційно передбачає відповідальність за знищення та пошкодження чужого майна; загально-небезпечні способи знищення майна традиційно визнаються ознакою, що підвищує ступінь суспільної небезпеки діяння; окремі види майна (в силу своєї значимості та важливості) отримали окрему кримінально-правову охорону.

Висновки:

1) шкода, заподіяна внаслідок наслідок знищення або пошкодження чужого майна є істотною; суспільна небезпека такого роду діянь характеризується високим рівнем та ступенем, тому очевидно є наявність першої із зазначених вище обставин, що обумовлюють кримінальну відповідальність за знищення та пошкодження майна;

2) порівняння викладених вище позитивних і негативних наслідків криміналізації знищення та пошкодження майна, аналіз думок вчених з цього питання свідчить на користь того, що доцільною є криміналізація таких діянь, як умисне знищення або пошкодження майна (ст. 194 КК України) та умисне знищення чи

пошкодження спеціальних видів майна чи майна спеціальних потерпілих, проте недоцільною видається протидія необережному знищенню чи пошкодженню майна кримінально-правовими засобами;

3) усі вказані вище вітчизняні традиції кримінально-правової протидії знищенню чи пошкодженню чужого майна є вагомими підставами їх криміналізації і в сучасних умовах з урахуванням специфіки сучасного стану розвитку суспільних відносин.

1. Боднарчук, Р. О. Знищення або пошкодження майна: історичний аспект / Р. О. Боднарчук // *Форум права*. — 2010. — № 2. — С. 46–56 [Електронний ресурс] Національна бібліотека України ім. В. І. Вернадського. — URL : http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2010_2_11.pdf.
2. Газдайка-Василишин, І. Б. Некорисливі злочини проти власності за кримінальним правом України [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Газдайка-Василишин Ірина Богданівна ; ЛьвДУВС. — Львів, 2011. — 201 арк.
3. Газдайка-Василишин, І. Б. Суспільна небезпека корисливих та некорисливих злочинів проти власності: порівняльна характеристика [Текст] / І. Б. Газдайка-Василишин // *Матеріали звітної наукової конференції факультету з підготовки слідчих (Львів, 25 березня 2011 р.)*. — Львів : ЛьвДУВС, 2011. — С. 82–86.
4. Гришук, В. К. До питання про соціальну зумовленість кримінальної відповідальності за суспільне небезпечні діяння у сфері господарської діяльності [Текст] / В. К. Гришук // *Відповідальність за злочини в сфері господарської діяльності : матер. наук.-практ. конф. / ред. кол. : В. В. Сташиш та ін.* — Х. : Кроссроуд, 2006. — С. 15–18.
5. Козлов, А. П. Понятіе преступления [Текст] / А. П. Козлов. — СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. — 819 с.
6. Конституція України [Текст]. — К. : Школа, 2006. — 64 с.
7. Людина. Право. Держава: Збірник правових актів [Текст] / упоряди. В. С. Торош. — Х. : Консум, 1996. — 51 с.
8. Максимчук, О. Історія розвитку інституту кримінальної відповідальності за умисне знищення або пошкодження майна в період XVII–XX ст. / Оксана Максимчук // *Інститут права ім. І. Малиновського, Студентські публікації [Електронний ресурс] Науковий блог НаУ “Острозька академія”*. — URL : <http://naub.oa.edu.ua/2012/>

istoriya-rozvytku-institutu-kryminalnoji-vidpovidalnosti-za-umysne-znyschennya-abo-poshkodzhennya-majna-v-period-xvii-xx-st.

9. Сакун, А. В. Кримінально-правова характеристика умисного знищення або пошкодження майна [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Сакун Анна Вікторівна ; НАВСУ. — К., 2010. — 230 арк.
10. Стрельцов, З. Л. Економічні злочини: внутрідержавні та міжнародні аспекти [Текст] / З. Л. Стрельцов. — Одеса : Астропринт. 2000. — 476 с.
11. Фефелов, П. А. Критерии установления уголовной наказуемости деяний [Текст] / П. А. Фефелов // Советское государство и право. — 1970. — № 11. — С. 101–109.
12. Плохова, В. Й. Насильственные преступления против собственности [Текст] / В. Й. Плохова. — СПб. : Юридический центр Пресс, 2003. — 295 с.

Семенюк-Прибатень А. В. Соціальна обумовленість кримінальної відповідальності за знищення та пошкодження майна

Аналізується соціальна обумовленість кримінальної відповідальності за знищення та пошкодження майна в Україні; досліджується суспільна небезпека такого роду діянь, доцільність протидії цим посяганням кримінально-правовими засобами, традиції вітчизняного законодавства у боротьбі із злочинами цього виду. Зокрема, на основі порівняння позитивних і негативних наслідків криміналізації знищення та пошкодження майна, аналізу думок вчених з цього питання, доводиться, що доцільною є криміналізація таких діянь, як умисне знищення або пошкодження майна (ст. 194 КК України) та умисне знищення чи пошкодження спеціальних видів майна чи майна спеціальних потерпілих, проте недоцільною видається протидія необережному знищенню чи пошкодженню майна кримінально-правовими засобами. Встановлено, що шкода, заподіяна внаслідок знищення або пошкодження чужого майна є істотною; суспільна небезпека такого роду діянь характеризується високим рівнем та ступенем, тому очевидно є наявність такої обставини, що обумовлює кримінальну відповідальність за знищення та пошкодження майна, як суспільна небезпечність.

Ключові слова: соціальна обумовленість кримінальної відповідальності, злочини проти власності, знищення та пошкодження майна.

Семенюк-Прибатень А. В. Социальная обусловленность уголовной ответственности за уничтожение и повреждение имущества

Анализируется социальная обусловленность уголовной ответственности за уничтожение и повреждение имущества в Украине; исследуется общественная опасность такого рода деяний, целесообразность противодействия этим посягательствам уголовно-правовыми средствами, традиции отечественного законодательства в борьбе с преступлениями данного вида. В частности, на основе сравнения положительных и отрицательных последствий криминализации уничтожения и повреждения имущества, анализа мнений ученых по этому

вопросу, доказується, что целесообразным является криминализация таких деяний, как умышленное уничтожение или повреждение имущества (ст. 194 УК Украины) и умышленное уничтожение или повреждение специальных видов имущества или имущества специальных пострадавших, однако нецелесообразным представляется противодействие неосторожному уничтожению или повреждению имущества уголовно-правовыми средствами. Установлено, что вред, причиненный в результате уничтожения или повреждения чужого имущества является существенным; общественная опасность такого рода деяний характеризуется высоким уровнем и степенью, поэтому очевидной является наличие такого обстоятельства, что обуславливает уголовную ответственность за уничтожение и повреждение имущества, как общественная опасность.

Ключевые слова: социальная обусловленность уголовной ответственности, преступления против собственности, уничтожения и повреждения имущества.

Semeniuk-Prybaten, A. V. Social Determination of Criminal Liability for the Destruction and Damage to Property

Social determination of criminal liability for the destruction and damage to property in Ukraine is analyzed; social danger of such acts, feasibility of counteraction to these encroachments by criminal legal means, traditions of national legislation in combating this type of crime are investigated. In particular, based on a comparison of positive and negative effects of criminalization of destruction and damage to property, the analysis of scientists opinions on this issue, it is proved that it is expedient to criminalizing such acts as the intentional destruction of or damage to property (Article 194 of the Criminal Code of Ukraine) and the intentional destruction of or damage to special types of property or property specific victims, but seems unreasonable opposition careless destruction of or damage to property criminal law means. It was established that the damage resulting from the destruction of or damage to another's property is essential; social danger of this kind of conduct is characterized by high degree and so obvious is the existence of such circumstances, criminal liability for causing destruction and damage to property as a public danger.

Keywords: social determination of criminal liability, crimes against property, destruction and damage to property.

ЗМІСТ

КОНСТИТУЦІЙНИЙ ЛАД ТА ПРАВА ЛЮДИНИ. ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ТА ФІНАНСОВОГО ПРАВА. АДМІНІСТРАТИВНЕ СУДОЧИНСТВО3

<i>Андріюк В.В.</i> Співвідношення публічного та приватного права: динамічний аспект	3
<i>Книш В.В.</i> Основні напрями кодифікації законодавства України про захист вітчизни та військову службу	14
<i>Петровська І.І.</i> Окремі питання здійснення фінансового моніторингу в Україні.....	21
<i>Полатайко І.В.</i> Основні напрями наукових досліджень проблем правової ідеології та особливостей її втілення у правових системах сучасності	32
<i>Присташ Л.Т.</i> Апарат управління та судівництво за гетьманування Богдана Хмельницького	44
<i>Сворак С.Д.</i> Формування народовладних традицій державно-правового устрою США та України: історичні паралелі	56
<i>Шинкарук Я.І.</i> Організація та діяльність Міністерства внутрішніх справ Української Народної Республіки в період з лютого по грудень 1919 року	67

ЦИВІЛЬНЕ ТА СІМЕЙНЕ ПРАВО. ПРОБЛЕМИ ГОСПОДАРСЬКОГО ТА КОРПОРАТИВНОГО ПРАВА. ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ТА ГОСПОДАРСЬКОГО СУДОЧИНСТВА82

<i>Борисов І.В.</i> Економіко-правові вимоги до фінансових установ як суб'єктів ринку фінансових послуг	82
---	----

<i>Войцеховська Х.В.</i> Договір про співробітництво з виплати гарантованих сум відшкодувань вкладникам	100
<i>Горблянський В.Я.</i> Послуга як категорія цивільного права	114
<i>Ковалишин О.Р.</i> Види джерел корпоративного права Європейського Союзу.....	122
<i>Кузьмич О.Я.</i> Покладення виконання обов'язку боржника на третю особу: актуальні питання судової практики	132
<i>Ляшенко О.В.</i> Обмеження відповідальності по договору поруки за римським правом	141
<i>Макаренко О.В.</i> Представництво особи, якій надається допомога в порядку статті 78 ЦК України, у судових провадженнях.....	152
<i>Нечитайло Т.О., Луць В.В.</i> Поняття цивільної правосуб'єктності та її елементів.....	166
<i>Пождожук Р.В.</i> До питання про дифузні права споживача	174
<i>Романів В.Я.</i> Забезпечення розгляду справи належним складом суду у цивільному судочинстві України.....	186
<i>Сигидин М.М.</i> Майнові наслідки порушення корпоративного договору	194
<i>Соломчак Х.Б.</i> Правове використання фотографічних творів засобами масової інформації	205
<i>Чмихов Ю.А.</i> Місце ріелторського договору в системі цивільно-правових договорів.....	216

**ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ,
КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОЇ ТА
КРИМІНОЛОГІЧНОЇ (ПРОФІЛАКТИЧНОЇ)
ПОЛІТИКИ** 228

<i>Бондаренко В.Я.</i> Про суб'єкт складу злочину, передбачений статтею 359 КК України	228
--	-----

<i>Братівник О.П.</i> Кримінальна відповідальність за перешкоджання громадянам здійсненню виборчого та референдного права за законодавством окремих держав Європи та СНД	239
<i>Довгаль М.В.</i> Особи, які представляють авторитет органів державної влади та їх кримінально-правова охорона.....	247
<i>Кернякевич-Танасійчук Ю.В.</i> Форми (джерела) кримінально-виконавчої політики України	257
<i>Наконечна І.М.</i> Законодавчі конструкції кваліфікуючих ознак злочинів проти особи (Розділи II-V Особливої частини Кримінального кодексу України)	269
<i>Семенюк-Прибатень А.В.</i> Соціальна обумовленість кримінальної відповідальності за знищення та пошкодження майна.....	277

ДЛЯ НОТАТОК

ДЛЯ НОТАТОК

ДЛЯ НОТАТОК

Наукове видання

Актуальні проблеми вдоско-
налення чинного законодав-
ства України

Випуск 39
Збірник наукових статей

В редакції авторів наукових статей

Комп'ютерна верстка і правка Ігор КОЗИЧ

Підписано до друку 03.11.15 Формат 60x84/16. Па-
пір офсетний. ум.друк.арк. 13,9 Наклад 300 прим.
Зам. №01/15-16.

Віддруковано в Юридичному інституті
ДВНЗ «Прикарпатський національний університет
імені Василя Стефаника»
76018, м.Івано-Франківськ, вул. Шевченка, 44а
e-mail: lawdept@pu.if.ua